



HAL
open science

L'EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI

Olivia Danic

► **To cite this version:**

Olivia Danic. L'EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI. Droit. Université Paris 10 Nanterre, 2012. Français. NNT : . tel-02166275

HAL Id: tel-02166275

<https://hal.science/tel-02166275v1>

Submitted on 26 Jun 2019

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.

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE
U.F.R. de Sciences juridiques, administratives et politiques

L'EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI – vol. 1 –

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Olivia DANIC

le 28 novembre 2012

Jury :

- | | |
|----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| M. Mathias FORTEAU | Professeur à l'Université Paris ouest, Nanterre La Défense,
membre de la Commission du Droit international des Nations
Unies |
| M. Franck LATTY | Professeur à l'Université Paris 13 Sorbonne Paris Cité,
rapporteur |
| M. Charles LEBEN | Professeur émérite de l'Université Paris II (Panthéon-Assas),
rapporteur |
| Maître Loretta MALINTOPPI | Avocat à la Cour de Paris (<i>Eversheds</i>), Vice-Présidente de la
Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale |
| M. Alain PELLET | Professeur à l'Université Paris ouest, Nanterre La Défense,
directeur de la recherche |

A mes parents et à ma grand-mère

REMERCIEMENTS

Je remercie, tout d'abord, les membres du jury pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans cette commission d'examen.

Je tiens, ensuite, à exprimer ma profonde gratitude envers mon directeur de thèse, le Professeur Alain Pellet, pour avoir supervisé mes travaux de recherche, avec bienveillance et gentillesse. Ses encouragements et la pertinence de ses conseils m'ont toujours été d'une grande aide.

Je remercie également l'ensemble des membres du CEDIN, avec qui j'ai eu grand plaisir à travailler et qui m'ont apporté une aide inestimable dans la conduite de cette étude. Ce centre de recherche a toujours été un endroit de rencontres et de discussions enrichissantes, qui ont contribué à faire de ces années de thèse un moment particulièrement agréable.

Enfin, je dédie cette thèse à ma famille pour leur soutien constant ; ainsi qu'à Anne et Gilles pour m'avoir supportée – dans tous les sens du terme – et sans qui je n'aurais pu accomplir ce travail.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

I. ANNUAIRES, RECUEILS ET REVUES

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.D.A.	L'actualité juridique – Droit administratif
A.J.I.L.	<i>American Journal of International Law</i>
A.J.N.U.	Annuaire juridique des Nations Unies
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
Ann.C.D.I.	Annuaire de la Commission du droit international des Nations Unies
Ann. I.D.I	Annuaire de l'Institut du droit international
Arb. Int.	<i>Arbitration International</i>
B.Y.B.I.L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés européennes
E.J.I.L.	<i>European Journal of International Law</i>
E.L.R.	<i>European Law Review</i>
Fordham Int'l	<i>Fordham International Law Journal</i>
G.Y.B.I.L.	<i>German Yearbook of International Law</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Harvard I.L.J	<i>Harvard International Law Journal</i>
I.C.L.Q.	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICSID Rev.-	<i>ICSID Review – Foreign Investment Law Journal</i>
I.L.M.	<i>International Legal Materials</i>
J.Cl.	Juris-classeur
J.C.P.	Juris-classeur périodique
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
J.Int'l Arb.	<i>Journal of International Arbitration</i>
J.I.E.L.	<i>Journal of International Economic Law</i>
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
J.W.T.L.	<i>Journal of World Trade Law</i>
Leiden J. Int'l	<i>Leiden Journal of International Law</i>
Max Planck	<i>Max Planck Year Book of United Nation Law</i>
N.I.L.R.	<i>Netherlands International Law Review</i>
N.Y.B.I.L.	<i>Netherlands Yearbook International Law</i>
N.Y.U.J. Int'l	<i>New York University Journal of International Law and Politics</i>
P.U.F.	Presses Universitaires de France
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D.I.	Recueil de cours de l'Académie de droit international
R.D.I.	Revue de droit international

R.D.I.L.C.	Revue de droit international et de législation comparée
R.D.I.S.P.	Revue de droit international et sciences diplomatiques et politiques
R.D.P.C.I.	Revue de droit et pratique du commerce international
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.M.C.U.E.	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales
R.S.D.I.E.	Revue suisse de droit international et européen
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
Rec. C.I.J.	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour
Rev. C.J.C.E.	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes
T.D.M.	<i>Transnational Dispute Management</i>

II. ORGANISATIONS INTERNATIONALES, JURIDICTIONS ET SIGLES DIVERS

A.A.A.	<i>American Arbitration Association</i>
A.G.N.U.	Assemblée Générale des Nations Unies
A.I.T.A.	Association internationale des transporteurs aériens (I.A.T.A.)
A.L.E.N.A.	Accord de libre-échange nord-américain
A.M.G.I.	Agence multilatérale de garantie des investissements
A.S.E.A.N.	<i>Association of Southeast Asian Nations</i>
B.I.T.	Bureau international du travail
B.M.	Banque Mondiale
C.C.	Conseil constitutionnel (France)
C.C.I.	Chambre de commerce internationale
C.Cass.	Cour de cassation
C.D.I.	Commission du droit international des Nations Unies
C.E.	Conseil d'Etat (France)
C.E.D.H.	Convention Européenne des Droits de l'Homme
C.I.J.	Cour internationale de Justice
C.I.R.D.I.	Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement
C.J.C.E.	Cour de Justice des Communautés européennes
C.N.U.C.E.D.	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.I.	Cour pénale internationale
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
ECOSOC	Conseil économique et social (O.N.U.)
I.D.I.	Institut de droit international
L.C.I.A.	<i>London Court of International Arbitration</i>
MERCOSUR	Marché commun du Sud
O.C.D.E.	Organisation de coopération et de développement économiques
O.E.A.	Organisation des états américains
O.I.T.	Organisation internationale du travail
O.M.C/W.T.O	Organisation mondiale du commerce / <i>World Trade Organisation</i>
O.M.P.I.	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
O.N.G.	Organisation non gouvernementale

O.N.U.	Organisation des Nations-Unies
O.R.D.	Organe de règlement des différends
R.D.C.	République démocratique du Congo
S.A.	Sentence arbitrale
S.C.C.	Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm
S.d.N.	Société des Nations
S.F.D.I.	Société française pour le droit international.
T.A.	Tribunal arbitral
T.C.E.	Traité instituant la Communauté européenne
T.C.E.	Traité sur la Charte de l'énergie
T.F.U.E.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.U.E.	Traité sur l'Union européenne.
U.E.	Union Européenne

III. AUTRES ABREVIATIONS

al.	<i>alinea</i>
art.	article
ibid.	<i>ibidem</i> (au même endroit)
id.	<i>idem</i>
it.	italique
Rés.	résolution
s.	suivant
spéc.	spécialement
t.	tome
v.	voir
vol.	volume
T.B.I./B.I.T.	Traité bilatéral d'investissement / <i>Bilateral Investment Treaty</i>
U.E.B.L.	Union économique belgo-luxembourgeoise

IV. AVERTISSEMENTS QUANT AU MODE DE CITATION

La plupart des décisions et sentences rendues en droit international des investissements sont disponibles sur des sites Internet spécialisés¹, lorsque celles-ci sont rendues publiques. La référence à ces adresses n'a pas été incluse, afin d'éviter d'alourdir les notes de bas de page.

Il faut, à cet égard, remarquer que le CIRDI a pris l'habitude de qualifier de « décisions » les décisions par lesquelles les arbitres acceptent de retenir leur compétence et de « sentences » les décisions d'incompétence et les décisions intervenues sur le fond. Cela a des conséquences sur l'évolution du différend : en effet, seules les sentences pourront faire l'objet d'un recours en annulation au titre de l'article 52 de la Convention de Washington. Il se peut, néanmoins, pour diverses raisons, que les deux termes soient parfois employés indifféremment.

Une autre remarque terminologique s'impose quant au CIRDI. Le Centre étant une instance arbitrale, ce n'est pas le CIRDI lui-même qui émet des décisions ou sentences, mais les tribunaux arbitraux statuant sous son égide. Il peut, toutefois, arriver que certains raccourcis de langage soient employés dans le texte.

Par ailleurs, le choix a été fait, par commodité, de citer les accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements sous l'appellation générique de traités, conventions ou accords bilatéraux d'investissement, souvent avec l'abréviation TBI, suivie du nom des Etats et de l'année.

La traduction en langue française des dispositions des traités bilatéraux d'investissement a été privilégiée, dans la mesure du possible, les modèles de traités n'étant souvent pas traduits et les Etats ne faisant pas tous preuve de la même diligence pour l'enregistrement auprès des Nations Unies.

De nombreuses références étant faites aux modèles d'accords bilatéraux d'investissement, certains exemples sont intégrés dans les annexes.

¹ V., en particulier, le site Internet du CIRDI (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>) ; le site Internet de la CNUCED (<http://archive.unctad.org/jia-dbcases/cases.aspx>) ainsi que le site Internet de l'association « *Investment Treaty Arbitration* » (<http://italaw.com/>).

SOMMAIRE

Introduction	1
PREMIERE PARTIE UN JUGE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	49
<i>Titre 1 Une institutionnalisation croissante du droit international des investissements</i>	<i>55</i>
Chapitre 1 Le besoin d'un droit international des investissements	57
Chapitre 2 L'apparition d'un juge du droit international des investissements.....	139
<i>Titre 2 Un juge doté d'une compétence extensive.....</i>	<i>221</i>
Chapitre 3 Les conventions bilatérales d'investissement, un fondement déterminant de la compétence du Centre	229
Chapitre 4 La définition d'une compétence extensive	343
SECONDE PARTIE UN REGIME NORMATIF DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL	477
<i>Titre 3 La naissance d'un droit international général des investissements</i>	<i>485</i>
Chapitre 5 L'indétermination du droit international général des investissements	489
Chapitre 6 Le renouveau du droit des expropriations.....	593
<i>Titre 4 Le développement du droit international des investissements</i>	<i>685</i>
Chapitre 7 Un droit ancré par ses obligations conventionnelles dans l'ordre juridique international....	689
Chapitre 8 Vers un droit international des investissements plus équilibré	805
Conclusion générale	921
Table des matières	927

« normes et systèmes juridiques sont des réalités vivantes, animées de mouvements spécifiques »².

« Le droit international [des investissements] n'est pas un agrégat d'éléments disparates réunis au hasard mais un ensemble organisé en système : en tant qu'ordre juridique formellement cohérent, intérieurement articulé et entretenant avec les conduites effectives des sujets des relations normatives ; et en tant qu'ensemble animé d'une logique globale et dans lequel on ne peut sans risque de le désarticuler introduire d'éléments étrangers à son génie »³.

² F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p., p. 354.

³ J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105, p. 85.

INTRODUCTION

L'abondante littérature⁴ relative aux investissements internationaux, à leur régime juridique, ainsi qu'aux procédures de règlement des différends pourrait laisser penser que le sujet est épuisé. Cependant, malgré leur nombre et leur qualité, la plupart des études en langue française⁵ ne sont souvent que partielles, n'envisageant le droit international des investissements que de façon fragmentée⁶, sans jamais réellement y insuffler l'esprit de système. Cela est probablement dû à la jeunesse de ce droit ou à sa densité normative et jurisprudentielle – étonnante en droit international – mais ne préjuge pas de l'intérêt de cette question ambiguë.

L'investissement a fait une apparition tardive en droit international. Souvent ignoré au profit de la notion de biens des étrangers⁷, il était soumis à quelques coutumes générales et standards⁸. Ce droit de la condition des étrangers, hérité du jus naturalisme, est constitué de

⁴ La littérature est, à vrai dire, si abondante, qu'elle ne peut faire l'objet ici de références bibliographiques complètes. V. la bibliographie en fin de thèse.

⁵ A l'inverse, on trouve dans la littérature anglo-saxonne de nombreux ouvrages consacrés spécifiquement au droit international des investissements. V., not., T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, 850 p. ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, LXV-1282 p. ; A. Reinisch and C. Knahr, *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, VIII-207 p. ; S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p. ; C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, LXVI-970 p. ; A. P. Newcombe et L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Wolters Kluwer Law & Business, Austin, 2009, XXX-614 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p. ; M. Bungenberg, *International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 2000 p.

⁶ De nombreuses thèses ont, en effet, été soutenues en France en droit international des investissements, mais elles concernaient toujours davantage un aspect de cette branche du droit international. V. la bibliographie en fin de thèse.

⁷ Certes, le terme « investissement » apparaissait dans de rares circonstances, comme, par exemple, dans l'affaire CPJI, *Usine de Chorzów* (Demande en indemnité, fond), arrêt n°13, 13 septembre 1928, *CPJI série A*, n° 17, p. 53 : « D'autre part, si le développement normal présumé de la question II représentait un élargissement de l'entreprise et un investissement de capitaux nouveaux, leur montant devrait être déduit de la valeur recherchée ». Dans l'affaire *Oscar Chinn*, la Cour faisait référence au « capital investi » (CPJI, *affaire Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, *Série A/B*, n° 63, p. 65, p. 84).

⁸ Déjà dans l'affaire des *propriétés religieuses* (sentence du 4 septembre 1920), dans laquelle le Portugal avait confisqué les biens des ressortissants anglais, espagnols et français, les notions de justice et d'équité ou d'attentes légitimes apparaissent : « Considérant qu'il n'a pas plus été dans l'intention du Gouvernement de la République portugaise de rechercher dans la saisie desdits biens une source de profits pécuniaires qu'il n'avait été dans l'intention des revendiquants de porter atteinte au respect dû aux lois et aux institutions du Portugal ; que, dans ces conditions, le

quelques règles formant un socle minimal de protection au bénéfice des étrangers, comme l'explique Alfred Verdross :

« la Cour permanente de Justice internationale (...) à plusieurs reprises, se réfère à un droit international commun concernant le traitement des étrangers. Ces règles se basent sur l'idée chrétienne de la personnalité humaine, qui doit être reconnue et respectée partout. Cette idée, introduite dans notre science par François de Vitoria (...) a été acceptée peu à peu par la coutume internationale qui, graduellement, a développé les règles régissant notre matière »⁹.

Ces « règles à l'égard des étrangers »¹⁰ ont eu un impact important sur le droit international, en affirmant la possibilité de reconnaissance de la personnalité juridique des personnes privées, comme l'a étonnamment fait remarquer Dionisio Anzilotti :

« tout Etat est tenu envers les autres Etats de reconnaître à leurs nationaux respectifs la qualité de personnes, de sujets de droits, avec les conséquences de droit public et de droit privé qui en découlent et de leur octroyer la protection juridique voulue par la reconnaissance de cette qualité »¹¹.

Parmi ce « minimum de droits que les Etats sont obligés par le droit international général d'assurer aux étrangers »¹² figurent des droits économiques¹³, le droit de propriété en particulier ou, plus généralement, la reconnaissance d'un droit des biens des étrangers.

Ces règles relatives à la protection des biens étrangers devaient ainsi donner naissance, avec les progrès de la science économique, à la notion d'investissement au milieu du XXème siècle¹⁴. Ainsi, en 1947, le Conseil économique et social des Nations Unies demandait à la sous-commission pour le développement économique de « commencer (...) à étudier un projet de code international relatif à l'investissement étranger qui devra couvrir entre autres choses la protection des intérêts économiques et sociaux des pays dans lesquels les investissements se font ainsi que la protection des investissements qu'ils soient publics ou privés »¹⁵. Le Projet a, toutefois, été pris de vitesse par la Charte de la Havane qui prévoyait

règlement ci-après des réclamations, objet du présent arbitrage, apparaît comme juste et équitable et de nature à satisfaire les légitimes prétentions respectives des Parties ».

⁹ A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, 1932-III, pp. 323-412.

¹⁰ L'expression est empruntée à Emmerich de Vattel. V. E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1758, XXVI-541 p., Livre II, paragraphe 99.

¹¹ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p., p. 45. V. également A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, 1932-III, pp. 323-412, p. 349.

¹² A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, 1932-III, pp. 323-412, p. 353.

¹³ *Ibid.*, p. 389.

¹⁴ V. également P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 22.

¹⁵ Rés. du Conseil économique et social des Nations Unies, Doc. E/255, 5 février 1947, pp. 12-13, telle que citée in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 4.

un volet « investissement » dans l'Organisation internationale du Commerce. Ainsi, dès 1948, les Etats reconnaissaient que :

« a) les investissements internationaux, tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social »¹⁶.

La notion d'investissement a ainsi fait son apparition sur la scène juridique internationale, mais encore fallait-il lui donner un contenu. Même si le régime des investissements se précise depuis le milieu du XXème siècle, cela n'éluide pas la question de la définition de ce concept, qui ne trouve toujours pas de critères unanimes de qualification aujourd'hui. Sans rentrer pour l'instant dans la controverse liée à l'absence de définition unique¹⁷, il suffit de noter, à ce stade, que l'investissement est un apport durable à un projet économique, dont on espère qu'il créera un bénéfice. Il peut prendre diverses formes – cette multiplicité n'aidant pas l'effort de définition – comme la création d'une entreprise ou une prise de participation – mais aussi une forme contractuelle avec les contrats de concession ou même les contrats de vente d'ensembles industriels. Au moins trois catégories d'investissements apparaissent ainsi sous cette appellation unique : les investissements directs, les investissements de portefeuille et les nouvelles formes d'investissement¹⁸.

Au-delà des difficultés nées de sa caractérisation, l'investissement fait également débat sur son opportunité en termes politiques, puisqu'il relève avant tout des sciences économiques.

Les investissements apparaissent, en effet, comme un instrument important dans la théorie économique¹⁹. Suivant les préceptes d'Adam Smith²⁰ et de David Ricardo²¹, la libéralisation des marchés doit permettre d'augmenter la prospérité économique, en assurant la croissance. Ainsi, comme le notait le Chancelier Helmut Schmidt :

« les profits d'aujourd'hui sont les investissements de demain et les emplois d'après-demain »²².

Les investissements sont donc censés assurer la productivité et la croissance. Cette doctrine qui milite pour l'internationalisation des investissements et la libéralisation des marchés nationaux dominait le début du XXème siècle, mais les flux d'investissements étaient alors

¹⁶ Article 12, paragraphe 1, a) de la Charte de la Havane. V. également l'article 11 et le reste de l'article 12.

¹⁷ La définition de l'investissement fait l'objet de développements spécifiques. V. *infra* : chapitre 4, section 1, p. 346 et s.

¹⁸ V., not., C. Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Publication de l'OCDE, Paris, 1984, 154 p.

¹⁹ Pour un aperçu des théories économiques sous-jacentes dans la notion d'investissement, v., not., K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 75 et s.

²⁰ A. Smith, *Wealth of Nations*, Methuen & Co., Ltd., Londres, 1776, 590 p.

²¹ D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF-Flammarion, Paris, 1819, 379 p.

²² Citation tirée de M. Pébereau, *Economie politique contemporaine*, A. Colin, Paris, 2002, 351 p., p. 69.

bien moindres. Les deux guerres mondiales et la crise de 1929 ont renversé cette tendance, poussant alors au nationalisme économique, qui prône la fermeture des frontières et l'indépendance économique. Parallèlement, les théories marxistes vont porter un coup à l'investissement international, alors considéré comme un moyen d'assurer la dépendance économique, en instituant une forme de néocolonialisme. Les revendications concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, mais surtout pour un Nouvel ordre économique international, plaident également pour une reprise du contrôle des Etats sur leur économie, qui passe, en partie, par l'exclusion des investisseurs étrangers.

La confrontation des idéologies a été encore compliquée par le phénomène de mondialisation économique²³, expression du libéralisme dont les investissements constituent un vecteur essentiel :

« Rendue possible par des politiques aux orientations de plus en plus libérales, facilitée par les progrès de la technique et animée par la concurrence, la mondialisation façonne de plus en plus l'économie d'aujourd'hui. L'investissement étranger direct des sociétés transnationales joue désormais un rôle majeur dans la connexion des économies des nombreux pays, édifiant un système de production internationale intégrée, élément central de cette économie qui se mondialise »²⁴.

Avec la tendance à l'internationalisation des investissements est donc né un vaste débat sur leur opportunité comme facteur de développement économique²⁵. Alors que certains le considèrent comme nécessaire au développement des économies des pays du Sud, d'autres ont pu y voir un facteur d'aliénation économique²⁶. Les Etats nouvellement indépendants étaient, quant à eux, favorables à des politiques interventionnistes et à la maîtrise nationale des ressources naturelles et des facteurs de production, ce qui a donné lieu à l'expropriation des biens étrangers.

Cette controverse n'a, cependant, duré qu'un temps, celui de l'accession à la souveraineté des anciennes colonies et de l'affirmation du Nouvel ordre économique international. La faible croissance de ces Etats, de même que l'inefficacité de l'aide au développement ou les crises

²³ V., not., A. M. Taylor, "Globalization, Trade, and Development - Some Lessons From History", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper n° 9326, 2002, 37 p. ; J. G. Williamson, "Winners and Losers over Two Centuries of Globalization", *National Bureau of Economic Research*, 2002, 58 p. ; B. Kingsbury et A. Pellet, "Regards croisés sur le développement d'un droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

²⁴ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Publications des Nations Unies, New York / Genève, 1995, 84 p., p. 8.

²⁵ V., not., M. Flory, *Droit international du développement*, Presses universitaires de France, Paris, 1977, 336 p. ; M. Bennouna, *Droit international du développement : Tiers monde et interpellation du droit international*, Berger-Levrault, Paris, 1983, 335 p. ; A. Pellet, *Le droit international du développement*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, 127 p. ; G. Feuer et H. Cassan, *Droit international du développement*, Dalloz, Paris, 1991, XXX-612 p. ; J. Rapley, *Understanding Development : Theory and Practice in the Third World*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1996, VII-205 p. ; R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, Paris, 2002, 203 p.

²⁶ V. *infra* : chapitre 1, section 1, A, p. 73 et s.

traversées ont abouti à un changement de politique économique. Avec la reconnaissance quasi-unanime du recours nécessaire au libéralisme, ce débat a perdu de son sens et chacun s'est accordé sur le rôle essentiel de l'investissement pour le développement économique. Cela ressort tout particulièrement du Consensus de Washington²⁷. Ce concept, hérité de l'économiste John Williamson, renvoie aux principes utilisés par le Gouvernement américain et par certaines organisations internationales – de Washington²⁸ – en particulier le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, pour mesurer l'orthodoxie économique des Etats²⁹. Or, parmi ces principes figure, en bonne ligne, l'élimination des barrières à l'investissement direct étranger.

Aujourd'hui, la nécessité de recourir à l'investissement étranger n'est plus remise en cause, mais subsistent certaines critiques du libéralisme économique, dont on considère qu'il n'apporte pas nécessairement la croissance. En effet, la libéralisation des marchés nationaux peut avoir certains effets pervers, notamment liés à la volatilité des capitaux, à la fragilité des industries nationales face à la concurrence des entreprises multinationales ou à la faiblesse des transferts de technologie. De plus, on redoute que la concurrence entre les Etats pour attirer les capitaux internationaux aboutisse à un nivellement des réglementations sociales ou environnementales ou à une « course vers le bas » – entendue comme une déréglementation. Certaines études économiques ont ainsi révélé que l'ouverture aux capitaux étrangers entraînait, en général, une baisse des standards de protection de la population, bien que la courbe s'inverse par la suite³⁰. Ainsi, même si la productivité est accrue, cela n'aboutira pas nécessairement au développement économique.

L'investissement international doit donc être encadré, afin que celui-ci assure la croissance³¹. L'Etat devra cibler les investissements opportuns au regard de sa politique économique, mais aussi en réguler l'activité, afin d'éviter les effets indésirables liés aux imperfections du marché.

L'investissement s'affirme alors comme un concept juridique, appelant la création d'un régime spécifique pour plusieurs raisons, liées tant aux préoccupations de l'Etat qu'à celles des potentiels investisseurs. Les investisseurs souhaitent naturellement se préserver des

²⁷ V., not., J. W. Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 427-473.

²⁸ John Williamson définit « Washington » comme « le Washington politique du Congrès, les hauts fonctionnaires de l'administration et le Washington technocratique des institutions financières internationales, des agences économiques du gouvernement, de la *Federal Reserve Board*, et les groupes de réflexion ».

²⁹ J. Williamson, *Latin American Adjustment : How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 1990, XV-445 p. ; J. Williamson, "A Short History of the Washington Consensus" in A. Qureshi and X. Gao, *International Economic Law : Critical Concepts in Law*, Routledge, New York, 2011, pp. 45-61.

³⁰ Cet effet est qualifié de « *environmental Kuznets curve* ». V., not., S. S. Kuznets, "Economic Growth and Income Inequality", *American Economic Review*, n° 1, 1955, pp. 1-28 ; D. Rothman et S. Bruyn, *The Environmental Kuznets Curve*, Elsevier, Amsterdam, 1998, 229 p. ; D. F. Bradford, R. Schlieckert et S. H. Shore, *The Environmental Kuznets Curve : Exploring a Fresh Specification*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2000, 37 p.

³¹ A. Dreher, *Does Globalization Affect Growth? Evidence from a New Index of Globalization*, TWI, Konstanz, 2005, 32 p.

risques politiques et juridiques – à défaut d’être garantis contre les risques économiques – que font naître ces opérations économiques, fondées sur un lien durable, rendant aléatoire l’environnement juridique sur lequel l’Etat peut toujours exercer son pouvoir normatif ou ses prérogatives de puissance publique. L’investisseur souhaite donc bénéficier d’un régime juridique spécifique, plus protecteur que le régime de droit commun.

Les Etats, quant à eux, sont face à un dilemme, souhaitant, d’une part, conserver la possibilité de réguler les investissements, du fait de leur impact sur l’économie et la société, mais, d’autre part, les attirer. Si l’investissement est avant tout une décision économique, celle-ci se fonde en grande partie sur la confiance des opérateurs du marché. Les événements ayant ébranlé le climat d’investissement durant le XX^{ème} siècle – en particulier les expropriations sans indemnisation – ont rendu nécessaires les efforts d’amélioration de l’environnement juridique et, pour les Etats souhaitant attirer les investissements internationaux, le déploiement d’une politique incitative. Le marché des investissements internationaux étant hautement concurrentiel, les Etats demandeurs de capitaux étrangers se doivent d’envoyer des signaux forts, montrant leur détermination à assurer la sécurité et la protection des investissements.

Face à la fragilité perçue du droit interne, seul le droit international pouvait permettre d’instaurer ce climat favorable aux investissements. Le droit international des investissements est donc né de la conjugaison de raisons historiques et de nécessités économiques.

Pourtant, son développement a bousculé les sciences juridiques. Tout d’abord, le droit international des investissements dépasse la distinction entre droit public et droit privé³². Cette distinction se fondait initialement sur une différence d’objet :

« Alors que le droit international public règle les rapports entre Etats, le droit international privé règle les rapports entre personnes privées, physiques ou morales »³³.

L’émergence des personnes privées comme « sujets actifs »³⁴ du droit international des investissements rend cette définition difficilement applicable dans ce système spécifique et

³² V., not., F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 p. ; J.-B. Auby et M. R. Freedland, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, L.G.D.J., Paris, 2004, 250 p. ; J.-P. Dunand, P. Mahon et J. Broquet, *"Le droit décloisonné", interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess éd. romandes, Genève, 2009, 535 p.

³³ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 45. V. également P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 1 : « Par opposition au droit international privé, qui s’applique également dans le cadre international mais s’adresse aux rapports entre personnes privées, le droit international public (...) ne s’applique qu’aux Etats ».

³⁴ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 1.

révèle le caractère quelque peu artificiel de cette distinction, déjà dénoncé par Georges Scelle³⁵.

Ensuite, le droit international des investissements se trouve à la croisée des chemins entre droits internes et droit international, rendant toute question relative au droit applicable à ces opérations particulièrement délicate³⁶. En effet, même si les traités bilatéraux d'investissement accordent un certain nombre de droits aux investisseurs et ont vocation à s'appliquer sur le territoire de l'Etat d'accueil, ils ne réglementent pas l'ensemble des questions soulevées par l'opération d'investissement, qui devra, dans tous les cas, se conformer au droit local.

Mais, surtout, le droit international des investissements révèle les mécanismes de construction et d'affirmation d'un système juridique spécifique, à savoir un « ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un « ordre » en ce sens qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolé de son entourage sans l'analyser faussement »³⁷. L'apparition du droit international des investissements soulève, dès lors, de nombreuses questions sur les modalités de sa création, sur sa nature ou sur ses relations avec d'autres systèmes juridiques.

Considéré comme branche particulière du droit international et limité par son champ *ratione materiae*, le droit international des investissements, serait ainsi défini comme toutes les règles adoptées au niveau international :

« pour définir le régime de la constitution et de la liquidation des investissements de nationaux en territoire étranger, ou des étrangers en territoire national, ainsi que le régime du traitement et de la protection des investissements des étrangers en territoire national »³⁸.

La nature particulière de ces règles adoptées au niveau international fait toute l'originalité du droit international des investissements. Même si le régime international des investissements

³⁵ V. not. G. Scelle, *Precis de droit des gens*, Recueil Sirey, Paris, 1932/1934, 2 vol. (XV-312 p. ; 558 p.) ; G. Scelle, "Règles générales du droit de la paix", *RCADI*, t. 46, IV, 1934, pp. 327-703.

³⁶ V., not., E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411 ; C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386 ; E. Gaillard, "The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Huntington, 2004, pp. 223-241 ; G. Sacerdoti, "Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 19, 2004, p. 1 et s. ; T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p. ; A. Parra, "Applicable Law in Investor-State Arbitration" in A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 3-12 ; O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118.

³⁷ J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105, p. 86.

³⁸ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

se fonde sur un très grand nombre d'instruments juridiques séparés et distincts, leur association a permis de créer un droit international des investissements. Véritable système juridique à part entière, ce droit a pourtant des caractères uniques. D'une part, celui-ci ne s'est pas fondé sur un traité multilatéral ou une organisation internationale³⁹, mais est le produit d'une multiplication de traités bilatéraux. En effet, si l'on admet qu'un régime international spécifique puisse être créé par un traité multilatéral – comme ce fut, par exemple, le cas pour le commerce international – il est beaucoup plus difficile d'envisager l'émergence d'un droit sur le fondement de traités bilatéraux. Pourtant, l'impossibilité à conclure un traité global prévoyant le régime juridique substantiel des investissements internationaux a rendu nécessaire le recours à des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements, qualifiés de traités ou conventions bilatéraux d'investissement. Or, ceux-ci, considérés de façon globale en tant que groupe, sont parvenus à mettre en place un régime international s'appliquant aux investissements étrangers⁴⁰. En effet, la formulation très proche de ces accords, ainsi que l'identité de leur structure et des règles et principes qu'ils contiennent, permettent de les considérer comme un tout.

D'autre part, le droit international des investissements s'est affirmé comme un droit profondément jurisprudentiel. En effet, le règlement des différends a rencontré davantage de succès, une convention multilatérale à vocation universelle ayant rapidement vu le jour et fait l'objet de nombreuses ratifications. Toutefois, la Convention de Washington ne met en place qu'un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – ci-après le CIRDI ou le Centre – qui a vocation à offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage concernant les investissements. Cette institution d'arbitrage voit donc se succéder en son sein nombre de tribunaux arbitraux, sans que son Secrétariat puisse agir réellement sur la cohérence des décisions. Cependant, les sentences rendues dans le cadre de ces arbitrages mixtes ressemblent de plus en plus à une véritable jurisprudence⁴¹, s'affirmant comme une source effective du droit international des investissements.

L'apparition du CIRDI, de même que la prolifération des traités bilatéraux d'investissements, ne sont que deux événements parcellaires et fragmentés ; mais ils sont parvenus ensemble à créer un système global relatif aux investissements internationaux, sans vraiment que cela ait été envisagé ni par les Etats, ni par les arbitres. On est en plein dans l'hypothèse envisagée par Jean Combacau, selon laquelle :

³⁹ V. not. P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 21 et s.

⁴⁰ Sur la notion de régime juridique, v. not. D. J. Puchala et R. F. Hopkins, *Regimes and Political Theory Lessons from Inductive Analysis*, American Political Science Association, Washington, 1980, 75 p. ; S. D. Krasner, *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, X-372 p. ; A. Hasenclever, P. Mayer et V. Rittberger, *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, X-248 p. ; S. D. Krasner, "Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables" in B. A. Simmons et R. H. Steinberg, *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 3-17.

⁴¹ V. *infra* : chapitre 2, section 2, paragraphe 2, B, 2°), p. 209 et s.

« il y aurait des mécanismes, ou des forces, non voulus, qui résultent de la logique inhérente à un certain ordre juridique particulier, développée en dehors des intentions ouvertes des maîtres du système, et qui feraient que tout élément trouve spontanément sa place dans un ensemble ordonné mais non volontaire, auquel même la volonté ne peut déroger sans détruire la logique du système ; le ressort de l'organisation est alors cette logique-là : non pas seulement la logique purement formelle de la construction de l'ordre juridique, mais la logique substantielle qui fait obéir l'ensemble du système à une loi de composition »⁴², qualifiée, dans le cas du droit international des investissements, de dialectique.

L'objet de cette étude consiste donc à démontrer l'existence d'un droit international des investissements, engendré par la relation dialectique unissant les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI. Le mouvement de va-et-vient continu, né de la rencontre de ces deux phénomènes, aboutit à ce que la construction du droit international des investissements n'obéisse plus à la seule volonté des Etats – en particulier des Etats les plus puissants – mais soit le fait également d'une instance internationale quasi-universelle.

« Indépendamment de la volonté consciente des Etats »⁴³, cette relation entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI (Paragraphe 1) a ainsi permis l'émergence d'un nouveau système juridique, le droit international des investissements, qui, même s'il relève de l'ordre juridique international, le dépasse également (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. LES INTERACTIONS ENTRE LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT ET LA JURISPRUDENCE DU CIRDI

Le droit international des investissements est apparu de la conjonction de deux phénomènes, dont chacun, pris séparément, semblait incapable de dépasser son caractère fondamentalement bilatéral. Rien ne pouvait laisser présager que des conventions bilatérales entraîneraient une multilatéralisation du droit des investissements ; de même que la nature éphémère des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ne permettait pas d'envisager l'émergence d'un véritable système juridique, ni même d'une jurisprudence digne de ce nom.

La réunion de ces deux dynamiques a, pourtant, permis l'apparition du droit international des investissements. Les conventions bilatérales d'investissement ont ainsi servi d'assise à un

⁴² J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105, p. 87.

⁴³ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p.

bouleversement du rôle du CIRDI, qui, promu à ce rôle nouveau, a, par sa jurisprudence audacieuse, finalement modifié l'équilibre, autant formel que substantiel, de ces conventions. Cette (r)évolution ne s'est, cependant, pas faite sans réaction de la part des Etats, qui n'ont pas tardé à revoir leurs modèles conventionnels, afin d'intégrer ou de contrer cette jurisprudence.

C'est donc seulement la rencontre (B) des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI (A) qui a permis l'émergence du droit international des investissements.

A. Deux phénomènes distincts

La révolution russe, l'accession à l'indépendance d'un grand nombre de territoires et les revendications d'un Nouvel ordre économique international ont instauré un climat de profonde insécurité pour les biens étrangers⁴⁴. Or, parallèlement, les progrès des moyens de communication, ainsi que le déploiement de l'idéologie libérale dans certaines parties du monde, encourageaient le développement des investissements internationaux. La restauration d'un climat favorable aux investissements ne pouvait alors passer que par des instruments internationaux assurant aux investisseurs des garanties substantielles (1°), mais aussi procédurales (2°).

1°) Un régime fondé sur des traités bilatéraux

Trois acteurs sont appelés à jouer dans le droit international des investissements, marquant ainsi la différence avec le droit international général. Ainsi, ne sont pas seulement concernés des Etats – de nationalité et de territorialité – mais également l'investisseur, personne physique ou morale, à laquelle on dénie traditionnellement la qualité de sujet du droit

⁴⁴ Un historique sera dressé dans le chapitre premier. V. *infra.* : chapitre 1, section 1, p. 58 et s. Pour plus de précisions, v. K. J. Vandeveldé, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 19 et s.

international⁴⁵. Des relations vont se nouer entre ces trois protagonistes, liés à la fois par des considérations politiques et économiques. L'investisseur ne sera dirigé dans sa décision d'investir et dans la conduite de son investissement que par la rentabilité, l'Etat de nationalité cherchera à développer sa présence à l'étranger alors que l'Etat d'accueil profitera de l'arrivée de capitaux sur son territoire.

Face aux difficultés rencontrées par les investisseurs étrangers dans l'histoire, de nombreuses lois nationales ont été adoptées pour les rassurer. Ces législations se sont, néanmoins, avérées infructueuses dans la restauration d'un climat favorable aux investissements, rendant nécessaire le recours au droit international et, très classiquement, aux traités, faisant alors disparaître l'investisseur de la scène.

Les traités bilatéraux d'investissement sont apparus il y a à peine plus d'un demi-siècle, avec la signature par l'Allemagne et le Pakistan du premier accord pour la promotion et la protection des investissements⁴⁶. Certes, des traités d'amitié, de commerce et de navigation unissaient déjà quelques Etats, les Etats-Unis ayant très tôt mis en place des programmes de négociation de tels accords. Cependant, ceux-ci n'étaient pas directement en lien avec les investissements, même si la protection des biens étrangers en était un élément essentiel, comme l'a noté John Adams en 1796 :

« There is no principle of the law of nations more firmly established than that which entitles the property of strangers within the jurisdiction of another country in friendship with their own to the protection of its sovereign by all efforts in his power »⁴⁷.

Le traité entre l'Allemagne et le Pakistan marque ainsi l'apparition d'un nouveau type de convention, même s'il s'agit d'un traité international classique, au sens de la Convention de Vienne, à savoir « un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international »⁴⁸. L'expression de « convention bilatérale d'investissement » ou de « *bilateral investment treaty* » ne reflète pas complètement l'objet de ces conventions, qui ressort seulement de leur intitulé exact. Ces accords visent la promotion et la protection des

⁴⁵ L. Oppenheim et R. F. Roxburgh, *International Law : A Treatise*, Longmans, Green, Londres, 1905, 2 vol., vol. I, p. 133 ; H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, t. 1, 1925, pp. 73-121 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p. ; F. Rigaux, "Des dieux et des héros : Réflexions sur une sentence arbitrale", *Revue critique de droit international privé*, vol. 67, 1978, pp. 435-459 ; P. Mayer, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", *JDI*, vol. 113, 1986, pp. 5-78 ; M. Kamto, "La notion de contrat d'Etat : Une contribution au débat", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 719-751 ; G. Distefano, "Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale", *AFDI*, 2007, pp. 105-128.

⁴⁶ Traité tendant à encourager et à protéger les investissements, Bonn, 25 novembre 1959. Le texte est reproduit dans les annexes.

⁴⁷ Propos de John Adams, tenus en 1796 après la négociation du premier traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu par les Etats-Unis avec la France, tels que cités in R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 11.

⁴⁸ Article 2, paragraphe 1, a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

investissements, les deux notions étant systématiquement liées. C'est parce que la convention bilatérale permet de protéger l'investissement qu'elle est également l'instrument de sa promotion.

Même si l'on admet que la convention bilatérale d'investissement est un traité au sens classique, son objet n'est pas indifférent étant donné qu'elle n'a pas seulement vocation à régir les relations entre Etats, mais également à définir les droits et obligations de l'investisseur et de l'Etat d'accueil de l'investissement. L'investisseur n'est pas, en général, considéré comme un sujet de droit international et demeure soumis à l'ordre juridique interne de l'Etat sur lequel il a constitué son investissement. Toutefois, il tire des droits de la convention et, en particulier, celui d'accéder à un forum international, qui bouleversent son statut⁴⁹.

Ces traités bilatéraux d'investissement se sont très rapidement développés et diffusés de par le monde, preuve d'un mouvement que certains ont qualifié d'internationalisation du droit des investissements⁵⁰. Ce mouvement a touché l'ensemble des Etats – y compris ceux se réclamant de l'idéologie communiste – les seules réelles exceptions demeurant des Etats connaissant des troubles ou des micro-Etats⁵¹.

Cette internationalisation n'est pas seulement relative aux Etats ayant conclu ces accords, mais également aux liens créés entre eux. Alors qu'on a longtemps reproché aux traités bilatéraux d'investissement de n'être que formellement réciproques et de n'être conclus par les pays en développement que sous l'effet de la contrainte économique⁵², on constate désormais un renversement des tendances. Aujourd'hui, les traités bilatéraux d'investissement n'ont ainsi plus vocation à couvrir des mouvements unilatéraux d'investissements allant vers les pays en développement, mais deviennent véritablement réciproques avec la diversification des flux. De même, alors qu'initialement, les traités avaient vocation à être conclus entre un

⁴⁹ Sur la possibilité pour les individus de bénéficier de droits directs dans l'ordre juridique international, v. not. CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig (Réclamations pécuniaires des fonctionnaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer)*, avis du 3 mars 1928, *Rec. Série B* – N°15, p. 5 ; CIRDI, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique (ARB(AF)/98/3)*, sentence du 26 juin 2003 ; CIRDI, *Plama Consortium Ltd contre République de Bulgarie (ARB/03/24)*, décision du 8 février 2005, paragraphe 141. V. également C. Leben, "Retour vers la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci" in *Mélanges offerts à Hubert Thierry : l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, p. 247 et s., p. 266 ; C. Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos du contrat d'Etat" in P. Kahn, E. Loquin, C. Leben and M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Dijon, 2000, p. 119 et s., p. 128 et s. ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 507 ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphes 4 et 17.

⁵⁰ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements", *CEPMLP Online Journal*, vol. 7, 2000, 21 p.

⁵¹ La liste des accords conclus par les Etats est disponible sur le site Internet de la CNUCED.

⁵² V., not., A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 98 : « le bilatéralisme cachant, bien souvent, l'unilatéralisme du plus fort ».

pays développé, exportateur de capitaux, et un pays en développement, importateur – sachant que les relations entre pays du Nord étaient réglementées par d'autres types d'accords, souvent régionaux – de plus en plus de ces conventions sont aujourd'hui conclus entre pays du Sud ou pays émergents. Ainsi, la plupart des Etats se dotent aujourd'hui de modèles d'accords, dont on remarque qu'ils ne diffèrent pas fondamentalement de ceux initialement adoptés par les pays du Nord. L'idée selon laquelle les pays en développement ne ratifieraient les traités bilatéraux d'investissement que sous l'effet de la contrainte économique⁵³ est battue en brèche par l'adoption de tels modèles.

Cette internationalisation ou universalisation des traités bilatéraux ne doit, cependant, pas faire oublier que, encore aujourd'hui, leur impact sur la croissance et le développement économique n'est pas véritablement démontré, même s'il est indéniable que ces instruments sont un signal fort afin de recréer la confiance des investisseurs⁵⁴.

Si l'effet économique de ces accords est encore débattu, leur impact juridique sur l'émergence du droit international des investissements a été fondamental, en créant un régime substantiel uniforme pour ces opérations économiques. En effet, la croissance exponentielle du nombre de ces traités bilatéraux, créant un véritable réseau, ne doit pas dissimuler leur homogénéité.

La grande similitude de ces accords est liée à l'utilisation de modèles conventionnels et à l'influence exercée par les projets de conventions multilatérales relatives aux investissements qui, même s'ils ont abouti à des échecs, ont parfois été repris dans les accords bilatéraux. Les évolutions et le développement de ces accords sont allés dans la même direction, au point qu'encore aujourd'hui la pratique conventionnelle est très uniforme.

La ressemblance de ces conventions ressort tant de leurs objectifs que des principes et des normes qu'elles contiennent. Les traités bilatéraux d'investissement sont tous fondés sur des présupposés idéologiques. Le dogme libéral, ou néolibéral selon lequel les investissements internationaux peuvent permettre la croissance et le développement économique, reste encore aujourd'hui majoritaire et explique pourquoi les Etats recherchent les moyens de promouvoir ces investissements, ce qui est précisément l'objet des traités bilatéraux d'investissement. Or, le moyen principal de promotion des investissements consiste en leur protection, les deux objets de ces conventions se télescopant⁵⁵. Les traités bilatéraux d'investissement vont donc tenter d'assurer protection et sécurité à ces opérations économiques, non seulement par des normes de traitement des investissements, mais aussi – et surtout – par des mécanismes

⁵³ S. K. B. Asante, "International Law and Foreign Investment : A Reappraisal", *ICLQ*, vol. 37, n° 3, 1988, pp. 558-628 ; A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.

⁵⁴ V. *infra*. : chapitre 1, section 2, paragraphe 2, a, 2°), p. 119 et s.

⁵⁵ V., not., J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136, p. 77 : « *treaty with clear and enforceable rules to protect and facilitate foreign investment reduces risks that the investor would otherwise face and that such reductions in risk, all things being equal, encourage investment* ».

d'application assurant aux investisseurs que les obligations substantielles ne resteront pas lettre morte.

En effet, les traités bilatéraux d'investissement sont nés à une période d'insécurité pour ces opérations économiques et avaient donc pour objet de remédier aux difficultés rencontrées. Les traités contiennent, dès lors, pratiquement tous les mêmes dispositions substantielles. Kenneth Vandeveldé résume ces dispositions autour de six principes :

*« six principles – access, reasonableness, security, nondiscrimination, transparency, and due process – are the core principles of BITs »*⁵⁶.

Au-delà de la libéralisation, organisée par les clauses d'encouragement ou d'admission, l'objet principal des traités bilatéraux est bien la protection des investissements, qui se fonde essentiellement sur des standards, tant absolus que relatifs. Les standards absolus définissent le traitement qui doit, dans tous les cas, être accordé aux investisseurs dès lors qu'ils pénètrent l'Etat d'accueil. Il en est ainsi, en particulier, du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité. Les standards relatifs impliquent, quant à eux, une comparaison avec une autre catégorie de personnes – nationaux ou étrangers ressortissant d'un autre Etat – le traitement devant, en général, ne pas être moins favorable que celui accordé à ce groupe. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont ainsi des standards relatifs. Ces clauses de traitement sont, la plupart du temps, complétées par des dispositions plus spécifiques, ayant vocation à s'appliquer dans des situations particulières, telles que la limitation du droit d'exproprier, l'imposition du libre transfert, l'interdiction des contraintes d'exploitation ou encore l'indemnisation en cas de guerre ou de trouble grave à l'ordre public.

Ces dispositions substantielles sont surtout complétées par des clauses relatives au règlement des différends, qui constituent l'un des aspects fondamentaux de la protection assurée et, *a fortiori*, de la promotion des investissements. Deux clauses de règlement des différends sont prévues, distinctes en fonction des parties au litige. D'une part, si le différend naît de l'interprétation ou de l'application du traité et concerne donc les Etats, il est prévu le recours à l'arbitrage, dans un cadre alors interétatique. D'autre part, une disposition concerne le règlement mixte des différends, nés entre l'Etat d'accueil et l'investisseur.

D'autres dispositions, plus classiques, concernent le champ d'application, la terminaison ou des clauses de sauvegarde.

Ce squelette se retrouve dans tous les traités bilatéraux d'investissement. Cependant, cela n'exclut pas l'intégration d'autres dispositions. Avec la fin du débat sur l'opportunité de l'investissement international, on a considéré que les normes de traitement et de protection de l'investissement étaient désormais universelles et que le centre de gravité du droit

⁵⁶ K. J. Vandeveldé, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 2.

international des investissements devait se déplacer vers les questions de mobilité et de libre circulation. On revient alors aux théories sur l'avantage comparatif, insistant sur la nécessité pour les capitaux de pouvoir circuler librement, s'investir, se désinvestir, se réinvestir sans contrainte, afin de parvenir à la meilleure rentabilité. Cette position n'est pas sans incidence sur les conventions bilatérales d'investissement, la libéralisation de l'investissement au niveau international supposant des concessions partagées et acceptées par l'ensemble des Etats et donc le recours à une convention multilatérale⁵⁷. Toutefois, même si l'on admet aujourd'hui que l'investissement international est nécessaire et même si l'on convient unanimement de lui accorder un traitement favorable, la voie multilatérale est encore loin, montrant le rôle encore primordial des conventions bilatérales d'investissement. En effet, l'investissement est une question centrale dans la conduite de la politique économique et sociale d'un Etat et va donc être un vecteur d'influence essentiel, couvrant dès lors un champ de plus en plus large. L'évolution des traités bilatéraux tend ainsi à plus de précision et intègre de nouvelles obligations, plus générales, voire non strictement en lien avec les investissements.

L'accroissement exponentiel du nombre d'accords présentant tous les mêmes caractères et ayant le même contenu général a abouti à plusieurs tentatives de multilatéralisation, issues d'initiatives doctrinales comme le Projet Abs-Shawcross⁵⁸, mais aussi menées par des organisations internationales, au premier rang desquelles figure l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques – ci-après OCDE – avec son Projet sur la protection des biens étrangers de 1962⁵⁹, mais aussi avec le projet d'Accord Multilatéral sur l'Investissement ou AMI, les deux ayant, cependant, abouti à des échecs⁶⁰. Le changement d'enceinte de négociation et le recours, en particulier, à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) n'ont pas été suffisants pour permettre l'établissement d'un régime conventionnel global⁶¹. Seule une convention multilatérale à vocation universelle est parvenue à s'imposer, la Convention de Washington, qui a mis en place le Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

⁵⁷ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

⁵⁸ V. *infra* : chapitre 1, section 1, paragraphe 1, B, 2°), p. 71 et s. V. également le Projet de convention de Harvard sur la responsabilité internationale des Etats à l'égard des préjudices causés aux étrangers, in L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 545-584.

⁵⁹ G. van Hecke, "Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers", *RGDIP*, n° 3, 1964, pp. 641 et s.

⁶⁰ Ces échecs n'ont pas été perçus comme tels par beaucoup d'Etats, qui ne voyaient pas d'un très bon œil les tentatives de multilatéralisation, du fait que « les principaux exportateurs d'investissements s'estimaient en mesure d'obtenir ainsi, de leurs partenaires, importateurs d'investissement, un niveau de protection, pour leurs investisseurs, qui s'établirait nécessairement au-dessus de celui que pourrait leur offrir un instrument multilatéral » (P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 33).

⁶¹ V. *infra* : chapitre 1, section 1, paragraphe 1, B, 1°), p.68.

2°) D'une instance arbitrale à une juridiction internationale

« L'histoire du droit nous enseigne que les tribunaux ont précédé les codes et l'élaboration des règles de droit détaillées »⁶².

Cette proposition se vérifie, sans nul doute, en droit international des investissements, l'émergence de ce système juridique devant beaucoup à son mécanisme spécifique de règlement des différends, l'arbitrage mixte ou transnational⁶³. Il peut se définir comme :

« l'arbitrage entre un Etat et une personne privée étrangère, souvent un investisseur »⁶⁴.

Cet arbitrage mixte a aussi été qualifié d'« hybride »⁶⁵ ou d'« asymétrique »⁶⁶, du fait de la « différence de qualité des parties »⁶⁷.

Même si ce type d'arbitrage est apparu assez tôt, une sentence ayant été rendue par Napoléon III en 1864, dans une affaire opposant la Compagnie universelle du Canal de Suez à l'Egypte⁶⁸, son recours mettra du temps à se généraliser, étant donné le refus de reconnaître à l'individu la personnalité juridique, lui permettant de jouir d'une capacité processuelle sur la scène internationale. Toutefois, les désastres liés à la « *gunboat diplomacy* » et l'adoption de la doctrine Drago-Porter en 1907 ont rendu nécessaire la mise en place de nouveaux mécanismes permettant de régler les différends relatifs aux biens étrangers.

Ainsi, parallèlement à la mise en place d'un réseau dense de traités bilatéraux d'investissement, la Banque mondiale et, en particulier, son Conseiller juridique, Aron Broches, ont compris la nécessité de créer une instance arbitrale en charge des différends spécifiquement en lien avec les investissements, à défaut de régime multilatéral s'appliquant dans cette matière. La procédure a été privilégiée sur la substance du droit international des

⁶² H. Lauterpacht, "La théorie des différends non justiciables en droit international", *RCADI*, t. 34, IV, 1931, pp. 493-654, p. 539.

⁶³ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512.

⁶⁴ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 78.

⁶⁵ Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, 2003, pp. 151-289, p. 153.

⁶⁶ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 94.

⁶⁷ B. Audit, "L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat : bilan et perspectives" in Académie de droit international de La Haye, *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, pp. 23-76, p. 23.

⁶⁸ H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1997, IX-670 p., pp. 122-123 : « Cet arbitrage est à remarquer à raison de l'intervention directe dans la contestation d'une compagnie financière. Dans les différents arbitrages, où des intérêts privés sont en jeu, les gouvernements, dont les intéressés sont les sujets, interviennent seuls dans le litige. Ici on pourrait justifier la participation directe de la Compagnie de Suez par le caractère de personne morale internationale que l'on pourrait lui apporter » (citation tirée de C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 197-386, p. 219).

investissements, considérant alors que la mise en place d'un régime de règlement impartial des différends pourrait permettre un développement des investissements. Nul ne peut savoir si Aron Broches avait envisagé la portée que prendrait le mécanisme dont il a été, en grande partie, à l'origine. Cependant, comme Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer le relèvent très justement :

« In retrospect, it has become clear that the creation of ICSID amounted to the boldest innovative step in the modern history of international cooperation concerning the role and protection of foreign investment »⁶⁹.

Il est indéniable que l'institution mise en place fait preuve d'une étonnante modernité, surtout pour l'époque, mais encore aujourd'hui. Les personnes privées se voient ainsi dotées d'une capacité processuelle pour faire directement valoir leurs droits face aux Etats. De même, le droit international ne se limite plus aux relations interétatiques, mais a vocation à s'appliquer aux investissements internationaux ; alors même que certains principes traditionnels de cet ordre juridique, tels que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ou l'immunité de juridiction sont sérieusement battus en brèche. Enfin, les sentences sont directement exécutoires sur l'ensemble des territoires des Etats parties à la Convention de Washington, comme un jugement final d'une juridiction interne.

Ces avantages, mais aussi le contexte international de l'investissement, ont permis au CIRDI de connaître un véritable succès, qui ressort non seulement des nombreuses ratifications de la Convention de Washington – liées en particulier aux avantages de la « dépolitisation » du contentieux de l'investissement⁷⁰ – mais aussi du grand nombre de références à ce mode d'arbitrage dans les traités bilatéraux et multilatéraux. La Convention de Washington a de la sorte façonné les conventions bilatérales d'investissement, qui contiennent, en grande majorité, des références à l'arbitrage sous les auspices du CIRDI⁷¹.

Le Centre a, rapidement, commencé à jouer un rôle essentiel dans la vie économique internationale⁷². Promu au statut d'instance par excellence de règlement des différends relatifs aux investissements⁷³, sa nature a été bouleversée, passant de simple centre d'arbitrage au statut de véritable juridiction internationale. Il est vrai que cette assimilation surprend, étant donné que :

⁶⁹ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 20.

⁷⁰ I. Shihata, "Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 1, 1986, p. 4 et s.

⁷¹ V. la Préface de I.F.I. Shihata in C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p.

⁷² *Id.*

⁷³ V. not. C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

« C'est oublier que ce n'est pas le CIRDI, organisation internationale créée par la convention, qui juge, mais un tribunal arbitral procédant sous son égide. Assimiler le tribunal arbitral à l'institution d'arbitrage ne se justifie pas »⁷⁴.

Pierre Mayer en conclut que :

« Ainsi le tribunal du traité (...) statue sur les rapports entre des parties dont l'une n'est pas un sujet international, et il n'est pas une juridiction internationale. Il est, tout comme un tribunal arbitral connaissant d'un litige commercial entre deux parties privées, une *juridiction privée, ne rendant la justice au nom d'aucun ordre juridique, pas plus étatique qu'international*. Dès lors, on ne voit guère d'obstacle à ce qu'il puisse connaître également d'une demande fondée sur une violation du contrat, régi par un droit étatique »⁷⁵.

La présence d'une partie privée a également poussé certains dualistes à considérer que le CIRDI ne pouvait être une juridiction internationale, du fait que le tribunal ne pouvait, dès lors, rendre la justice au nom de l'ordre juridique international, qui n'admet que les Etats⁷⁶.

Il demeure, toutefois, que l'originalité de l'institution, l'affirmation extensive de sa compétence, qui devient quasi-obligatoire dans les litiges fondés sur un traité bilatéral d'investissement, et les efforts déployés par les tribunaux arbitraux pour insuffler l'esprit de système à leurs décisions, dont le corps ressemble toujours davantage à une véritable jurisprudence, font de plus en plus ressembler les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du Centre à de véritables juges internationaux.

Le qualification de juridiction internationale⁷⁷ n'est alors plus très loin, si l'on considère que le :

« tribunal est international lorsque son pouvoir de juger trouve sa source dans un traité »⁷⁸.

⁷⁴ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphes 18-20.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Cette proposition suit la pensée de Dionisio Anzilotti, telle qu'exprimée notamment dans son *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p., pp. 135-136. V. également C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386 ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96.

⁷⁷ V., not., L. Cavaré, "La notion de juridiction internationale", *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 496-509 ; C. Philip et J.-Y. de Cara, "Nature et évolution de la juridiction internationale" in SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Pedone, Paris 1987, pp. 3-43 ; C. Santulli, "Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D.", *AFDI*, vol. 46, 2001, pp. 58-81 ; C. Santulli, "Les juridictions de l'ordre international : Essai d'identification", *AFDI*, vol. 47, n° 1, 2001, pp. 45-61 ; H. Ascensio, "La notion de juridiction internationale en question" in *La juridictionnalisation du droit international - Colloque de Lille de la Société française pour le Droit international*, 2003, pp. 163-202 ; SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, 545 p.

⁷⁸ C. Rousseau, *Droit international Public. Tome V, Les Rapports conflictuels*, Sirey, Paris, 1983, XVI-504 p., p. 382. Il poursuit : « Le critère véritable de la nature d'un tribunal [est] d'ordre formel et résid[e] (...) dans l'acte qui est la source de sa création et de ses pouvoirs : c'est l'existence d'un traité international qui constitue à cet égard le critère décisif ». V. également H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public - Problèmes choisis", *RCADI*, tome 42, 1933, pp. 117-351 ; F. Rigaux, "Souveraineté des États et arbitrage transnational" in P. Fouchard et P. Kahn, *Le*

Dès lors, beaucoup reconnaissent aux tribunaux statuant sous l'égide du Centre, voire au CIRDI lui-même, la qualité de juridiction internationale, parce qu'il tire son pouvoir de la Convention de Washington⁷⁹, mais aussi parce que la Convention de Washington impose une procédure particulière⁸⁰ et l'obligation d'exécuter les décisions et sentences rendues⁸¹. L'autonomie de l'action dans le cadre du CIRDI et l'exclusion du recours aux ordres juridiques internes confirment cette conclusion⁸². Par ailleurs, le tribunal a recours principalement au droit international au titre du droit applicable⁸³. Mais surtout, l'attention portée aux précédents et la publicité des procédures poussent à conclure que :

« le CIRDI fonctionne déjà plus avec une logique d'une cour judiciaire, dont les jugements sont publics, que d'une juridiction arbitrale »⁸⁴.

Etonnamment, même si la Convention de Washington ne fait qu'instituer un Centre organisant en son sein des arbitrages *ad hoc* et même si les sentences rendues ne créent aucun précédent, une jurisprudence commence à apparaître⁸⁵. La jurisprudence ne doit plus s'entendre simplement comme l'« ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période (...) dans une branche du droit », mais davantage comme une jurisprudence constante, soit comme l'« habitude de juger dans un certain sens »⁸⁶ en suivant un précédent – conformément à la règle du *stare decisis* – et apparaît, dès lors, comme une potentielle source du droit international des investissements⁸⁷. Le rôle du CIRDI s'en trouve profondément

droit des relations économiques internationales, Litec, Paris, 1987, p. 279 ; C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 332 et s. *Contra* : D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p.

⁷⁹ V., par ex., J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, 342 p., p. 130 ; C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 335 et s. ; C. Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos du contrat d'Etat" in P. Kahn, E. Loquin, C. Leben et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Dijon, 2000, p. 119 et s., p. 144 et s.

⁸⁰ V., en particulier, C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 331 et s.

⁸¹ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, XI-584 p., paragraphe 76. L'auteur retient le même critère, tiré de la source de l'obligation d'exécuter la sentence, à propos des arbitrages non CIRDI : cette source se trouverait, par exemple, dans l'ALENA, dont l'article 1136, paragraphe 4, dispose que « *each party shall provide for the enforcement of an award in its territory* » (paragraphe 77).

⁸² V., not., A. Giardina, "L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 273-293, p. 276 : « Le système du CIRDI a donc des connotations particulières qui le rapprochent moins de l'arbitrage commercial international, que de certaines réalisations récentes dans le domaine des juridictions internationales devant lesquelles les individus peuvent être parties [comme] la Cour de justice des Communautés européennes, en ce qui concerne la force exécutoire des sentences comportant une condamnation au paiement de sommes d'argent ».

⁸³ H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public - Problèmes choisis", *RCADI*, t. 42, 1933, pp. 117-351 ; C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

⁸⁴ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

⁸⁵ V. *infra* : chapitre 2, section 2, paragraphe 2, B, 2°), p. 209.

⁸⁶ V. la définition de la jurisprudence in G. Cornu, *Vocabulaire juridique (9ème éd.)*, PUF, Paris, 2000, 30-1095 p. V. également D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, XXV-1649 p.

⁸⁷ V. *infra* : chapitre 2, section 2, paragraphe 2, B, 2°), p. 209. V. également, not., P. Duprey, "Do Arbitral Awards Constitute Precedents ? Should Commercial Arbitration Be Distinguished in this Regard from Arbitration Based on

modifié, celui-ci s'affirmant de plus en plus comme l'institution d'un système juridique spécifique.

Or, la naissance de cette juridiction spécifique aux investissements n'a pas été sans effet sur l'émergence d'un droit international des investissements, car, comme le notait Hersch Lauterpacht :

« un système juridique élémentaire, avec seulement quelques règles très générales pour guider le juge, est complet lorsque les membres de la communauté sont liés par le devoir de soumettre leurs différends à la décision d'un juge »⁸⁸.

Dès lors,

« L'arbitre appartient [...] à un système. Il n'est plus seulement l'émanation des parties. Il participe de la cohérence d'un ordonnancement juridique international. Il refusera d'être l'instrument de son démantèlement »⁸⁹.

On comprend alors mieux pourquoi les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI font de nombreuses références aux précédentes décisions et en discutent l'opportunité, même s'ils ne sont pas liés par celles-ci⁹⁰. Les tribunaux sont sensibles à l'importance de la sécurité juridique, non seulement pour les investisseurs, mais aussi pour la préservation du système. Ainsi, le Tribunal, dans l'affaire *Saipem*, insiste sur le fait qu'il :

« is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solution established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the

Investment Treaties" in E. Gaillard, *Towards a Uniform International Arbitration Law*, Juris Publishing, Huntington, 2005, p. 251 et s. ; T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049 ; J. Commission, "Precedent in Investment Treaty Arbitration-A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 2, 2007, p. 129 et s. ; D. Di Pietro, "The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regulatory or Certainty?", *International Arbitration Law Review*, vol. 10, n° 3, 2007, pp. 92-103 ; G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378 ; G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, pp. 137-147 ; C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206 ; C. Kessedjian, "To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards?" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 43-68 ; A. Rigo Sureda, "Precedent in Investment Treaty Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 830-842 ; G. Guillaume, "Le précédent dans la justice et l'arbitrage international (Lalive Lecture, 2 juin 2010)", *JDI*, n° 3, 2010, pp. 685-703.

⁸⁸ H. Lauterpacht, "La théorie des différends non justiciables en droit international", *RCADI*, t. 34, IV, 1931, pp. 493-654, p. 539.

⁸⁹ I. Fadlallah, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *RCADI*, t. 249, 1996, pp. 369-430, p. 385.

⁹⁰ V., par ex., CIRDI, *AES Corporation contre Argentine (ARB/02/17)*, décision sur la compétence du 26 avril 2005, paragraphes 17-33, spéc. paragraphe 23 : « each decision or award delivered by an ICSID Tribunal is only binding on the parties to the dispute settled by this decision or award. There is so far no rule of precedent in general international law; nor is there any within the specific ICSID system ».

harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law »⁹¹.

Cela soulève légitimement la question du gouvernement des juges ou du bien-fondé d'une création jurisprudentielle du droit, mais cette hypothèse, qui est déjà celle à l'origine de la *lex mercatoria*, ne met pas nécessairement à mal la souveraineté des Etats, qui conservent un contrôle ultime, pouvant, par la suite, préciser la nature de leurs obligations dans des conventions ou autres instruments du droit international.

C'est ainsi, non pas l'apparition d'une juridiction internationale spécialement consacrée aux investissements, qui a permis l'émergence d'un droit international des investissements, mais bien la relation apparue entre celle-ci et les Etats, tels qu'ils s'expriment à travers leurs traités bilatéraux d'investissement.

B. « La rencontre des deux phénomènes »⁹²

Les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI sont deux phénomènes distincts, qui n'avaient vocation à se rencontrer que lorsque les arbitres, saisis sur le fondement d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause compromissoire contenue dans un contrat, se seraient penchés sur le traité pour constater une possible violation. Cependant, les relations s'établissant entre ces deux phénomènes, qui se sont alliés (1°) ou combattus (2°), sont à l'origine de la mise en place d'un régime international de l'investissement et de son évolution.

⁹¹ CIRDI, *Saipem S.p.A contre Bangladesh* (ARB/05/07), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphe 67.

⁹² C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, vol. 302, 2003, pp. 197-386.

1°) Une union favorable à l'apparition d'un droit international des investissements

La rencontre des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI a permis de dépasser le caractère partiel et fragmenté de ces phénomènes, pour parvenir à un système juridique cohérent, tant du point de vue procédural que substantiel.

Du point de vue procédural, l'union des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI a permis d'avoir une conception extensive de la compétence des tribunaux statuant sous l'égide du Centre. L'imprécision des dispositions des accords imposant les limites *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis* du recours à l'arbitrage, de même que le flou de la Convention de Washington, ont donné la possibilité aux arbitres d'avoir une conception extensive du champ de leur compétence⁹³.

Mais c'est surtout la base consensuelle de l'arbitrage – ou la compétence *ratione voluntatis* – qui a été bouleversée avec la découverte du consentement à l'arbitrage dans les accords internationaux relatifs aux investissements. La jurisprudence *AAPL*⁹⁴ a permis d'avoir recours à l'arbitrage en l'absence de tout lien contractuel, sur le seul fondement du traité, créant ainsi la possibilité d'un arbitrage unilatéral⁹⁵, voire de ce qu'on a qualifié d'arbitrage forcé ou d'« *arbitration without privity* »⁹⁶. Il est vrai que l'investisseur n'aura pas tardé à trouver un fondement à son action et le consentement de l'Etat dans les quelques 2 833 traités bilatéraux d'investissement ou les 331 autres accords internationaux relatifs aux investissements, recensés par la CNUCED comme étant en vigueur au début de l'année 2012⁹⁷.

De simple centre d'arbitrage, le CIRDI a ainsi été promu au rang de juridiction internationale de droit commun en matière d'investissement, jouissant d'une compétence quasi-obligatoire. Comme le note Joe Verhoeven :

« l'arbitre s'impose de plus en plus comme le juge ordinaire de l'investissement, qui s'affranchit progressivement de l'accord en dehors duquel il n'existe traditionnellement pas, et des autres contraintes qui restreignent sa juridiction »⁹⁸.

L'union des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence des tribunaux arbitraux a ainsi bouleversé le rôle du CIRDI, qui est devenu la juridiction de droit commun en matière

⁹³ V. *infra* : chapitre 4, p. 343.

⁹⁴ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

⁹⁵ V., en particulier, W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

⁹⁶ J. Paulsson, "Arbitration without privity", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257.

⁹⁷ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, New York / Genève, XXXII-204 p., p. 84.

⁹⁸ J. Verhoeven, "Conclusions" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 363-373.

d'investissement et la seule juridiction internationale économique vers laquelle les personnes privées peuvent se tourner. Une mission particulière lui a ainsi été conférée, en tant que garant d'un possible droit administratif global⁹⁹, dont il serait lui-même, en partie, à l'origine.

Ces mouvements conjoints des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI ont ainsi abouti à une institutionnalisation de l'arbitrage en matière d'investissement, institutionnalisation qui rappelle nécessairement les théories de Santi Romano¹⁰⁰.

Du point de vue substantiel, la jurisprudence du CIRDI a donné un contenu aux traités bilatéraux d'investissement, dont les dispositions étaient souvent trop imprécises pour être véritablement opérationnelles. Les tribunaux statuant sous l'égide du Centre se transforment alors en une forme de législateur du droit international des investissements. Jeswald Salacuse remarque justement que :

*« the application of these vague norms in investment treaties has been the work of investor-state arbitration tribunals, the primary decisionmaking bodies in international investment regime. Such tribunals not only engage in investor-state dispute resolution but also norm elaboration and even norm creation »*¹⁰¹.

Parallèlement, la jurisprudence du CIRDI a abouti à une multilatéralisation du droit international des investissements, en exerçant un « pouvoir architectural »¹⁰² de structuration des traités bilatéraux. L'interprétation uniforme qu'en ont fait les tribunaux arbitraux a donné une cohérence à ce qui n'aurait pu être qu'une nébuleuse chaotique de règles juxtaposées.

Cette multilatéralisation ressort également des similarités entre les traités bilatéraux d'investissement, qui utilisent souvent les mêmes expressions et font référence aux mêmes standards. Si les tribunaux ont bien une interprétation conforme au sens ordinaire des termes employés¹⁰³, alors il est logique que l'ensemble du contentieux, même s'il se fonde sur

⁹⁹ V. *infra* : chapitre 2, section 2, paragraphe 2, A, p. 196. V. également B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31 ; C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 187-214 ; N. Krisch et B. Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 1-13 ; N. Krisch, "The Pluralism of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 247-278 ; G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150 ; S. Cassese, *Global Administrative Law Cases, Materials, Issues*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione / New York University Institute for International Law and Justice, Rome-New York, 2008, 246 p. ; B. Kingsbury et S. Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009, 53 p. ; S. Cassese, "Is There a Global Administrative Law?" in A. von Bogdandy et al, *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Berlin, 2010, pp. 761-776.

¹⁰⁰ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 453.

¹⁰² P.-Y. Monjal, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, Paris, 2000, XIV-629 p., p. 32. V. également F. Latty, *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, XX-849 p., p. 363.

¹⁰³ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

différents traités, donne lieu à une jurisprudence relativement constante étant donné la proximité des formules¹⁰⁴. On constate ainsi que :

« investment tribunals perceive and develop international investment law as a uniform body of law despite the myriad of BITs and despite being established on a case-by-case basis »¹⁰⁵.

Cette multilatéralisation n'est, toutefois, pas seulement le fait des arbitres, mais aussi des Etats eux-mêmes, qui l'autorisent grâce à l'imprécision de leurs dispositions. Ainsi, l'absence de critère précis pour la définition de l'investissement ou de l'investisseur autorise les opérateurs économiques à rechercher le régime le plus favorable à l'échelle internationale, aboutissant à l'émergence d'un régime global. De même, l'inclusion systématique de clauses de traitement de la nation la plus favorisée harmonise le système juridique, qui se multilatéralise au fur et à mesure.

Certains ont alors évoqué la ressemblance entre l'ensemble de ces traités bilatéraux et un traité multilatéral¹⁰⁶, du fait que ces accords

« develop multiple overlaps and structural interconnections that (...) create a uniform and treaty-overarching regime for international investments. BITs in their entirety (...) function analogously to a truly multilateral system as they establish rather uniform general principles that order the relations between foreign investors and host States in a relatively uniform manner independently of the sources and targets of specific transborder investment flows »¹⁰⁷.

L'importance prise par les traités bilatéraux d'investissement dans la formation du droit international des investissements pousse alors à reprendre les propos d'Emmerich de Vattel, selon qui :

« Comme les promesses & les engagements exprès doivent être inviolables, toute Nation sage & vertueuse aura soin d'examiner, de peser mûrement un Traité de

¹⁰⁴ J. W. Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 427-473, p. 452.

¹⁰⁵ S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p., p. 22.

¹⁰⁶ V. not. S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law : The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties", *Society of International Economic Law - Working Paper*, n° 18/08, 2008, 26 p. ; R. Leal-Arcas, "The Multilateralization of International Investment Law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. XXXV, 2009, pp. 33-136 ; R. Leal-Arcas, "Towards the Multilateralization of International Investment Law", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, n° 6, 2009, pp. 865-919 ; S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p. ; S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law - Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 59-86.

¹⁰⁷ S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p., p. 15.

Commerce, avant que de le conclure & de prendre garde qu'il ne l'engage à rien de contraire à ses devoirs envers elle-même et envers les autres »¹⁰⁸.

Ainsi, si l'union entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI a permis de créer un droit international des investissements, des oppositions sont nées de la définition des obligations que ce régime faisait peser sur les Etats, du fait que les imprécisions des accords ont parfois engagé ceux-ci au-delà de ce qu'ils avaient initialement envisagé et parfois même de façon contraire à ce qui est perçu comme l'intérêt général.

2°) Une opposition révélatrice d'un doute sur l'évolution du droit

Si les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI ont initialement œuvré en commun afin de mettre en place un régime international protecteur des investissements, plusieurs raisons expliquent que leurs interactions aient parfois tourné à la contradiction.

Tout d'abord, cela se justifie par le développement de ce régime et son universalisation. Même si les traités bilatéraux étaient formellement réciproques et si le consentement à l'arbitrage qu'ils contenaient était non seulement celui de l'Etat traditionnellement importateur de capitaux, mais également celui de l'Etat qui ne souhaitait qu'exporter ses investissements, les engagements n'avaient initialement qu'une portée unilatérale, faisant peser l'ensemble des obligations sur l'Etat hôte des investissements. Cependant, la diversification des flux d'investissement a rapidement entraîné un bouleversement des relations entre Etats, ceux-ci ne pouvant désormais plus être classés entre Etats importateurs de capitaux et Etats exportateurs.

Cette nouvelle donne n'allait pas tarder à provoquer un changement de dynamique du droit international des investissements. Alors qu'initialement les relations internationales en matière d'investissement se fondaient sur l'opposition entre les pays en développement, d'une part, et les pays du Nord ainsi que leurs investisseurs, d'autre part ; les changements constatés aboutissaient à réunir les Etats, tant développés qu'en développement, qui s'unissaient, dès lors, contre un régime trop favorable aux investisseurs étrangers. Or, si les pays du Sud n'avaient pas la puissance – économique ou politique – pour véritablement influencer sur les modèles conventionnels, le partage par l'ensemble des Etats d'intérêts communs permet de revoir en profondeur les obligations substantielles du droit international des investissements.

¹⁰⁸ E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1758, XXVI-541 p., tome I, livre II, p. 278, paragraphe 28.

Car c'est bien sur les obligations imposées à l'Etat que se sont concentrées l'ensemble des discordes. La grande liberté accordée aux arbitres par les dispositions conventionnelles floues, sous la forme de standards, avait indirectement abouti à la mise en place d'un régime très favorable aux investisseurs étrangers, fondé sur une interprétation téléologique des traités bilatéraux d'investissement et, de ce fait, tourné vers la seule protection des opérateurs économiques. Si l'apparition du droit international des investissements répondait au besoin de protection et de sécurité des investissements, l'interprétation extensive des obligations incombant à l'Etat en vertu des clauses des traités créait un déséquilibre fondamental, l'investisseur ne jouissant que de droits et l'Etat succombant sous le poids des obligations. L'infiltration du droit international des investissements dans la liberté normative de l'Etat ou dans son pouvoir de régulation en vue de l'intérêt général ne pouvait perdurer¹⁰⁹. Or, les arbitres ne faisaient qu'appliquer les traités bilatéraux d'investissement mis en place par les Etats, rendant alors nécessaire la modification des modèles conventionnels afin de restaurer l'équilibre des obligations.

De même, la reconnaissance d'une compétence quasi-obligatoire des tribunaux CIRDI, perçue comme un progrès du régime international des investissements, n'a pas tardé à attirer les foudres des Etats les plus puissants, dès lors qu'eux aussi pouvaient se retrouver en position de défendeur dans le cadre d'un arbitrage entamé par un investisseur. La crise de légitimité¹¹⁰ que rencontrait le CIRDI trouvait alors des alliés de taille. En effet, l'arbitrage mixte faisait l'objet de nombreuses critiques, de la part tant des Etats que de la société civile internationale, qui reprochaient la concurrence exercée par les intérêts privés à l'égard de l'intérêt général et la privatisation du règlement des différends dans une matière aussi fondamentale que les investissements. Face à ces objections légitimes, le CIRDI a entrepris des réformes, visant à faire mieux correspondre sa procédure à la nature particulière de ses missions et si, encore aujourd'hui, le Centre rencontre des oppositions, une réflexion est entamée et de nouveaux mécanismes apparaissent, au travers des traités bilatéraux.

Il en est de même pour les accords internationaux relatifs aux investissements. Le fait que les Etats, jouissant d'une réelle capacité de négociation, partagent désormais l'insatisfaction face à la tournure prise par le droit international des investissements, a insufflé un changement de cap. Ce système juridique s'ouvre alors à de nouvelles préoccupations et s'insère davantage

¹⁰⁹ V., not., C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184.

¹¹⁰ V., not., S. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, pp. 1521-1625 ; A. Kaushal, "Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, n° 2, 2009, pp. 491-534 ; M. Waibel, *The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, LIV-614 p. ; C. Schreuer, "Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO be the solution?", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, n° 3, 2011, pp. 435-441.

dans le droit international général. Faut-il y voir une menace pour son avenir ? Bien au contraire, le droit international des investissements révèle ainsi sa capacité d'adaptation, signe même de l'existence d'un système juridique.

Plusieurs directions ont été empruntées par les Etats en réaction à l'évolution, trop favorable aux investisseurs, du droit international des investissements. Certains Etats sont allés jusqu'à la sortie du système, dénonçant simplement leur réseau de traités bilatéraux d'investissement et la Convention de Washington¹¹¹. Cette solution extrême est, cependant, demeurée, à ce jour, anecdotique. D'autres, conservant la possibilité de recours à l'arbitrage mixte, ont pris le parti de revoir les traités bilatéraux d'investissement, précisant le contenu de leurs obligations et prévoyant désormais certaines exclusions. Ces modifications conventionnelles sont une réaction directe à la jurisprudence des tribunaux arbitraux, qui se trouve alors, en partie, désavouée ; mais elles ont un impact important sur le droit international des investissements, dont l'imprécision constituait l'une des caractéristiques. La détermination du contenu des obligations nuit alors à l'uniformité des accords et à leur future capacité d'évolution.

Cependant, cela révèle également la capacité d'évolution du droit international des investissements, qui se transforme en un système juridique plus équilibré, attentif aux droits des investisseurs, mais aussi des Etats et ouvert sur de nouvelles préoccupations. Ainsi, le droit international des investissements devient un vecteur d'influence particulièrement efficace de la politique des Etats, dans des domaines aussi variés que les droits de l'homme, les normes sociales ou l'environnement. L'inclusion de ces obligations dans des traités internationaux, ouvrant la possibilité d'un recours en cas de violation, permettra certainement d'importants progrès dans l'application de ces normes. Elle soulève, toutefois, de nouvelles questions, telles que celle de la capacité de l'Etat à faire valoir ses droits dans l'arbitrage international l'opposant à l'investisseur. Alors qu'on rejette traditionnellement le *locus standi* des personnes privées sur la scène internationale, c'est ici étonnamment l'Etat dont la capacité

¹¹¹ Les dénonciations de la Bolivie, de l'Equateur et du Venezuela sont, à cet égard, caractéristiques. V., not., E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p. ; M. D. Nolan et F. G. Sourgens, "The Interplay Between State Consent to ICSID and Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention : The (Possible) Venezuela Case Study", *Transnational Dispute Management*, 2007, 51 p. ; J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration" Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 71-87 ; C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p. ; R. Castro de Figueiredo, "Euro Telecom v. Bolivia : The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs", *Transnational Dispute Management*, n° 1, 2009 ; O. M. Garibaldi, "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278 ; CNUCED, "Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims", *IIA Issues Note*, n° 2, 2010, 11 p. ; C. Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, Austin, 2010, pp. 353-368 ; A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.

processuelle est limitée, du fait que la nature profondément consensuelle de l'arbitrage international se conjugue mal avec l'octroi unilatéral de son consentement.

Ces questions en suspens montrent, en tout cas, le dynamisme du droit international des investissements, qui reste un droit jeune. Ainsi, que ce soit par leur union ou leurs oppositions, les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI ont fait naître et ont forgé le droit international des investissements, en en faisant un système propre obéissant à une logique spécifique, qui n'appartient plus vraiment, ni aux Etats, ni aux arbitres.

PARAGRAPHE 2. LE RESULTAT : L'EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Les interactions entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI ont fait naître un système juridique qui dépasse la somme de ces deux phénomènes. Toutefois, la détermination de l'existence du droit international des investissements, autant que sa qualification, posent problème (A) et poussent à s'interroger sur sa possible dépendance au droit international (B).

A. L'existence d'un droit international des investissements

Si l'existence du droit international des investissements se vérifie facilement (1°), sa qualification juridique et la définition de sa nature posent problème, au point qu'aucune réponse définitive ne puisse être trouvée (2°).

1°) Un droit

Le droit est en général défini par la société dont il entend régler les rapports et donc ses sujets, mais aussi par ses normes et, en particulier, les conditions de leur formation et de leur application. Ainsi, Gérard Cornu définit le droit comme l'

« ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »¹¹².

Il existerait ainsi une « société internationale des investissements ». Si l'on dépasse les vieilles considérations dualistes¹¹³ refusant d'admettre les personnes privées comme sujets sur la scène internationale, il est aisé d'admettre que :

« [L]es sociétés entre Etats ne sont pas les seules sociétés internationales. Peuvent être légitimement considérées comme telles toutes les sociétés qui dépassent le cadre d'une société étatique. Pendant longtemps l'étude de ces sociétés et des problèmes qui s'y rapportent a été négligée. L'œuvre magistrale de Georges Scelle en a intégré l'exposé dans un cadre général, celui du « droit des gens » qui comprend l'étude de toutes les sociétés humaines, interétatique ou non. Depuis, de nombreux auteurs ont attiré l'attention sur les problèmes soulevés par les sociétés internationales non étatiques, ainsi Jessup et Verdross. Leurs recherches (...) mettent en lumière un refus d'admettre le monopole que l'Etat moderne a voulu établir sur le droit, la nécessité de reconnaître aux particuliers un droit autonome à prendre part aux relations internationales et d'élargir les bases trop étroitement nationales du droit international privé »¹¹⁴.

Paul Reuter, tout comme Georges Scelle, ont largement contribué à l'affirmation de « sociétés internationales non étatiques », définies comme des « communautés transnationales regroupant des personnes privées »¹¹⁵. La société que le droit international des investissements aurait vocation à régir serait donc composée, non seulement des Etats, mais aussi des investisseurs, personnes privées, physiques ou morales.

L'identification des sources du droit international des investissements ne pose pas de problème, celles-ci étant très classiques en droit international et reprenant quasiment la typologie fournie par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. L'instrument

¹¹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique (9ème éd.)*, PUF, Paris, 2000, 1095 p., p. 333. V. également D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, XXV-1649 p.

¹¹³ V., en particulier, H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, t. 1, 1925, pp. 73-121 ; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p.

¹¹⁴ P. Reuter, "Principes de droit international public", *RCADI*, t. 103, II, 1961, pp. 425-655, pp. 432-433. V. également G. Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public - avec les textes essentiels*, Domat-Montchrestien, Paris, 1943, 745 p.

¹¹⁵ F. Latty, *La lex sportiva: recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, XX-849 p, p. 17.

de prédilection est, bien évidemment, le traité international¹¹⁶, mais il ne faut pas pour autant exclure la coutume¹¹⁷ ou les principes généraux de droit¹¹⁸, que la répétition conventionnelle a certainement contribué à former¹¹⁹. Aujourd'hui, environ trois mille traités bilatéraux d'investissement sont en vigueur, liant pratiquement tous les Etats du monde¹²⁰. Le nombre de ces traités étonne et a pu être interprété différemment, certains considérant qu'il s'agit de la preuve de l'existence de coutumes¹²¹, alors que d'autres y voient un instrument de cristallisation¹²² et d'autres encore considèrent que la pratique conventionnelle vient, au contraire, pallier l'absence de droit international général et n'est, de toute façon, pas suffisamment uniforme pour participer à un phénomène coutumier¹²³.

Au-delà de ces sources classiques en droit international, le droit international des investissements a surtout recours aux « décisions judiciaires », qui ne peuvent ici être qualifiées de source auxiliaire de détermination des règles de droit.

Ces sources ont permis de déterminer les normes et principes du droit international des investissements, qui s'ordonnent selon leur degré de généralité.

Enfin, la reconnaissance extensive de la compétence des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI a permis de donner un juge à ce droit, chargé de faire application de ces normes.

¹¹⁶ Certains ont évoqué la « *treatification* » du droit international des investissements. V., not., J. W. Salacuse, "The Treatification of International Investment Law", *Law & Business Review of the Americas*, vol. 13, 2007, pp. 155-166, p. 157 : « *treaties have become the fundamental source of international law in the area of foreign investment* ». V. également P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

¹¹⁷ V., not., B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, 1994, pp. 327-375 ; A. Al Faruque, "Creating Customary International Law Through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal", *Indian Journal of International Law*, vol. 44, 2004, pp. 292-318 ; S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30 ; J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80 ; P. Dumbery, "Are BITs Representing the 'New' Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701 ; J. d'Aspremont, "International Customary Investment Law: Story of a Paradox", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, N°2011-08, 2011, 55 p.

¹¹⁸ V., en particulier, A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat, Paris, 1974, LXIII-504 p.

¹¹⁹ CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphe 125 : « *In holding that Article 1105 (1) refers to customary international law, the FTC interpretations incorporate current international law, whose content is shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce* ».

¹²⁰ V. *supra*, note 97.

¹²¹ V., not., A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130 ; S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30.

¹²² Frederick Mann note que les traités relatifs aux investissements « *establish and accept and thus enlarge the force of traditional conceptions* » F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254, p. 249.

¹²³ B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, 1994, pp. 327-375 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p. V. également CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582.

Dans le cas du droit international des investissements, la vérification de l'existence d'un système juridique ressort ainsi de l'existence de normes de comportement, mais aussi d'un ordonnancement juridique et procédural, allié en particulier à une justiciabilité importante des litiges qui constitue un indice très révélateur de l'existence d'un ordre juridique¹²⁴. Ces considérations suffisent à conclure à l'existence d'un droit international des investissements, comme on l'a écrit :

« - premièrement, malgré l'échec de l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) et en l'absence de tout traité multilatéral en la matière, un droit international général des investissements n'en existe pas moins, constitué par les principes communs aux nombreuses CBI, comme le principe du traitement juste et équitable des investissements étrangers, celui de leur sécurité, et des règles communes concernant l'expropriation des biens étrangers ; il convient certainement de mentionner également à cet égard un instrument de *soft law*, qui exerce une influence non négligeable dans ce domaine : les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger de 1992.

- deuxièmement, en l'absence d'une procédure centralisée pour la mise en œuvre de ces règles, la Convention de Washington de 1965, également conclue sous les auspices de la Banque mondiale, a institué un mécanisme novateur de règlement des différends relatifs aux investissements : le Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). A l'époque de sa conclusion, ce mécanisme semblait tellement novateur qu'il est longtemps resté inutilisé car on le considérait comme une intrusion dans, ou une menace à, la souveraineté étatique. Et il l'est effectivement si l'on retient la définition traditionnelle (mais inacceptable) de la souveraineté : un pouvoir absolu qui connaît peut-être des égaux, mais certainement pas de supérieur et dont le titulaire, l'Etat, ne peut en aucune manière être mis sur un pied d'égalité avec des personnes privées. Or c'est exactement ce qui se passe dans le cadre du CIRDI : une fois qu'un Etat a donné (unilatéralement) son consentement au recours à l'arbitrage obligatoire du Centre, il ne peut plus se dédire et doit honorer cet engagement »¹²⁵.

La question des mécanismes d'application du droit international des investissements pousse à revenir sur la distinction de Herbert L. A. Hart entre les règles primaires et les règles secondaires :

« There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behavior which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and

¹²⁴ C. Leben, "La juridiction internationale", *Droits*, vol. 9, 1989, pp. 144-155.

¹²⁵ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 99.

its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behavior by its officials »¹²⁶.

Les règles primaires sont donc les normes substantielles qui prescrivent un mode de conduite aux membres de la société que ce droit veut régir. Les normes secondaires sont, à l'inverse, principalement des « règles procédurales »¹²⁷, qui définissent les modalités « selon lesquelles les règles primaires peuvent être établies de façon certaine, introduites, abrogées, modifiées et leur violation officiellement reconnue »¹²⁸.

Pierre-Marie Dupuy reprend cette définition du droit, mais en déduit trois constatations formelles permettant la qualification de droit ou d'ordre juridique, à savoir la

« distinction des règles primaires et secondaires, [l']existence d'un système de rétribution des conduites (nullités et responsabilité) [et la] réalité des voies d'exécution »¹²⁹.

Le droit international des investissements possède bien des normes, mais aussi des règles procédurales fondant son application, un système de rétribution des conduites – le droit international des investissements étant lui-même un droit de la responsabilité même s'il se fonde sur le système international – et de voies d'exécution particulièrement efficaces. La vérification précise de ces caractères permet même de conclure que ce droit a atteint un niveau de perfectionnement particulièrement élevé.

Quelle que soit la définition retenue du concept de droit, la même conclusion s'impose : il existe bien un droit international des investissements. Mais surtout, la vérification de l'existence du droit international des investissements ressort de la simple constatation empirique :

« There is no doubt (...) that the current state of the law is characterized by the fact that the international law of foreign investment has become a specialized area of the legal profession and that special courses are offered on the subject matter in

¹²⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, X-263 p., p. 116. V. également C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39 ; J. d'Aspremont, "Hart et le positivisme postmoderne en droit international", *RGDIP*, vol. 113, n° 3, 2009, pp. 635-654.

¹²⁷ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 13. V. également C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 24 : les règles secondaires « ont pour objet les procédures à suivre pour créer et modifier les règles primaires de l'ordre juridique (*rules of change*) ainsi que les procédures portant sur l'application du droit que ce soit pas les organes administratifs ou les organes juridictionnels (*rules of adjudication*). Il existe encore une troisième catégorie de règles secondaires, constituée par la règle de reconnaissance (*rule of recognition*) » (références omises).

¹²⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, X-263 p., tel que traduit in P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 13. V. également M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 21 : « Le plus souvent, même de simples règles (primaires) qui énoncent des droits et obligations individuels présupposent l'existence de règles (secondaires) attribuant à des organes législatifs le pouvoir d'adopter, modifier ou abroger de telles règles, et à des organes chargés de l'application des lois la compétence d'interpréter celles-ci et de les appliquer ».

¹²⁹ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 14.

universities worldwide. The common usage and parlance in the terminology of international law has always been to single out and to designate distinct fields, such as the « laws of war » or the « law of the sea », whenever the body of rules in any one of such areas has become extensive and dense enough to justify special attention and study »¹³⁰.

Cependant, la vérification de l'existence d'un droit international des investissements, loin d'épuiser les débats autour de cette notion, renferme une nouvelle question sur la nature même de ce droit.

2°) La qualification du système

L'assimilation par Jacques Chevallier du droit à l'ordre juridique pousse à s'interroger sur la nature du droit international des investissements. Il précise ainsi que :

« Ordre, le droit l'est en effet dans les deux sens du terme. Par ordre, on peut entendre d'abord l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible ; conçu comme synonyme d'ordonnancement, l'ordre désigne à la fois le principe logique qui commande les relations entre les divers éléments constitutifs et l'ensemble articulé qu'ils forment »¹³¹.

Le constat de l'existence d'un droit soulève alors la question de sa nature – en particulier de la possibilité de le qualifier d'ordre juridique – et des relations qu'il entretient avec les autres branches du droit.

Le droit international se présente aujourd'hui sous la forme d'une coexistence de plusieurs systèmes, chacun des sous-systèmes constituant ces branches :

« Le droit international (...) n'est pas fondé sur un seul système, mais sur plusieurs sous-systèmes apparentés, au sein desquels les règles dites « primaires » et les règles dites « secondaires » sont étroitement et même indissociablement liées »¹³².

Le droit international des investissements est, à n'en pas douter, l'un de ces systèmes, à savoir :

¹³⁰ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 2.

¹³¹ J. Chevallier, "L'ordre juridique" in J. Chevallier, *Le Droit en procès*, Presses universitaires de France, Paris, 1983, pp. 7-49, p. 7.

¹³² W. Riphagen, "Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Première partie, 1982, pp. 25-60., p. 32, paragraphe 35.

« En d'autres mots, on affirme tout simplement que l'articulation des décisions, des règles et des principes constitutifs du droit ne doit rien au hasard »¹³³.

Ces systèmes ont parfois été qualifiés de branches du droit, entendues comme un ordonnancement doté de ses « propres principes, institutions et téléologie »¹³⁴, ou de régime autonome, défini comme :

« Au sens étroit, le terme est utilisé pour renvoyer à un ensemble spécial de règles secondaires du droit de la responsabilité de l'Etat qui prétend l'emporter sur les règles générales concernant les conséquences d'une violation. Dans un sens plus large, il est utilisé pour renvoyer à des ensembles imbriqués de règles primaires et secondaires, parfois également appelés « systèmes » ou « sous-systèmes » de règles qui gouvernent un problème particulier autrement que ne le ferait le droit général »¹³⁵.

Or, il est indéniable que même s'il existe un rapport de dépendance du droit international des investissements à l'égard du droit international public – aucun système ne pouvant être pleinement autonome et autosuffisant¹³⁶ – le droit international des investissements met en place un ensemble spécifique de règles primaires et secondaires, qui gouvernent, de façon complète, le régime juridique des investissements internationaux.

Il ne reste alors qu'un pas à franchir pour qualifier le droit international des investissements d'ordre juridique, car, comme le note Martti Koskenniemi :

« il peut arriver qu'une série de dispositions conventionnelles se développe avec le temps indépendamment de la volonté consciente des Etats parties »¹³⁷.

De la même façon que l'émergence d'un « nouvel ordre juridique de droit international »¹³⁸ dans l'Union européenne a été le produit de l'activité interprétative de la Cour de Justice, l'on

¹³³ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 24. V. également H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, X-263 p., pp. 208-231.

¹³⁴ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 275.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 73. V. également p. 88 : « Peuvent également être qualifiées de régime autonome a) un ensemble spécial de règles secondaires déterminant les conséquences de la violation de certaines règles primaires (y compris, les procédures de cette détermination) ainsi que b) tout groupe imbriqué (ensemble, régime, sous-système) de règles sur un problème donné et les règles présidant à la création, à l'interprétation, à l'application, à la modification ou à l'extinction – bref, à l'administration – de ces règles. Il est plus constamment fait référence dans la doctrine et dans la pratique à une troisième notion – celle de « branche du droit international » - lesquelles sont également censées fonctionner comme des régimes autonomes, et être régies par leurs propres principes ».

¹³⁶ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, p. 824 : « loin de pouvoir être érigé en système normatif autonome et autosuffisant, imperméable aux influences d'autres normes du droit international général ou conventionnel ». V. également B. Simma, "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 16, n° 1, 1985, pp. 111-136 ; P. Juillard, "Rapport" in SFDI, *Les Nations Unies et le droit international économique*, Pedone, Paris, 1986, p. 101 et s., pp. 124-125.

¹³⁷ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 91.

¹³⁸ CJUE, *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend et Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, arrêt de la Cour du 5 février 1963, *Rec.* p. 23.

peut se demander si les interactions entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI n'ont pas créé un « nouvel ordre juridique de droit international relatif aux investissements ».

Tel est nécessairement le cas si l'on reprend la théorie institutionnaliste de Santi Romano, selon qui :

« [t]out ordre juridique est une institution et, inversement toute institution est un ordre juridique : il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue »¹³⁹.

Certains ont reproché à cette théorie de ne pas insister suffisamment sur la notion de norme, à l'origine de tout concept juridique, comme le note Michel Virally :

« le droit est un ordre normatif (...) il est formé par un ensemble de pouvoirs et d'obligations ordonnant les rapports sociaux et dont la création, la modification, l'abrogation et les relations réciproques résultent de propositions auxquelles on donnera le nom de normes »¹⁴⁰.

Il faudra donc vérifier tant l'institutionnalisation, que l'existence d'un régime normatif, pour pouvoir conclure à l'existence d'un ordre juridique international relatif aux investissements. Cependant, la pluralité de définitions de l'ordre juridique n'aide pas toujours dans cette opération de qualification, l'existence d'un ordre juridique international relatif aux investissements dépendant alors très largement de la définition retenue de ce concept. Cette démarche nécessite donc également de rechercher certains caractères spécifiques, permettant cette qualification.

Si l'on reprend les critères distingués par Charles Leben, l'existence d'un ordre juridique dépend ainsi de son efficacité, son unité, sa cohérence et sa complétude¹⁴¹.

L'efficacité permettrait ainsi de distinguer l'ordre juridique des ordres moraux et autres ordres normatifs¹⁴². Il faut alors que le droit recouvre un pouvoir coercitif¹⁴³ et que « la plupart des normes de cet ordre [soient] plutôt (...) respectées par leurs destinataires que non respectées »¹⁴⁴. Plus précisément, l'efficacité se subdivise entre :

¹³⁹ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p., p. 19.

¹⁴⁰ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998, XLI-225 p., p. 9. V. également G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 207, 1987, pp. 9-463 ; F. De Ly, "Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization" in K. P. Berger, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 179-203.

¹⁴¹ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.

¹⁴² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, XV-496 p., p. 46, tel que cité in C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 30.

¹⁴³ N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Turin, 1960, 218 p., paragraphe 63, tel que cité in C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 30.

¹⁴⁴ X. Magnon, "En quoi le positivisme - normativisme - est-il diabolique ?", *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, 2009, pp. 269-280, p. 275.

« l'efficacité des règles primaires (les sujets du droit se conduisent effectivement, et en gros, de la façon prescrite par ces règles), [et] l'efficacité des normes secondaires (les organes d'application du droit agissent effectivement dans le respect des normes secondaires, appliquent le droit de la même façon dans les cas similaires et sanctionnent la violation du droit qu'il se produit) »¹⁴⁵.

Dès lors, il faudra non seulement vérifier que les Etats appliquent les normes du droit international des investissements – les obligations leur incombant en grande majorité, mais aussi que l'activité des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI organise cette efficacité. Il n'est, certes, pas évident qu'une institution arbitrale permette d'appliquer « le droit de la même façon », mais il n'est pas exclu qu'elle puisse atteindre cette efficacité secondaire.

L'unité de l'ordre juridique implique, quant à elle, l'existence d'un

« principe unificateur qui ordonne ces normes, et les fasse apparaître non pas comme un simple agrégat disparate de préceptes, mais comme un système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même »¹⁴⁶.

La *Grundnorm*¹⁴⁷, chère à Hans Kelsen, n'est alors plus très loin. Il s'agira alors de vérifier l'existence d'une cohérence interne au droit international des investissements qui, même s'il est né d'éléments fragmentés, a pu s'organiser autour d'une norme fondatrice et se transformer en un « système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même »¹⁴⁸.

La troisième condition, relative à la cohérence de l'ordre juridique, concerne les cas d'antinomie où deux normes du système sont incompatibles. Pour être qualifié d'ordre juridique, il faut alors que ce droit « permett[e] aux organes de résoudre les antinomies qui apparaissent dans leur ordre juridique »¹⁴⁹. Il faut donc analyser les techniques à la disposition de l'arbitre international pour trouver un équilibre dans l'application des différentes normes du droit international des investissements.

Enfin, la complétude est une présomption, qui suppose l'absence de lacune du droit et la possibilité pour le juge de statuer, même en cas de silence de la loi, en vertu de principes généraux. Le densité normative du droit international des investissements ne peut, pour l'instant, permettre de conclure à cette complétude et il faudra donc vérifier si le juge a su combler les éventuelles brèches du droit international des investissements.

¹⁴⁵ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 29.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, XV-496 p., p. 43 : « un « ordre » est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est (...) une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre ». V. également H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1997, 517 p.

¹⁴⁸ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 30.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 33.

La vérification de ces caractères devrait permettre de mieux définir la nature exacte du droit international des investissements et de déterminer s'il s'agit, dès à présent, d'un ordre juridique spécifique. Toutefois, un critère essentiel doit être ajouté pour vérifier l'existence de ce possible ordre juridique et tient à son autonomie. Les rapports ambigus que le droit international des investissements entretient avec les autres ordres juridiques et, en particulier, le droit international, pousse à s'interroger sur cette condition.

B. Un droit relevant de l'ordre juridique international

Que l'on qualifie ou non le droit international des investissements d'ordre juridique, la détermination de son degré d'autonomie sera importante pour sa caractérisation. Il convient donc d'envisager les rapports de systèmes qu'entretiennent le droit international et le droit international des investissements ¹⁵⁰, dont ce dernier dépend dans une grande mesure (1°), mais qu'il transcende par certains aspects (2°).

1°) Une dépendance au droit international

Le droit international des investissements relève fondamentalement du droit international public, dont il emprunte les mécanismes et les principes.

Cela ressort des caractères fondamentaux du droit international des investissements. Tout d'abord, celui-ci se fonde en grande majorité sur les traités internationaux, source primordiale dans l'ordre juridique international. Ces instruments sont régis par le droit international et, en particulier, par le droit des traités. Cela a, en particulier, des conséquences sur l'interprétation des accords¹⁵¹.

Les règles d'interprétation adoptées par les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI sont celles du droit international, telles que codifiées par la Convention de Vienne de 1969.

¹⁵⁰ Santi Romano a qualifié ces rapports, évoquant l(a) (ir)relevance et l(a) (in)dépendance. V. S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p., p. 106 et s. V. également H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public - Problèmes choisis", *RCADI*, t. 42, 1933, pp. 117-351 ; P. Reuter, "Principes de droit international public", *RCADI*, t. 103, II, 1961, pp. 425-655.

¹⁵¹ V., en part., F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI", *RGDIP*, vol. 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

Ainsi, la plupart des tribunaux s'attachent au sens ordinaire des termes, de même qu'à l'objet, au but¹⁵² et au contexte du traité, conformément à l'article 31 de la Convention¹⁵³. Certains tribunaux ont également fait référence à l'article 32, notant que :

*« recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work and the circumstances of its conclusion, only in order to confirm the meaning resulting from the application of the aforementioned methods of interpretation »*¹⁵⁴.

Le recours à ces moyens complémentaires d'interprétation est régulier pour la Convention de Washington, dont les travaux préparatoires sont facilement accessibles. Cependant, ce n'est pas le cas pour les traités bilatéraux d'investissement, dont le contenu des négociations n'est, en général, pas rendu public. Ainsi, comme l'a noté le Tribunal dans l'affaire *Methanex* :

*« pursuant to Article 32, recourse may be had to supplementary means of interpretation only in the limited circumstances there specified. Other than that, the approach of the Vienna Convention is that the text of the treaty is deemed to be the authentic expression of the intentions of the parties; and its elucidation, rather than wide-ranging searches for the supposed intentions of the parties, is the proper object of interpretation »*¹⁵⁵.

Le recours aux règles d'interprétation du droit international n'est pas le seul emprunt au droit international des traités¹⁵⁶, celui-ci s'appliquant également aux questions d'applicabilité, d'entrée en vigueur et de terminaison et même pour le recours à la notion de normes impératives, qualifiées en droit international des investissements d'ordre public transnational¹⁵⁷.

Ensuite, la jurisprudence des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI s'inspire largement des solutions adoptées par d'autres juridictions internationales et, en particulier, de

¹⁵² V., not., CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphe 104 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, paragraphe 81 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 274 ; CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphe 52 ; CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, paragraphes 240 et s. ; CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006, paragraphe 80.

¹⁵³ CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, paragraphe 80.

¹⁵⁴ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphe 50.

¹⁵⁵ S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005, Partie II, chapitre B, paragraphe 22.

¹⁵⁶ V., en particulier, F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008, pp. 467-512 ; M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 683-726 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 607-654.

¹⁵⁷ V., en particulier, CIRDI, *World Duty Free Company Limited contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006. V. également M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49. Voir encore *infra* ; chapitre 8, section 2, paragraphe 2, B, 2°), p. 905.

la jurisprudence de la Cour internationale de justice¹⁵⁸. Ainsi, plutôt que d'assister à un phénomène de fragmentation du droit international, les arbitres, mais aussi les juges, sont attentifs à son unité, qui donne lieu à un phénomène de fécondation mutuelle¹⁵⁹. Comme le remarque le Tribunal dans l'affaire *Sempra* :

« *international law is not a fragmented body of law* »¹⁶⁰.

Enfin, le droit international des investissements est, avant tout, un droit de la responsabilité, qui loin d'être autonome ou spécifique, découle directement de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite. Comme le remarque justement Charles Leben :

« la responsabilité sur le fondement des traités [est] un sous-système au sein du système du droit international général de la responsabilité des Etats »¹⁶¹.

Certes, les Articles de la Commission du droit international, qui codifient le droit de la responsabilité, ne traitent que des rapports inter-étatiques¹⁶², mais les mêmes principes peuvent s'appliquer par analogie dans les relations mixtes. C'est, en tout cas, ce qui ressort de la jurisprudence des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, qui font de nombreuses références au droit international de la responsabilité, tel qu'il ressort en particulier des Articles de la Commission¹⁶³, sans s'embarrasser du fait que sont visés des rapports inter-étatiques¹⁶⁴.

¹⁵⁸ V., not., CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007.

¹⁵⁹ C. McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *ICLQ*, vol. 57, 2008, pp. 361-401, p. 395 ; M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39.

¹⁶⁰ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, paragraphe 378.

¹⁶¹ C. Leben, "La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714. *Contra* : Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, 2003, pp. 151-289.

¹⁶² Les Articles de la Commission du droit international prévoient l'hypothèse de la responsabilité dans des rapports mixtes, l'article 33, paragraphe 2, disposant : « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat ».

¹⁶³ V., not., pour quelques ex. : CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999 ; CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000 ; CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 16 juillet 2001 ; CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence du 17 juillet 2003 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006 ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009 ; CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011.

¹⁶⁴ V., en particulier, C. Leben, "La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512 ; M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1,

Ces constatations viennent contredire la thèse selon laquelle le droit international des investissements relèverait du droit transnational, même si la tentation d'inventer une « *lex investissia* » peut être grande¹⁶⁵. Il est vrai que cette qualification serait possible si l'on reprenait la définition de Philip C. Jessup, qui désigne par droit transnational toute situation impliquant un élément d'extranéité :

*« I shall use, instead of « international law » the term « transnational law » to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories »*¹⁶⁶.

Cependant, le droit transnational¹⁶⁷ a aujourd'hui une assise plus restrictive et est souvent défini comme un « droit vraiment international issu de sources privées »¹⁶⁸ ou comme « le droit d'origine privée qui s'applique aux relations entre les personnes privées hors de toute intervention de l'Etat »¹⁶⁹.

Le droit international des investissements ne peut tomber dans une telle définition, car même si ce droit est en grande partie jurisprudentiel et qu'on pourrait alors considérer que les personnes privées jouent un rôle important dans sa formation, il demeure que sa source principale reste fondamentalement interétatique, s'incarnant dans les traités bilatéraux d'investissement.

Toutefois, de façon plus générale, il faut se demander si le rôle joué par les acteurs privés – en dehors de l'élaboration du droit – de même que leur affirmation sur la scène juridique internationale, ne justifierait pas de revenir à une définition plus proche de celle de Philip C. Jessup, qui ferait dépendre la qualification de droit transnational de l'existence d'un élément d'extranéité, du dépassement de la distinction entre droit international public et privé, mais aussi de la nature des membres de la société que ce droit a vocation à réguler et de la mixité de leurs relations.

Il demeure, cependant, que plusieurs mécanismes du droit international des investissements sont directement empruntés au droit international, éloignant un peu plus la qualification de droit transnational. Ce rapprochement peut être salué, car grâce au droit international des

2009, pp. 11-39 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 683-726 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 607-654.

¹⁶⁵ Sur le développement des déclinaisons de la « *lex* », v. F. Latty, *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, XX-849 p.

¹⁶⁶ P. C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, 113 p., p. 2.

¹⁶⁷ V., not., M. Merle, "Le concept de transnationalité" in *Humanité et droit international - Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, pp. 223-231 ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 46 et s..

¹⁶⁸ F. Rigaux et R. Vander Elst, "Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit", *Journal des tribunaux*, 1982, pp. 230-234, p. 233.

¹⁶⁹ A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXIème siècle", *Cursos Euromediterraneos*, vol. I, 1997, pp. 19-112, p. 100.

investissements, le droit international acquiert un nouveau statut, comme le remarque justement Walid Ben Hamida :

« Ainsi cette source qui était encore, à une date très récente, qualifiée de « structure fragile », de « chimère », ce droit ambigu, ambivalent au sujet duquel règnent controverses et opposition et dont la « pauvreté normative » a été soulignée [même] par les fervents défenseurs de l'internationalisation, acquiert une importance considérable. Le choix exclusif du droit international dans plusieurs instruments bilatéraux et multilatéraux sonne le glas de la théorie de la nationalisation. Toute cette bataille juridique à laquelle on a assisté durant des années sur la pertinence de l'applicabilité du droit international aux rapports transnationaux est aujourd'hui obsolète »¹⁷⁰.

Aussi, le droit international des investissements conduit à faire évoluer l'ordre juridique international et transcende, en quelque sorte, le droit international, comme le remarque justement Charles Leben :

« il est temps d'en prendre conscience, le droit international, le vieux droit des gens de Grotius, connaît un essor nouveau dans le domaine des relations économiques internationales »¹⁷¹.

2°) Le dépassement du droit international

On considère depuis longtemps que le droit des investissements devient un « droit global, en ce sens qu'il tend vers l'universalité »¹⁷² et qu'ainsi « l'évolution du droit des investissements s'insère dans l'évolution globale du droit international »¹⁷³. Alors que la première proposition se confirme et que le régime international de l'investissement devient universel, on doit aujourd'hui considérer que le droit international des investissements, même s'il appartient au droit international, est loin de se fondre dans son évolution, mais la transcende, lui montrant une nouvelle direction, loin de l'inter-étatisme, mais réellement internationale.

Ainsi, le droit international des investissements permet de surmonter la conception dualiste du droit international, selon laquelle les personnes n'auraient pas leur place dans la société

¹⁷⁰ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p., pp. 510-511.

¹⁷¹ C. Leben, "La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714, p. 714.

¹⁷² P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 210.

¹⁷³ *Id.*

internationale, le droit international ne pouvant régler que les rapports entre Etats. On ne peut plus croire aujourd'hui que :

« le droit international public règle les rapports entre des Etats et seulement entre des Etats parfaitement égaux (...) Le particulier, du point de vue d'une communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres découlant d'un système juridique de cette communauté »¹⁷⁴.

Grâce au droit international des investissements, les individus sont devenus les sujets de l'ordre juridique international, faisant de l'exception d'hier la règle d'aujourd'hui¹⁷⁵.

Au demeurant, la reconnaissance de la qualité de sujets des personnes privées¹⁷⁶ n'épuise pas la question de leur statut en droit international, étant donné que :

« les sujets, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature juridique et à l'étendue de leurs droits »¹⁷⁷.

S'il est reconnu depuis longtemps que les personnes privées peuvent jouir de droits et d'obligations en vertu du droit international¹⁷⁸, l'admission de leur capacité processuelle sur la scène internationale a créé davantage de difficultés. Jusqu'alors sujet passif ou sujet médiateur de l'ordre juridique international, la capacité d'attirer un Etat dans le cadre du CIRDI sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement vient parfaire la personnalité juridique des personnes privées, qui deviennent alors des sujets directs du droit international, conformément à la conception de Hans Kelsen, selon laquelle :

¹⁷⁴ H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, t. 1, 1925, pp. 73-121, p. 80. V. également A. P. Sereni, "International Economic Institutions and the Municipal Law of States", *RCADI*, t. 96, 1959, pp. 129-239, p. 210 : « *Each legal system serves the purpose of regulating the status and relations of social entities for which and among which it exists. An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs* ».

¹⁷⁵ Ces propos répondent à ceux de Hans Kelsen in H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public - Problèmes choisis", *RCADI*, t. 42, 1933, pp. 117-351, p. 170 : « Le droit international a, en règle générale, pour sujets les Etats, c'est-à-dire des individus d'une façon médiate – exceptionnellement aussi des individus d'une façon immédiate. Il n'est pas contraire à la nature du droit international que ce qui est aujourd'hui une exception devienne un jour la règle ».

¹⁷⁶ V., not., H. Lauterpacht, "The Subjects of the Law of Nations I", *Law Quarterly Review*, vol. 63, 1947, pp. 438-460 ; H. Lauterpacht, "The Subjects of the Law of Nations II", *Law Quarterly Review*, vol. 64, 1948, pp. 97-119 ; J. A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *RCADI*, t. 179, 1983, pp. 145-304 ; P. M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 297, vol. 15, 2002, pp. 553-579 ; J. E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, 2004, XVIII-494 p. ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p. ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p. ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2010, XXVI-820 p. ; F. Johns, *International Legal Personality*, Ashgate, Farnham, 2010, XXIX-522 p. ; R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, XXIV-333 p.

¹⁷⁷ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 174, p. 178.

¹⁷⁸ La Cour mondiale constatait, déjà en 1928, qu'« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». V. CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif du 3 mars 1928, *Rec. Série B*, n° 15, p. 4, pp. 17-18.

« Les individus détiennent des droits internationaux seulement s'il existe une cour internationale auprès de laquelle ils peuvent comparaître à titre de plaignants »¹⁷⁹.

Cela ne signifie pas que les personnes deviennent, de ce simple fait, des sujets du droit international au même titre que les Etats, mais la reconnaissance de cette capacité processuelle active a bouleversé les conceptions traditionnelles de cet ordre juridique.

Dès lors, les reproches que font les négateurs au droit international pèsent moins au regard du droit international des investissements, car même si celui-ci ne dispose pas d'une organisation structurée avec des autorités supérieures assurant les rôles de législateur et de gendarme, il répond mieux à la définition qu'ils adoptent du droit, à savoir que

« pour qu'un système de normes corresponde effectivement à la définition du droit, il devrait comporter des mécanismes assurant la mise en œuvre effective de ses règles »¹⁸⁰.

De façon empirique, on ne peut que constater que l'alliance entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI assure cette mise en œuvre effective.

De plus, la rareté contentieuse de l'ordre juridique international, liée à la nature profondément consensuelle de la saisine du juge ou de l'arbitre¹⁸¹, ne se retrouve pas dans le droit international des investissements. Le rythme lent de cet ordre juridique se trouve alors confronté au dynamisme de la jurisprudence bouillonnante du droit international des investissements. Cela n'est pas sans effet sur le droit international, étant donné que :

« la jurisprudence arbitrale consolide, tout autant qu'elle réoriente, le droit international général. Et cette réorientation se fait elle-même à double sens : elle ouvre des perspectives, en même temps qu'elle révèle des incohérences, restées jusque-là occultées »¹⁸².

Cependant, l'existence d'une juridiction propre au droit international des investissements, même s'il existe une unité d'interprétation, contribue à dissocier le droit international des investissements de l'ordre juridique international. Ainsi, même si l'on pensait logiquement que l'intégration du droit international des investissements à l'ordre juridique international permettrait le maintien de son unité tant formelle, par « l'utilisation des mêmes règles secondaires, de reconnaissance, de production et de jugement »¹⁸³, que matérielle¹⁸⁴ ; il

¹⁷⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1997, 517 p., p. 394.

¹⁸⁰ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 98.

¹⁸¹ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 16.

¹⁸² M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39, p. 39. V. également G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, XXXII-214 p.

¹⁸³ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 20. V. également H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, X-263 p.

semble aujourd'hui que cette unité matérielle soit quelque peu mise à mal par l'existence même d'un droit international des investissements et par l'audace de la jurisprudence arbitrale, qui tend à distinguer le droit international des investissements de l'ordre dont il dépend, au point que se pose à nouveau la question de la fragmentation de l'ordre juridique international. En effet,

« les traités normatifs tendent (...) à la multiplication de groupes régionaux, historiques et fonctionnels, distincts les uns des autres et dont les relations mutuelles sont à certains égards analogues à celles de systèmes de droit interne séparés »¹⁸⁵.

Dans son Rapport sur la fragmentation du droit international, Martti Koskenniemi insiste sur la « différenciation fonctionnelle », « c'est-à-dire la spécialisation croissante de parties de la société et, partant, leur autonomisation »¹⁸⁶ qui a abouti à un développement important du droit international, ainsi qu'à sa spécialisation. Sont ainsi apparus des régimes spécialisés et relativement autonomes, fondés chacun sur leurs propres principes et institutions.

Le dépassement du droit international par le droit international des investissements repose la question de l'existence d'un ordre juridique spécifique ; car même s'il existe un rapport de « relevance » important avec le droit international, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne peut exister un ordre juridique autonome relatif aux investissements¹⁸⁷.

Le pluralisme juridique¹⁸⁸ permet alors d'envisager le droit international des investissements de façon autonome et de le distinguer du droit international. En particulier, les théories institutionnalistes considèrent que chaque institution produit son propre droit, qualifié même d'ordre juridique¹⁸⁹. Cette position, conforme à l'adage « *Ubi societas, ibi jus* » suppose qu'à chaque société – quelle que soit sa forme ou sa taille – correspond un droit. Santi Romano,

¹⁸⁴ P. M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 297, vol. 15, 2002, pp. 553-579 ; P.P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p., p. 20 et s.

¹⁸⁵ C. W. Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *BYBIL*, vol. 30, 1953, p. 403 et s., tel que cite in M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 10.

¹⁸⁶ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 11.

¹⁸⁷ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p. V. également A. Pellet, "La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 53-74.

¹⁸⁸ V., not., G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, Paris, 1935, 299 p. ; J. Gilissen, *La pluralisme juridique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, 332 p. ; J. Vanderlinden, "Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 1993, pp. 573-583 ; G. R. Woodman, "Pluralisme juridique" in A. J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450 ; G. R. Woodman, "Legal Pluralism and the Search for Justice", *Journal of African Law*, vol. 40, n° 2, 1996, pp. 152-167 ; M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998, XLI-225 p. ; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, 303 p. ; L. Fontaine, *Droit et pluralisme : actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 398 p.

¹⁸⁹ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p., p. 77 et s. V. également F. Rigaux, "Le droit au singulier et au pluriel", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 9, 1982, pp. 1-61.

chef de ligne des institutionnalistes, considère ainsi qu'il existe un ordre juridique étatique, un ordre juridique international, un ordre juridique de l'Eglise, mais aussi de très nombreux ordres infra-étatiques, des collectivités ou des organisations sur le territoire, licites ou illicites¹⁹⁰. Les personnes se trouvent portées en position de destinataires des normes de plusieurs ordres juridiques, le pluralisme se faisant dès lors « personnel »¹⁹¹ :

« Les mêmes personnes sont destinataires de commandements ou de règles émanant de systèmes juridiques autonomes : le citoyen d'un Etat possède des biens ou réside sur le territoire d'un autre Etat, il est membre d'une confession religieuse organisée, appartient à des groupements professionnels transnationaux. La loi de chacun des Etats auquel il est soumis, le droit de l'Eglise auquel il est affilié, les engagements souscrits dans l'exercice des pouvoirs économiques privés qui lui appartiennent, forment autant d'ordres juridiques distincts imparfaitement ordonnés l'un à l'autre.

Tel est bien ce qui définit le pluralisme juridique : que les mêmes personnes soient soumises à plusieurs ordres juridiques indépendants l'un de l'autre »¹⁹².

Si actuellement aucune réponse définitive ne peut être trouvée à la question de la qualification juridique du droit international des investissements, il faut s'intéresser pour l'instant à son émergence et à son développement.

Le droit international des investissements est né et s'est construit des interactions entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI, dont l'action commune a permis de définir largement les conditions de compétence du Centre, au point que son recours est devenu quasi-obligatoire et qu'on puisse aujourd'hui qualifier ses arbitres de « juges » du droit international des investissements. Au-delà, la relation entre les Etats et les arbitres a permis de définir les normes du droit international des investissements, qui ont évolué suivant le mouvement de va-et-vient qui traverse ce système et qui l'intègre au droit international.

*

¹⁹⁰ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p., p. 83 et s.

¹⁹¹ L'expression est employée par Franck Latty in *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, XX-849 p., p. 39.

¹⁹² F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 p., p. 439. V. également J. Vanderlinden, "Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 1993, pp. 573-583.

Pour comprendre l'émergence du droit international des investissements, il faut donc autant s'attacher à une étude précise de la jurisprudence du Centre, qu'à celle des conventions, dans une perspective comparatiste et évolutive.

Quelques remarques liminaires s'imposent. Tout d'abord, le choix a été fait de se concentrer sur les traités bilatéraux d'investissement. Cela ne signifie pas que les accords de libre-échange ou les traités multilatéraux relatifs aux investissements ne seront pas évoqués ou que ceux-ci n'ont joué aucun rôle dans le développement du droit international des investissements. Cependant, ils ne partagent pas la cohérence interne des traités bilatéraux d'investissement et leur champ plus large leur assigne d'autres objectifs. Ainsi, même si des références ponctuelles seront faites, en particulier, à l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après ALENA) ou au Traité sur la Charte de l'Energie, ceux-ci sont exclus de l'étude, du fait de l'impossibilité matérielle de traiter l'ensemble des traités, mais aussi parce que les traités bilatéraux d'investissement révèlent mieux la spécificité de l'émergence du droit international des investissements.

Ensuite, cette étude ne prétend à aucune exhaustivité. L'objectif est de fournir une vision d'ensemble du droit international des investissements, qui, malgré sa jeunesse, jouit d'une densité jurisprudentielle, mais surtout normative, qui ne permet pas d'atteindre la complétude. Toutefois, la démonstration de l'existence d'un véritable droit international des investissements a nécessité d'intégrer de nombreux exemples et illustrations, ce qui justifie, en partie, la longueur des développements.

Cependant, compte tenu du nombre important de ces accords, il ne sera pas possible de faire référence à l'ensemble d'entre eux, surtout que cela n'apporterait rien à la démonstration. Certes, certaines différences dans la formulation des clauses sont intéressantes et des développements y sont consacrés, mais toutes les subtilités ne peuvent être évoquées, d'autant qu'elles n'impliquent pas nécessairement des conséquences sur l'interprétation des traités¹⁹³.

Ainsi, lorsque rien ne justifiait des exemples portant sur des traités spécifiques, le parti a été pris d'analyser certains modèles d'accords nationaux, choisis pour diverses raisons, en dehors de celles liées à l'accès aux sources ou à des questions linguistiques. Les modèles récents ont alors eu la priorité. De plus, les traités étant, en général, distingués par leur appartenance au modèle « européen » ou au modèle des Etats-Unis d'Amérique, plusieurs exemples européens ont été pris, parmi lesquels se trouvent les modèles anglais, français et néerlandais. Certains accords ont également été sélectionnés du fait de leur modernité, comme ceux du Canada, de la Colombie, des Etats-Unis d'Amérique ou de la Norvège ; d'autres pour des raisons

¹⁹³ Comme le note Kenneth Vandeveld : « *little reason exists to believe in most cases that minor changes in language were meant to alter significantly the meaning of the provision. Such changes often reflected little more than stylistic preferences* » (K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 13).

historiques – comme le modèle allemand – ou, dans le cas de la Chine, pour le réseau qu’il a permis de constituer. Certains exemples ont davantage pour objet de permettre une comparaison en fonction de la représentation géographique. Ainsi, en dehors des accords nord-américains et européens, les modèles colombien, turc, chinois et indien ont été intégrés, ceux-ci étant relativement récents. Enfin, d’autres exemples ont été sélectionnés du fait de leur intérêt particulier sur une question donnée, mais surtout de façon à révéler la perspective historique animant les traités bilatéraux d’investissement et l’évolution qu’ils ont connue. Cependant, il est, encore une fois, impossible de procéder à une étude évolutive complète des traités bilatéraux d’investissement, cette question méritant des développements spécifiques.

Il en est de même pour la jurisprudence des tribunaux arbitraux statuant sous l’égide du CIRDI, dont l’étude ne pouvait être exhaustive. Les références ont été choisies en fonction de l’importance reconnue aux décisions, de leurs apports ou de leur caractère récent. Par ailleurs, même si les traités multilatéraux relatifs aux investissements et les accords de libre-échange sont, en grande partie, exclus de cette étude, d’importantes références sont faites à des sentences sur le fondement de ces instruments, du fait de la similitude des dispositions de ces accords, mais surtout parce que les solutions retenues sont transposables aux traités bilatéraux d’investissement.

Plutôt que de se concentrer sur l’impact des traités bilatéraux d’investissement, d’une part, et de la jurisprudence du CIRDI, d’autre part, cette position ne révélant pas leurs interactions, il paraît nécessaire de s’intéresser aux caractères de ce droit international relatif aux investissements, conçu comme un véritable système juridique. La vérification de l’existence d’un ordre international des investissements, voire d’un ordre juridique spécifiques, obligent à vérifier certains caractères. Si l’on admet que le droit est constitué par des normes, qui sont mises en œuvre et sanctionnées par une organisation spécifique – qu’on pourrait qualifier d’institution – il faut alors s’interroger sur l’établissement d’un véritable « juge » du droit international des investissements (Première partie), avant de s’intéresser au régime normatif applicable aux investissements (Seconde partie).

Première partie. Un juge du droit international des investissements

Seconde partie. Un régime normatif de l’investissement international

PREMIERE PARTIE

**UN JUGE DU DROIT INTERNATIONAL
DES INVESTISSEMENTS**

Certains ont considéré que le droit de l'investissement était un droit conventionnel. Certes, comme le note Patrick Juillard,

« La densité normative en est exceptionnellement élevée : le nombre de conventions, multilatérales ou bilatérales, qui traitent de l'investissement, en tout ou en partie, s'est multiplié au cours des décennies écoulées, pour dépasser 2 500 instruments »¹⁹⁴.

Dès lors, le droit international des investissements ne serait que le produit de la volonté souveraine des Etats. Pourtant, l'évolution de ce système révèle une autre dynamique, car ce droit conventionnel est également fondamentalement jurisprudentiel. Même si l'harmonisation n'est pas encore au rendez-vous, le mouvement de va-et-vient entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI contribue sans nul doute à façonner un système juridique international autonome et un « *corpus juris* » spécifique aux investissements. Cette dynamique est née d'une histoire et d'une rencontre inattendue.

L'histoire d'abord. Le premier traité bilatéral d'investissement a été adopté en 1959¹⁹⁵, avant même l'entrée en vigueur de la Convention de Washington. Même s'il existait déjà des traités d'amitié, de commerce et de navigation – les traités de *Friendship, Commerce and Navigation* ou FCN – conclus par les Etats-Unis d'Amérique, cet accord diffère du fait que son objet unique est de protéger et d'offrir un traitement plus favorable aux investissements d'un pays exportateur de capitaux, dans un pays en développement. S'intéressant exclusivement aux investissements, ce nouveau type de traité, généralement conclu à l'initiative d'un pays développé, devait permettre à l'Etat importateur de capitaux d'augmenter les flux d'investissements en direction de son territoire, en contrepartie des garanties qu'il fournissait à l'égard de ces sociétés étrangères¹⁹⁶. Plusieurs générations de traités bilatéraux d'investissement ont ainsi vu le jour, évoluant au rythme des préoccupations des Etats et des avancées du droit international des investissements.

¹⁹⁴ P. Juillard, "Conclusions générales" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 315-323, p. 315.

¹⁹⁵ Ce traité unissait l'Allemagne au Pakistan.

¹⁹⁶ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, V-136 p., p. 1.

Ce système, voué à recréer un climat favorable aux investissements, ne pouvait fonctionner sans un mécanisme de règlement des différends internationalisé. En effet, les obligations assumées par les Etats hôtes seraient probablement restées lettre morte – ou du moins n'auraient pu restaurer la confiance des investisseurs – s'il n'avait été prévu un recours détaché des juridictions internes, toujours suspectées de partialité¹⁹⁷. C'est ainsi que la majorité des instruments relatifs aux investissements traite de la question du règlement des différends, cette dernière apparaissant comme un élément essentiel de la protection recherchée. Dès les premiers traités bilatéraux d'investissement, un tel régime, prévoyant d'abord un règlement à l'amiable et, le cas échéant, la possibilité de recours à l'arbitrage, a été intégré¹⁹⁸.

Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Washington, les traités bilatéraux d'investissement ont ainsi prévu la possibilité d'un règlement des différends internationalisé, mais aussi partiellement institutionnalisé, à travers l'arbitrage CIRDI. La Convention demeure, cependant, très floue sur les conditions de la compétence du Centre et laisse une grande liberté aux parties dans la définition de leur consentement. Si le CIRDI n'a connu initialement qu'une faible activité, la « découverte » d'un consentement, anticipé, dans les conventions bilatérales d'investissement lui a permis de s'épanouir. On comprend alors le lien intrinsèque qui unit les conventions bilatérales et la jurisprudence du CIRDI d'un point de vue procédural. En effet, ces accords ont finalement été le véritable acte de naissance du CIRDI et sont le support de sa jurisprudence audacieuse.

Il faudra donc rechercher les conditions de la compétence des tribunaux statuant sous l'égide du Centre, non seulement dans la Convention de Washington, mais aussi dans les conventions bilatérales d'investissement. Or, leurs rédacteurs, n'ayant pas conscience de cet effet potentiel, sont restés, initialement, assez imprécis sur la question, laissant ainsi la porte ouverte à une interprétation extensive.

C'est ainsi qu'apparaît l'autre pendant de cette relation réciproque unissant les conventions bilatérales d'investissement au CIRDI. Les sentences rendues sous son égide ont donné lieu à une interprétation progressiste des obligations issues de ce large réseau de traités bilatéraux d'investissement, qui a ouvert les yeux aux Etats sur les obligations qu'ils avaient souscrites, leur permettant de négocier à l'avenir les accords en pleine connaissance de cause. Cela a entraîné une évolution des traités bilatéraux d'investissement, soit qu'ils codifient les principes dégagés progressivement par la jurisprudence du CIRDI¹⁹⁹, soit qu'ils s'en

¹⁹⁷ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 214-215.

¹⁹⁸ CNUCED, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4, Publications des Nations Unies, 2005, Genève, 96 p.

¹⁹⁹ M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

éloignent, mais ces accords demeurent encore très imprécis, tant sur la compétence des tribunaux arbitraux que sur les obligations substantielles incombant aux Etats, qui relèvent davantage du standard que de la règle juridique précise. Grâce au flou laissé par les dispositions, les tribunaux arbitraux ont pu déterminer eux-mêmes la portée de leur compétence, qui s'est ainsi développée du fait d'une interprétation extensive. Les tribunaux, se considérant compétents pour statuer sur la plupart des questions traversant le droit international des investissements, ont pu, par leur jurisprudence audacieuse, déterminer le contenu des normes conventionnelles du droit international des investissements, tout en contribuant grandement à sa progression.

Ainsi, la jurisprudence du CIRDI se fonde sur les accords, autant que ces derniers évoluent au fur et à mesure des interprétations données par les tribunaux statuant sous son égide²⁰⁰. Cette dynamique résulte bien, par conséquent, de la relation que le CIRDI entretient avec les conventions bilatérales d'investissement, le Centre ne pouvant la fournir seul :

« ICSID arbitration does not in itself represent investment treaty arbitration : many investment arbitrations take place in forums other than ICSID, under different arbitration rules, and subject to other appointing authorities. Further, the ICSID Convention did not constitute the system of investment arbitration because the treaty did not establish the all-important general consents of states to the compulsory investment arbitration »²⁰¹.

Cependant, seuls les caractères spécifiques du Centre étaient à même de permettre cette relation unique avec les traités bilatéraux d'investissement. Dès lors que les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du Centre se sont fondés sur les traités bilatéraux d'investissement, l'uniformité des dispositions contenues dans ces traités a contribué à faire naître une pratique juridique commune, formant un champ distinct du droit international. Comme le note Santiago Montt :

« Investment treaty arbitration, also referred to here as investment arbitration, or international investment law, is certainly a new development in international law. While having roots in general international law – particularly in the traditional field of protection of aliens and their property – international investment law confronts challenges so novel, that older precedents, doctrines, and modes of thought, by their very nature, are suddenly of limited value. Indeed, never before has international law enjoyed so much authority over the regulatory state on a permanent basis and without the previous intervention of domestic courts »²⁰².

²⁰⁰ CNUCED, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4, Publications des Nations Unies, 2005, Genève, 96 p.

²⁰¹ G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150, p. 127.

²⁰² S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford, 2009, XLIV-416 p., p. 3.

Alors que la justice internationale se caractérise en général par la nature très particulière de ses justiciables, sa forme facultative et non institutionnalisée²⁰³, l'arbitrage en matière d'investissement s'éloigne de ces caractères. L'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement se fonde sur une institution, ressemblant étrangement à une juridiction, qui jouit d'une compétence quasi-obligatoire pour connaître des litiges opposant, non des Etats entre eux, mais un Etat à une personne privée, souvent à la demande de cette dernière. On se souvient alors que :

« si l'organe d'arbitrage acquiert la permanence ou si la saisine unilatérale de cet organe devient la règle, la distinction entre arbitrage et règlement « judiciaire » s'estompe totalement »²⁰⁴.

Et c'est bien ce qui s'est passé. La relation entre la jurisprudence du CIRDI et les conventions bilatérales d'investissement a permis de donner un « juge » au droit international des investissements, dont la compétence extensive a contribué à faire naître un système juridique spécifique et autonome.

Cette évolution réciproque de la jurisprudence du CIRDI et des traités bilatéraux d'investissement, contribuant ainsi à l'élaboration d'un nouvel ordre juridique international relatif aux investissements, a bouleversé le rôle de l'arbitrage qui, plutôt que d'intervenir à l'occasion d'un litige précis entre des parties déterminées, se transforme en une forme d'institution de la gouvernance globale, faisant du CIRDI une sorte de juge de la mondialisation.

L'appréhension des conditions de la compétence du CIRDI étant fondamentalement liée à l'évolution des conventions bilatérales d'investissement et à leur lien avec la Convention de Washington, il convient de s'intéresser à la mise en place de ce droit des investissements (Titre 1), avant d'envisager la relation réciproque unissant les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI au regard des questions de compétence (Titre 2).

Titre 1. Une institutionnalisation croissante du droit international des investissements

Titre 2. Un juge doté d'une compétence extensive

²⁰³ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., pp. 957-984.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 976.

TITRE 1

UNE INSTITUTIONNALISATION CROISSANTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

La décolonisation et l'affirmation d'un Nouvel ordre économique mondial ont profondément nuit à la confiance des investisseurs et à leur volonté d'investir dans les pays anciennement colonisés. Ce recul des flux d'investissement a entraîné une prise de conscience de la nécessité de capitaux étrangers pour parvenir au développement. Cette nouvelle philosophie, partagée autant par les pays du Nord que par les pays du Sud, mais aussi par les institutions internationales, a eu pour conséquence la recherche de nouveaux mécanismes permettant de recréer un climat favorable aux investissements.

Certains considèrent que la date de naissance du droit international des investissements remonte à la Charte de la Havane²⁰⁵, dont l'article 12 intégrait les premières normes de ce droit, mais, surtout, faisait le lien entre commerce et investissement. Ce lien, longtemps somnolant, réapparaît aujourd'hui au travers d'un certain nombre d'accords régionaux – dont l'exemple le plus probant est bien évidemment l'ALENA – ou d'accords bilatéraux sur le modèle des *Free Trade Agreements* – communément appelés FTAs – conclus par les Etats-Unis d'Amérique, qui occasionnent une « annexion progressive du droit de l'investissement par le droit du commerce »²⁰⁶. Pourtant, le droit des investissements est loin de se laisser absorber ; certains de ses caractères, en particulier son mode de règlement des différends, apparaissent d'une étrange modernité, bien plus aboutis que ceux du droit du commerce, ce qui fait tout l'intérêt de ce système juridique qui ne cesse d'affirmer sa spécificité.

Le droit international des investissements est donc aujourd'hui tiraillé entre divers mouvements et influences, certains se concentrant sur la protection des investissements, d'autres l'alliant à la libéralisation. Ce moment critique de son évolution apparaît opportun

²⁰⁵ P. Juillard, "Conclusions générales" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 315-323.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 320.

pour s'interroger sur les origines et le développement de ce droit de la protection des investissements internationaux.

La naissance et l'évolution du droit des investissements internationaux sont essentielles à la compréhension de ce système juridique. D'une part, parce que si ce droit est né d'un besoin historique, correspondant à une période de doute de la société internationale, il a largement dépassé cette circonstance et garde, malgré la stabilisation des idéologies concernant les capitaux étrangers, tout son intérêt et sa vigueur. D'autre part, parce que ce système, ayant comme principal objet la protection des investissements internationaux, a pour destinataire des personnes privées, qui auraient pu participer à son élaboration au travers d'un droit transnational. Pourtant, même si les investisseurs sont amenés à jouer sur la scène internationale la position de sujet de droit pouvant enclencher une procédure d'arbitrage contre un Etat, le droit international des investissements a emprunté les voies classiques du droit international public, en particulier – et peut-être à l'excès – celle du traité international.

C'est ainsi que, de ce besoin d'un droit international des investissements (Chapitre 1), sont nées une institution et une réglementation propres à ce domaine si particulier qu'est l'investissement international et auquel le CIRDI a, en grande partie, donné vie (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le besoin d'un droit international des investissements

Chapitre 2. L'apparition d'un juge du droit international des investissements

CHAPITRE 1

LE BESOIN D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Le droit international général a montré son inefficacité à protéger les investissements étrangers. Même si certains standards et normes existaient, ils n'ont pu empêcher la vague de nationalisation qui a suivi la décolonisation. En effet, il s'agissait de dispositions conventionnelles dispersées, de coutumes difficiles à définir et de principes généraux contestables²⁰⁷. On comprend aisément que l'imprécision de la coutume ou l'impossibilité d'avoir recours à un forum détaché de l'Etat d'accueil nuisent au climat d'investissement. Le droit international ne semblait donc pas adapté ou, en tout cas, pas à même de rassurer les investisseurs. Cela était d'autant plus vrai que certaines des préoccupations essentielles des investisseurs ne trouvaient pas de solution en droit international, comme, par exemple, la question du transfert de fonds²⁰⁸.

Parallèlement, les droits nationaux ne pouvaient pas plus restaurer la confiance des investisseurs. Les opérateurs économiques avaient bien conscience de l'instabilité de ces ordres juridiques, soumis aux aléas politiques, et refusaient d'y être assujettis.

Le besoin de nouvelles règles de droit international, spécifiques aux investissements, s'est donc vite fait sentir, d'autant que le lien entre développement et capitaux étrangers se révélait toujours davantage (Section 1), rendant nécessaire la mise en place de nouveaux mécanismes (Section 2).

²⁰⁷ CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p., p. 15. Voir également J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard Int'l Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136, pp. 69-70.

²⁰⁸ CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p.

SECTION 1. LA NECESSAIRE CREATION D'UN NOUVEAU REGIME DES INVESTISSEMENTS

Les investissements internationaux sont à l'origine d'affrontements juridiques passionnés, mettant nécessairement en jeu des intérêts, de même que des doctrines, profondément contradictoires. Le besoin d'un arbitre, *lato sensu*, et d'un droit précis s'est donc très vite fait sentir (Paragraphe 1). La difficulté de réglementation de cette matière n'a, cependant, pas empêché la mise en place d'une institution originale et efficace par la Convention de Washington, le CIRDI, et d'une réglementation spécifique (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. UNE REGLEMENTATION DIFFICILE DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Même s'il existait dès le XVIIIème siècle des accords relatifs à la protection des biens à l'étranger²⁰⁹, la question des investissements apparaît comme particulièrement difficile à régler, se situant au confluent de considérations politiques et économiques. Dès lors, il est possible de distinguer différentes phases dans la réglementation des investissements, la fin de la décolonisation ayant fait émerger des défis inattendus, justifiant l'apparition de mécanismes renouvelés.

Face à la nécessité de réglementer le droit international des investissements, plusieurs initiatives ont vu le jour²¹⁰. Néanmoins, l'élaboration d'un régime international ne s'est pas faite sans heurts et celui-ci demeure, somme toute, très incomplet. En effet, il n'existe pas aujourd'hui de convention générale à portée universelle, réglementant l'ensemble des questions relatives à l'investissement. Les intérêts divergents des Etats concernés apportent une explication à cet état de fait. Ainsi, même si un renouveau du droit des investissements

²⁰⁹ K. J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194. L'auteur donne de nombreux exemples de ces accords, tels que les Traités d'amitié et de commerce – *Treaty of Amity and Commerce* – entre les Etats-Unis et la France du 16 juillet 1782 ; ou entre les Etats-Unis et les Pays-Bas du 8 octobre 1782. Il est souvent fait référence à ces accords sous l'appellation générique de traité d'amitié, de commerce et de navigation – *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation* ou FCN.

²¹⁰ M. Amadio, *Le Contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p.

internationaux semblait nécessaire (A), aucun des projets de traités universels relatifs aux investissements n'a pu aboutir (B), expliquant la difficile construction de ce droit.

A. De nouveaux défis pour les investissements à l'étranger

La protection des investissements n'est devenue que récemment l'objet d'une réglementation internationale (1°), rendue nécessaire par un climat d'investissement hostile (2°).

1°) L'absence de réglementation des investissements internationaux

La plupart des accords intervenus avant la Seconde Guerre Mondiale concernait davantage l'établissement de relations commerciales, même s'ils pouvaient parfois contenir des dispositions relatives à la protection des biens des ressortissants de l'un des Etats sur le territoire de l'autre partie²¹¹. La France avait, par exemple, conclu un très grand nombre d'accords sur la condition des étrangers, qui contenaient des stipulations sur la protection de leurs biens et sur leur possible accès à des activités économiques. Ces traités n'avaient pas toujours le même intitulé et pouvaient faire référence tant au « commerce » qu'à la « navigation », ou encore au « commerce et à la navigation », ou même à « l'établissement », « aux relations commerciales et maritimes » ou « aux droits fondamentaux des nationaux »²¹². Ainsi, la France avait conclu, dès 1559, un Traité de paix, de commerce et de navigation avec le Maroc. Puis, sa pratique conventionnelle s'est intensifiée, surtout au XIX^{ème} siècle, avec notamment un Traité de commerce et de navigation avec le Libéria²¹³, ainsi qu'une Convention sur les relations commerciales et maritimes avec la Grande-Bretagne²¹⁴ et une Convention sur les droits fondamentaux des nationaux avec le Gabon²¹⁵, chaque accord comprenant un certain nombre de dispositions sur les biens et les activités de ses ressortissants. Toutefois, ces accords ont vite été oubliés.

²¹¹ K. J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194, p. 158.

²¹² P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, tome 250, 1994, pp. 18-215.

²¹³ Traité de commerce et de navigation entre la France et le Libéria, Monrovia, 17 avril 1852.

²¹⁴ Convention sur les relations commerciales et maritimes entre la France et la Grande-Bretagne, 1882.

²¹⁵ Convention sur les droits fondamentaux des nationaux entre la France et le Gabon, 1874.

Les traités d'amitié, de commerce et de navigation – les *FCN* – conclus par les Etats-Unis jouissent d'une bien plus grande renommée. Les Etats-Unis signaient ce type d'accords avec leurs partenaires commerciaux et incluaient souvent, dans les dispositions conventionnelles, des clauses accordant une « protection spéciale » – « *special protection* » – ou une « protection entière et parfaite » – « *full and perfect protection* » – aux biens des ressortissants de l'un des Etats sur le territoire de l'autre. Ces traités, qui ne concernaient certes pas exclusivement les investissements, peuvent ainsi être rapprochés des accords bilatéraux d'investissement, au regard des obligations imposées²¹⁶.

L'absence de convention spécifiquement relative aux investissements obligeait à s'en remettre aux règles coutumières de droit international public et, en particulier, à celle du standard minimum²¹⁷. Il est aisé de comprendre que le droit coutumier n'était pas adapté à la réglementation des investissements. Manquant par définition de précision²¹⁸, cette règle était par ailleurs contestée, notamment par les pays d'Amérique latine pratiquant la doctrine Calvo²¹⁹.

Le règlement des différends relatifs aux investissements n'était, lui non plus, soumis à aucune règle spécifique. Au XIXème et au début du XXème siècle, les ressortissants étrangers – non qualifiés à l'époque d'investisseurs – ne pouvaient faire valoir leurs droits en justice que devant les juridictions internes de l'Etat sur le territoire duquel ils étaient installés. Cette voie de recours était pour le moins insatisfaisante au regard de la supposée partialité de ces juridictions étatiques. En cas de litige, on assistait donc à une forme d'internationalisation du différend par l'entremise de l'Etat de nationalité du ressortissant. Son intervention pouvait consister en des (menaces de) sanctions économiques et même militaires, qualifiées de « *gunboat diplomacy* »²²⁰. De telles actions, très critiquées²²¹, ont vite laissé place à un

²¹⁶ On retrouve dans plusieurs de ces accords l'obligation d'indemnisation en cas d'expropriation, les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée et parfois même une protection relative au transfert de fonds. Voir les exemples cités in K. J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194, p. 159.

²¹⁷ V. *infra*, p. 544 et s.

²¹⁸ La définition de ce standard est issue de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Neer* (1926), selon laquelle il faut que le traitement « *amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards, that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency* ». Certaines normes plus précises sont, néanmoins, considérées comme relevant de ce standard, comme par exemple la règle de l'indemnisation prompte, adéquate et effective.

²¹⁹ V. *infra*, p. 97 et s.

²²⁰ Les Etats-Unis ont expressément autorisé l'usage de la force pour recouvrer les créances de citoyens américains, au travers du corollaire Roosevelt de la doctrine Monroe, encore appelé doctrine *Big Stick*. Ainsi sont-ils intervenus à de nombreuses reprises en Amérique latine au début du XXème siècle.

²²¹ V. not. l'opinion individuelle de M. Padilla Nervo, CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Rec.* 1970, p. 3, pp. 243-266, spéc. p. 247 : « L'histoire de la responsabilité des Etats, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées ».

recours plus traditionnel à la protection diplomatique, dont on connaît cependant les inconvénients²²².

Suite à la Seconde Guerre Mondiale, la protection des investissements commence à trouver une réglementation autonome. En effet, la création d'un forum mondial relatif au commerce et la conclusion de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce – en anglais *General Agreement on Tariffs and Trade* (ci-après GATT) – ont permis de sortir de l'approche bilatérale en cette matière. Dès lors, on a assisté à une baisse du nombre des accords d'amitié, de commerce et de navigation signés par les Etats-Unis, parallèlement à une modification de leur contenu. Les questions relatives au commerce international étant réglées par le GATT, les traités, conclus à partir de 1946, se sont concentrés sur la protection des biens étrangers, insistant sur les notions de traitement équitable – « *equitable treatment* »²²³ – et de protection et sécurité – « *most constant protection and security* »²²⁴. Ils prévoyaient également le paiement d'une juste indemnisation en cas d'expropriation²²⁵ et l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée²²⁶. Par ailleurs, ils s'appliquaient désormais, non plus seulement aux individus, mais également aux personnes morales et, en particulier, aux entreprises²²⁷.

Cependant, malgré cette évolution du champ *ratione personae*, les investisseurs n'avaient toujours pas accès à un forum spécifique pour le règlement de leurs différends. Certes, ces accords prévoyaient un possible recours à la Cour internationale de Justice, mais forcément dans un cadre interétatique, en ce qui concerne l'interprétation et l'exécution du traité, avec la seule possibilité pour les personnes privées de demander l'endossement de leur réclamation par l'Etat de leur nationalité au titre de la protection diplomatique.

Ces accords n'apportaient donc guère de solution aux problèmes rencontrés par les investissements, mais révélaient un changement dans la conduite des relations économiques

²²² V. *infra*, p. 83 et s.

²²³ V., par ex., l'article premier du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et la Grèce, Athènes, 3 août 1951 : « Chacune des Parties accordera en tout temps un traitement équitable aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Partie, ainsi qu'à leurs biens, à leurs entreprises et à leurs intérêts ».

²²⁴ *Ibid.*, article VII(1) : « La protection et la sécurité des biens appartenant aux ressortissants et aux sociétés de chacune des deux Parties seront assurées de la manière la plus constante dans les territoires de l'autre Parties ».

²²⁵ *Ibid.*, article VII(3) : « Les ressortissants et les sociétés de chacune des deux Parties ne pourront être dépossédés de leurs biens dans les territoires de l'autre Partie, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant le paiement d'une indemnité équitable. Cette indemnité devra leur être fournie sous une forme aisément convertible en espèce et correspondre à la valeur intégrale des biens dont ils auront été privés. Des dispositions adéquates devront être prises, au moment de la dépossession ou avant cette date, en vue de la fixation et du règlement de l'indemnité. Il est entendu que le retrait de cette indemnité ne pourra être effectué que conformément aux dispositions applicables des lois et règlements compatibles avec les termes de l'article XV du présent Traité. Les dispositions du présent paragraphe s'appliqueront également aux droits que des ressortissants ou des sociétés de l'une des deux Parties possèdent, directement ou indirectement, sur des biens frappés d'expropriation à l'intérieur des territoires de l'autre Partie ».

²²⁶ Le traitement national s'appliquait, en particulier, dans la phase pré-établissement. Voir, notamment, le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et le Japon en 1953 (article VII).

²²⁷ H. Walker, "Provisions on Companies in United States Commercial Treaties", *AJIL*, vol. 50, n° 2, 1956, pp. 373-393.

internationales. En effet, le nombre de dispositions relatives aux investissements dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation montrait bien que cette question était devenue une priorité pour le gouvernement américain, même si de tels accords ne pouvaient constituer le moteur idéal de leur protection, celle-ci n'étant pas leur objet essentiel. Une nouvelle démarche, au travers de traités spécifiquement consacrés aux investissements, était donc nécessaire.

Ce besoin s'est affirmé avec la décolonisation et le rejet progressif des investissements étrangers.

2°) Un climat hostile à l'investissement international

Suite à la décolonisation, les Etats nouvellement indépendants voyaient d'un mauvais œil les investissements étrangers sur leur territoire, les considérant comme une forme de néocolonialisme. Leur souveraineté ne leur paraissait que bien formelle, étant donné qu'elle s'accompagnait encore de liens de dépendance économique. Cette conception a eu pour conséquence la fermeture des frontières nationales et le rejet des nouveaux investissements, mais aussi l'expropriation de ceux en place. La question des biens étrangers sur le territoire des anciennes colonies a donc suscité de nombreuses controverses, que révèlent les résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies. Du fait de leur supériorité numérique, ces nouveaux Etats ont pu faire valoir leurs revendications dans cette enceinte et ont ainsi tenté de modifier le droit international applicable aux relations économiques, de façon à mieux protéger leurs intérêts. En témoignent un nombre impressionnant de textes adoptés par l'Assemblée générale et consacrés à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

A cette époque, la priorité n'était, tout d'abord, pas donnée à l'investissement, mais bien au commerce international, « principal instrument du développement économique »²²⁸. Tentant de lutter contre la mainmise des pays du Nord, l'Assemblée générale des Nations Unies affirme que « le développement économique des pays doit être essentiellement fondé sur leurs propres efforts et sur l'exploitation de la totalité de leurs ressources productives »²²⁹. Cet accent mis sur le commerce international révèle bien la méfiance existante à l'égard des

²²⁸ Rés. 1707 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, seizième session, 19 décembre 1961.

²²⁹ Rés. 1707 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, seizième session, 19 décembre 1961.

investissements étrangers, considérés comme un obstacle potentiel au développement²³⁰. Une telle position a été affirmée avec force au regard de la question de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Dans la résolution 1515 (XV) du 15 décembre 1960, l'Assemblée générale recommande

« le respect du droit souverain de chaque Etat de disposer de ses richesses et de ses ressources naturelles, conformément aux droits et devoirs des Etats en droit international »²³¹.

Ce droit de l'Etat est explicité, en 1962, dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale relative à la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles²³², qui insiste sur la nécessité de soumettre les capitaux étrangers au droit et aux tribunaux de l'Etat hôte, tout en réaffirmant le droit souverain de nationaliser ou d'exproprier, sous réserve d'indemnisation. L'indemnisation doit être adéquate et conforme au droit interne de l'Etat. Le rôle du droit international est reconnu, la résolution obligeant à se conformer à ses règles.

Cette reconnaissance, ainsi que les conditions d'adoption de cette résolution ou son caractère équilibré ont abouti à la considérer comme une expression de la coutume générale, comme ont pu le noter plusieurs tribunaux arbitraux :

« En fonction des conditions de vote précédemment évoquées et traduisant une *opinio juris communis*, la résolution 1803 (XVII) paraît au tribunal de céans refléter l'état du droit coutumier existant en la matière. En effet, à partir du vote d'une résolution constatant l'existence d'une règle coutumière, les Etats expriment clairement leur opinion. L'acquiescement en l'espèce d'une majorité d'Etats appartenant aux différents groupes représentatifs indique sans ambiguïté la reconnaissance universelle des règles incorporées, à savoir, en ce qui concerne les nationalisations et l'indemnisation, l'utilisation des règles en vigueur dans l'Etat nationalisant, mais cela en conformité avec le droit international »²³³.

La référence au droit international dans la résolution a donc joué un rôle clé dans une telle reconnaissance²³⁴, comme le note le tribunal dans la même affaire :

« De ce point de vue, le Tribunal de céans note que le vote positif de plusieurs pays développés à économie de marché a été rendu possible notamment par l'inclusion dans la résolution de deux références au droit international, et d'un passage relatif à

²³⁰ V. Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", *Conférences données à l'Académie chinoise de droit international de Xiamen*, Document de travail n°4/2007, mars 2007, 123 p., p. 2.

²³¹ Rés. 1515 (XV) relative à une Action concertée en vue du développement de pays économiquement peu développés, 15 décembre 1960.

²³² V. la rés. 1803 (XVII) du 18 décembre 1962.

²³³ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 87, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

²³⁴ Sur la référence au droit international, v. P. Robinson, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, Publications des Nations Unies, New York, 1986, IV-22 p. ; D. F. Vagts, *The Question of a Reference to International Obligations in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: A Different View*, Publications des Nations Unies, New York, 1986, IV-17 p.

l'importance de la coopération internationale pour le développement économique (...). La référence au droit international, tout particulièrement dans le domaine de la nationalisation, a donc été un élément essentiel du ralliement de plusieurs pays occidentaux à la résolution 1803 (XVII) »²³⁵.

Toutefois, au fur et à mesure de l'affirmation du mouvement prônant le Nouvel ordre économique international²³⁶, les résolutions ont perdu leur caractère équilibré et ont donné lieu à une contestation croissante. Dans la résolution relative à l'instauration de ce Nouvel ordre économique international, adoptée lors de la 6^{ème} session extraordinaire, l'Assemblée générale semble s'éloigner du consensus existant. Certes, certaines dispositions restent classiques. Cette résolution insiste ainsi sur le droit des Etats de réglementer les investissements étrangers selon leurs « priorités et objectifs nationaux », sans aucune obligation de leur accorder un traitement ou une protection supérieure à ceux accordés à leur nationaux²³⁷, ainsi que de « surveiller les activités des sociétés transnationales »²³⁸. L'accent est donc mis sur la liberté des Etats de choisir leur système économique²³⁹ et leurs objectifs et moyens de développement²⁴⁰, liberté qualifiée de « droit souverain et inaliénable »²⁴¹. Dès lors, aucune obligation n'est faite aux Etats d'accueillir les capitaux étrangers et c'est, bien au contraire, l'affirmation du droit des Etats de les exclure de leur système économique. Cela est une conséquence logique de la souveraineté de l'Etat et ne porte pas à controverse.

Cependant, la méfiance à l'égard des sociétés multinationales est clairement exprimée et l'on propose la réglementation et la supervision de leurs activités. Mais c'est surtout les conditions du droit de nationaliser ou d'exproprier, principe directeur de ce Nouvel ordre économique international, qui marquent la scission. Certes, le droit de nationaliser ou d'exproprier est universellement reconnu et n'est qu'une conséquence de la souveraineté de l'Etat :

« e) Souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque Etat est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'Etat »²⁴².

²³⁵ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 84, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

²³⁶ V. la rés. relative à l'instauration d'un Nouvel ordre économique international, adoptée lors de la 6^{ème} session extraordinaire relative aux matières premières et au développement (1974).

²³⁷ V. l'article 2 (2) a) de la rés. 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 12 décembre 1974.

²³⁸ *Ibid.*, article 2 (2) b).

²³⁹ *Ibid.*, article premier.

²⁴⁰ *Ibid.*, article 7.

²⁴¹ *Ibid.*, article premier.

²⁴² Paragraphe 4 de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies concernant l'instauration d'un Nouvel ordre économique international (Résolution 3201 (S-VI)), 1^{er} mai 1974.

Néanmoins, alors que l'obligation d'indemnisation était considérée comme une condition de licéité des nationalisations ou expropriations, aucune mention n'en est faite, contrairement à la Charte des droits et devoirs économiques des Etats²⁴³. Il est simplement mentionné que l'Etat a droit

« De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes »²⁴⁴.

L'indemnisation est donc prévue, mais n'apparaît nullement comme obligatoire : il est tout à fait envisageable que le droit interne l'exclue et l'absence de référence – cette fois – au droit international fait que cette possibilité ne constituerait nullement une violation de la disposition, comme le révèle l'emploi du conditionnel²⁴⁵. En effet, l'affirmation de la souveraineté permanente a donné lieu à une contestation du droit international, substitué par le droit interne, les Etats souhaitant affirmer leur compétence exclusive en matière économique²⁴⁶. Les pays nouvellement indépendants s'opposaient, par ailleurs, à l'existence même de règles coutumières de droit international, ceux-ci n'ayant pas participé à leur élaboration et la preuve de telles coutumes n'étant, selon eux, pas convaincante. Même si ces arguments – en particulier le premier – ne peuvent convaincre, on assiste avec le rejet du droit international à un réel point de rupture entre pays développés et pays en développement.

Cette faible acceptabilité internationale et les conditions d'adoption de la résolution 3281 (XXIX)

« indiquent (...) sans ambiguïté l'absence d'un consensus de la généralité des Etats sur ses dispositions les plus importantes, et notamment sur celles qui concernent les nationalisations. Ayant fait l'objet d'un vote nominal, la Charte a été adoptée par 118 voix contre 6 et 10 abstentions »²⁴⁷.

²⁴³ V. la rés. 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 12 décembre 1974.

²⁴⁴ *Ibid.*, article 2 (2) c).

²⁴⁵ Cela a été accueilli avec beaucoup de circonspection de la part des tribunaux arbitraux, comme le révèle la sentence *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 87, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389 : « l'absence de rattachement du processus d'indemnisation au droit international et son assujettissement aux seules dispositions nationales ne peuvent être considérés par le tribunal de céans que comme une formulation de *lege feranda*, laquelle apparaît *contra legem* à de nombreux pays développés ». Voir également S.A., *Aminoil c. Koweït*, sentence du 24 mars 1982, paragraphe 90 : « même si la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée des Nations Unies en 1962 doit être considérée, en raison des circonstances de son adoption, comme reflétant l'état du droit international, tel n'est pas le cas des résolutions subséquentes qui n'ont pas été revêtues du même degré d'autorité ».

²⁴⁶ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

²⁴⁷ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 85, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

Cette résolution n'a jamais été reconnue comme une expression du droit international, mais elle a néanmoins eu un grand impact. En effet, la menace constante de nationalisation sans indemnisation pesant sur les pays exportateurs de capitaux et sur les investisseurs étrangers, les capitaux ont rapidement fui les Etats du Sud. Néanmoins, le Nouvel ordre économique international n'a pu résister et le rôle des capitaux étrangers dans le développement des Etats a très vite été affirmé. Il fallait donc restaurer la confiance des investisseurs, ce que seule une réglementation internationale pouvait faire.

B. A la recherche d'un droit des investissements internationaux

Au fur et à mesure que s'éloignait la revendication d'un Nouvel ordre économique international, s'affirmait le lien entre développement économique et investissement international. En effet, la modernisation de l'économie impliquait nécessairement le recours à des capitaux étrangers. La restauration d'un climat favorable à l'investissement était donc nécessaire.

Les pays en développement, prenant conscience de cette nécessité, ont commencé par modifier leur législation interne. De nombreux Etats ont adopté des codes d'investissement, l'expression n'étant pas anodine et visant à rassurer davantage les investisseurs. Ces codes, même s'ils peuvent différer dans leur contenu²⁴⁸, ont clairement un but d'incitation de l'investissement²⁴⁹. Leur effet sur les flux internationaux d'investissement dépendait, cependant, de la confiance qu'ils créaient. Or, la législation interne était jugée insuffisante pour offrir une véritable protection²⁵⁰, les investisseurs la considérant avec suspicion, sachant que l'Etat pouvait toujours décider de la réviser. On s'est alors interrogé sur les possibles « conséquences internationales »²⁵¹ que ces codes emportent. En effet, un code d'investissement est un acte unilatéral d'un Etat souverain, mais il peut être à l'origine d'un

²⁴⁸ V., à cet égard, l'analyse très précise des codes d'investissements in I. F. I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment: "the World Bank guidelines"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, XVII-468 p.

²⁴⁹ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

²⁵⁰ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

²⁵¹ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 62, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389 : « Ainsi la décision d'un Etat de procéder à des mesures de nationalisation constitue l'exercice d'une compétence de droit interne, mais elle comporte des conséquences internationales dès lors que ces mesures atteignent un rapport de droit international dans lequel se trouve engagé l'Etat nationalisateur ».

« rapport juridique de droit international »²⁵², conformément à la théorie des actes unilatéraux, telle que développée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires* :

« il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, mené hors du cadre des négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que les déclarations prennent effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé »²⁵³.

Un code d'investissement pourra-t-il, dès lors, engager l'Etat sur la scène internationale ? Si l'Etat a la volonté de s'engager et – les conditions étant cumulatives – si son code a reçu une publicité suffisante, alors il pourra créer des obligations juridiques et, en particulier, il ne pourra être modifié de façon arbitraire²⁵⁴. Cependant, la possibilité d'une modification, même non arbitraire, est loin de pouvoir rassurer les investisseurs.

Le Professeur Juillard considérait, néanmoins, qu'il fallait s'intéresser à la réaction des autres Etats face à ce code et que, dès lors, il pouvait créer un engagement excluant tout pouvoir de révision arbitraire ou non arbitraire, si l'on conçoit le code d'investissement comme une sollicitation et si l'on admet que l'offre de garantie faite par l'Etat de nationalité soit l'acceptation de cette offre. Ainsi,

« Dès lors que l'offre que constitue un code d'investissement aurait fait l'objet d'une acceptation, qui résulterait, dans la généralité des cas, de l'admission au bénéfice du système national de garantie, ne pourrait-on en déduire que l'Etat qui a édicté ce code ne peut plus « invoquer », vis-à-vis des investisseurs ressortissants de l'Etat qui

²⁵² S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, paragraphe 62, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

²⁵³ CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande contre France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil* 1974, p. 457, paragraphe 46. V. également CIJ, *Essais nucléaires (Australie contre France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Recueil* 1974, p. 253.

²⁵⁴ Sur les effets de l'acte unilatéral, v. CIJ, *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande contre France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Rec.* 1974, p. 457, paragraphe 49 : « L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles ; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée » ; et, plus loin : « l'engagement unilatéral résultant de ces déclarations ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision » (paragraphe 53).

accorde sa garantie, aucun pouvoir de révision, « arbitraire » ou « non arbitraire » ? »²⁵⁵.

Aucune réponse définitive n'étant unanimement admise, la voie internationale était la plus sûre et la plus à même de recréer un climat favorable aux investissements.

Les organisations internationales se sont alors vite emparées de la question des investissements étrangers, considérant que la promotion des investissements était nécessaire à l'activité et au développement économique²⁵⁶ et que seule une réglementation internationale pouvait restaurer la confiance des investisseurs et ainsi permettre d'augmenter les flux d'investissement. La voie multilatérale a eu la priorité, mais même si plusieurs projets prévoyant la mise en place d'un régime complet relatif aux investissements, émanant d'organisations universelles (1°) mais aussi régionales (2°), ont vu le jour, aucun n'a pu aboutir.

1°) Des projets à vocation universelle

Plusieurs organisations internationales à vocation universelle se sont intéressées à la question des investissements, ce qui s'explique facilement par le fait que cette question est essentielle dans les relations entre pays du Nord et du Sud. Plusieurs enceintes ont semblé opportunes pour la réglementation des investissements, au premier rang desquelles figure la Banque mondiale. Certes, les Nations Unies se sont attachées, dès 1977, à la négociation d'un code de conduite sur les sociétés transnationales, mais celui-ci n'a jamais abouti²⁵⁷ et l'enceinte de la Banque mondiale a alors été préférée.

La Banque mondiale s'est très vite emparée de la question des investissements internationaux. En effet, alors que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) se concentrait sur les investissements publics, il est apparu que les fonds seraient insuffisants pour reconstruire et développer les grandes infrastructures publiques et qu'il

²⁵⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 72.

²⁵⁶ V. le Préambule du Projet de convention sur la protection des biens étrangers de l'OCDE, Résolution du Conseil relative au projet de convention sur la protection des biens étrangers, adoptée par le Conseil à la 150^{ème} séance, 12 octobre 1967.

²⁵⁷ V. not. les rés. des Nations Unies E/5500 (24 mai 1974) et E/1990/94 (12 juin 1990). Voir également S. K. B. Asante, "United Nations: International Regulation of Transnational Corporations", *Journal of World Trade Law*, vol. 13, 1979, p. 55 et s. ; W. Spröte, "Negotiations of a UN code of conduct on transnational corporations", *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, pp. 331-348 ; P. Muchlinski, "Attempts to extend the accountability of transnational corporations: the role of UNCTAD" in M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2000, pp. 97-117.

fallait dès lors avoir recours à des investissements privés. Se sont alors agrégées autour de la BIRD d'autres institutions, ayant davantage vocation à organiser des transferts privés. C'est ainsi que tant le CIRDI que l'AMGI sont devenus des organisations de la Banque mondiale. Le CIRDI fera l'objet de développements spécifiques²⁵⁸, mais on peut déjà noter que ces deux organisations ont eu un rôle majeur dans l'incitation des investissements et ont largement contribué à l'évolution du droit en la matière.

L'AMGI ou Agence multilatérale de Garantie des investissements a été créée par la Convention de Séoul conclue le 11 octobre 1985. Cette institution, membre du groupe de la Banque mondiale, a pour objet d'« encourager les flux d'investissement à des fins productives entre les Etats membres, en particulier vers les Etats membres en développement », principalement en offrant à l'investisseur une garantie contre les risques de transfert, d'expropriation et autres mesures analogues, de rupture de contrat ou dans le cas de conflits armés et troubles civils²⁵⁹. Cette convention, initiée par les Etats du Sud, a connu un grand succès et l'on dénombre aujourd'hui 175 Etats parties, dont vingt pays développés. Néanmoins, cette organisation opérationnelle souffre d'un mal certain, son manque de capital, qui l'empêche de pouvoir couvrir un certain nombre de projets d'investissements. De plus, même si elle a un rôle réel dans l'incitation des investissements, elle n'a pas vocation à définir leur régime juridique.

Au-delà de la mise en place d'organisations internationales spécifiquement consacrées aux investissements privés, la Banque mondiale a donc également participé à l'effort de multilatéralisation du droit international des investissements. Suite à l'échec qu'avait pu rencontrer l'OCDE en la matière²⁶⁰ et face à la complexité croissante du droit international des investissements, liée à l'accroissement exponentiel du nombre de conventions bilatérales, contenant toutes la clause de la nation la plus favorisée, on a voulu définir précisément, dans une convention universelle, les obligations des Etats au regard des investissements internationaux. L'initiative venait du premier ministre français, Pierre Bérégovoy, qui proposa, lors d'une réunion du Comité du développement, que l'AMGI prépare un rapport sur les principes fondamentaux relatifs au traitement des investissements internationaux. Le Président de la Banque mondiale, Barber Conable, s'empara alors de la question et créa un groupe de travail, sous la direction de son vice-président et conseil juridique, Ibrahim Shihata. Le rapport devait servir de base à la négociation d'une convention multilatérale, mais l'idée fut rapidement abandonnée au profit de simples lignes directrices, les Etats-Unis s'opposant fermement à un instrument obligatoire et les autres Etats convenant que le compromis se ferait nécessairement sur le plus petit dénominateur commun, faisant, dès lors, perdre tout intérêt à une convention internationale. L'approche de la *soft law* fut alors préférée à la

²⁵⁸ V. *infra*, p. 94 et s.

²⁵⁹ V. l'article 11 de la Convention portant création de l'Agence multilatérale de Garantie des investissements.

²⁶⁰ V. *infra*, p. 71 et s. à propos du Projet de convention sur la protection des biens étrangers.

méthode conventionnelle, permettant, même si l'instrument perdait sa valeur obligatoire, d'atteindre un plus grand niveau de protection dans les principes mentionnés. La démarche était, à cet égard, intéressante ; le projet se fondait sur un certain nombre d'études préalables, analysant la teneur du droit, tant interne qu'international²⁶¹. Sur cette base devaient ressortir des pratiques concordantes, permettant au groupe de travail d'élaborer un premier projet qui serait ensuite soumis à de larges consultations²⁶².

Le projet a permis l'adoption en 1992 d'une résolution portant sur les Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger²⁶³ ; mais la perspective d'une convention internationale dans le cadre de la Banque mondiale a donc été définitivement abandonnée.

La volonté de parvenir à une convention internationale n'ayant pas disparu, il a été envisagé de créer un cadre multilatéral sur l'investissement au sein de l'OMC. C'est en tout cas ce qu'ont proposé l'OCDE et la Commission européenne, cette dernière notant que :

« il est un fait que l'OMC, dans le contexte du GATT et de l'accord sur les MIC, est déjà compétente pour des questions liées directement et indirectement [à l'investissement]. Compte tenu des relations étroites et multiples entre le commerce et l'investissement, la matière serait aussi compatible avec le mandat de l'Organisation »²⁶⁴.

Un groupe de travail sur l'investissement international a donc été établi dans le cadre de l'OMC suite à la Déclaration ministérielle de Singapour de 1996. Il lui a été donné mandat, dans la Déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001, d'inclure des négociations sur un régime de l'investissement dans le cadre de l'OMC²⁶⁵. Toutefois, les fiascos de Cancun et de Singapour²⁶⁶ n'ont pas permis de discuter ce projet.

L'impossibilité de mettre en place une convention multilatérale dans le cadre d'une organisation universelle a abouti à privilégier des organisations régionales, dont on a pensé que la communauté de vues unissant leurs membres faciliterait la négociation d'un accord. Tel n'a, cependant, pas été le cas.

²⁶¹ I. F. I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment : "The World Bank Guidelines"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, XVII-468 p.. Quatre études furent menées : M. I. Khalil, "Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 339-383 ; F. Tschofen, "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 384-427 ; A. R. Parra, "Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 428-452 ; J. A. Westberg et B. P. Marchais, "General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 453-496.

²⁶² P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

²⁶³ P. Juillard, T. Flory et D. Carreau, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 757-807.

²⁶⁴ V. la communication de la Commission sur « L'uniformisation à l'échelle mondiale des règles applicables à l'investissement direct », COM(95) 42, 22 mars 1995.

²⁶⁵ V. les paragraphes 20 à 22 de la Déclaration ministérielle de Doha (WT/MIN(01)/DEC/1), 20 novembre 2001.

²⁶⁶ V. les Conférences ministérielles de Singapour de 1996 et de Cancun de 2003. V. également *infra* p. 754.

2°) Des projets internationaux élaborés par une organisation régionale – l'exemple de l'OCDE

Plusieurs projets régionaux ont pu voir le jour, mais seule l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques – ci-après, OCDE – a tenté de fixer un régime universel de l'investissement international dans une convention multilatérale. Née en 1947 comme Organisation européenne de coopération économique (OECE) pour administrer le plan Marshall, cette organisation à vocation régionale est devenue l'OCDE le 30 septembre 1961, étendant ses perspectives à l'échelle mondiale et intégrant désormais le Canada et les Etats-Unis d'Amérique. D'autres pays sont devenus parties à l'OCDE, qui compte aujourd'hui 34 Etats membres, représentant encore l'essentiel des échanges et investissements mondiaux. La mission de l'Organisation est de promouvoir des politiques visant :

- « a) à réaliser la plus forte expansion possible de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- b) à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que non membres, en voie de développement économique ;
- c) à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales »²⁶⁷.

Le fait que l'OCDE soit au centre des débats en matière d'investissement peut étonner, étant donné que cette organisation n'a *a priori* qu'une vocation régionale, que les investissements internationaux ne sont pas mentionnés au titre de ses compétences et qu'elle n'a des pouvoirs juridiques que de portée limitée. Toutefois, il ressort de ses objectifs que sa mission dépasse l'échelle de ses membres et qu'elle englobe les investissements, seuls à même de créer cette « expansion économique ». De plus, son expertise en a fait :

« la matrice véritable du droit des investissements, parce qu'elle est la seule organisation à s'être intéressée, en profondeur, à tous les éléments constitutifs de ce droit : libre circulation des investissements ; traitement et protection des investissements ; élimination des contraintes de gestion qui pèsent sur l'investisseur »²⁶⁸.

²⁶⁷ Article 1^{er} de la Convention relative à l'OCDE, Paris, 14 décembre 1960.

²⁶⁸ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 104.

Ainsi ont été adoptés dans le cadre de l'OCDE, non seulement des instruments ayant vocation à régir le traitement de l'investissement, mais également des codes de libération²⁶⁹. Il convient, cependant, de ne s'intéresser ici qu'au premier.

La première initiative réelle relative aux investissements a ainsi eu lieu à l'OCDE. En 1962, s'inquiétant du climat de l'investissement international, l'Organisation décide d'élaborer le premier traité autonome pour protéger les étrangers et leurs investissements. La construction de ce projet est intéressante, celui-ci trouvant son origine dans les travaux de deux internationalistes, l'initiative allemande d'Herman Abs ayant été combinée aux travaux du Lord anglais, Hartley Shawcross, pour créer un projet Abs-Shawcross, qui a lui-même servi de base au projet de convention de l'OCDE relatif à la protection des biens étrangers²⁷⁰. Dans cette charte sur l'investissement, on retrouve tous les concepts clefs de la matière, comme les standards de traitement juste et équitable, de pleine et entière protection ou de non-discrimination. Toutefois, malgré la faible portée géographique de ce projet qui se limitait aux pays membres de l'OCDE, les Etats n'ont pu se mettre d'accord sur la teneur des obligations, du fait de leur hétérogénéité. Des pays très développés, comme les Etats-Unis ou le Canada, ne tombaient pas d'accord avec des pays à un stade de développement différent, comme l'Espagne, le Portugal ou la Turquie ; et même du point de vue politique, les discordes ont été nombreuses entre les partisans de l'économie de marché et d'autres pays plus orientés vers la propriété collective et la collectivisation des moyens de production, comme les pays scandinaves. Ce projet de convention n'a donc jamais été ratifié, mais il a abouti, le 12 octobre 1967, à l'adoption d'une Résolution relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers par le Conseil de l'OCDE. Cette résolution :

« I. Réaffirme l'adhésion des pays Membres aux principes du droit international contenus dans le Projet de Convention ;

II. Recommande que le Projet de Convention serve de base à une application plus large et plus effective de ces principes »²⁷¹.

Le Projet de convention a eu un retentissement extraordinaire, du fait que même s'il n'est jamais entré en vigueur, un certain nombre d'Etats l'ont repris pour l'utiliser comme modèle de convention bilatérale dans leurs négociations²⁷², celui-ci étant alors à l'origine d'un grand nombre de conventions bilatérales²⁷³, reprenant la plupart des clauses contenues dans le projet

²⁶⁹ V. le Code de libération des transactions invisibles courantes et le Code de libération des mouvements de capitaux, tous deux adoptés le 18 décembre 1961.

²⁷⁰ G. van Hecke, "Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers", *RGDIP*, n° 3, 1964, pp. 641 et s. ; A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

²⁷¹ Rés. relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, 12 octobre 1967.

²⁷² F. Latty, "L'O.C.D.E. et l'encadrement juridique de l'investissement" in P. Daillier, H. Ghérari et G. de la Pradelle, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2003, pp. 727-731. V. également D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 450 et s.

²⁷³ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

et, notamment, la clause de la nation la plus favorisée, qui généralise les diverses obligations²⁷⁴. Pour n'en citer qu'un exemple, le modèle français est encore aujourd'hui très largement inspiré du projet OCDE. Seuls les modèles nord-américains se distinguent réellement de cette base de négociation, insistant davantage sur la libéralisation plutôt que sur la protection des investissements. Ainsi,

« si ce projet, lors de sa conception, a connu un échec retentissant, cet échec s'est progressivement transmué en un triomphe, puisque c'est lui, en définitive, qui constitue la source principale des instruments bilatéraux »²⁷⁵.

L'OCDE n'a pas, malgré cet échec, abandonné la question de l'investissement et a, par exemple, fait adopter le 21 juin 1976, par le Conseil de l'Organisation, la déclaration et les décisions de l'OCDE relatives à l'investissement international et aux entreprises multinationales²⁷⁶. De plus, le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales a adopté de nombreux rapports permettant la coordination des pratiques conventionnelles des Etats membres et contribuant ainsi pleinement à l'élaboration d'un droit commun de l'investissement international²⁷⁷.

Mais l'initiative la plus retentissante de l'OCDE est bien son projet portant sur un Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI). Au mois de juin 1991, le Comité de l'investissement et de l'entreprise multinationale reçoit mandat du Comité des ministres pour s'interroger sur un nouvel accord sur l'investissement, couvrant tant les problèmes d'admission que de traitement. Les travaux laissaient entrevoir la possibilité d'un accord, d'abord qualifié de Nouvel Instrument sur les Investissements (NII), puis baptisé AMI. Cet accord, élaboré par une organisation régionale, avait une vocation universelle et devait être conclu suivant la technique de l'accord autonome, selon laquelle l'accord est négocié et rédigé par l'OCDE, mais est ensuite ouvert à la signature pour les Etats non membres²⁷⁸. Ce projet a fait l'objet de nombreux pourparlers entre 1995 et 1997, mais cela a abouti à un nouvel échec, non pas lié à l'opposition entre pays du Sud et pays du Nord, mais entre pays développés²⁷⁹. La perspective des pays européens, fondée essentiellement sur la protection des investissements, entrainait en conflit avec la volonté de libéralisation américaine. Les Etats-Unis d'Amérique avaient ainsi posé deux conditions pour accepter une convention universelle : d'une part, qu'elle fournisse un niveau de protection au moins équivalent à celui des conventions sur la base du modèle américain, bien davantage protecteur que celui sur la base du modèle OCDE et, d'autre part, qu'il s'agisse d'une convention de libéralisation, contenant la clause de traitement national

²⁷⁴ V. *infra*, p. 690 et s.

²⁷⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 105.

²⁷⁶ Celles-ci portent sur les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales ; sur le traitement national et sur les obstacles et stimulants à l'investissement international.

²⁷⁷ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 106.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ P. Juillard, "À propos du décès de l'AMI", *AFDI*, vol. 44, n° 1, 1998, pp. 595-612.

dans la phase « pré-établissement », ce qui entraînerait une politique de libre admission des investissements étrangers ou *open door policy*²⁸⁰. La France était fortement opposée à cette libéralisation, risquant, du fait de la réciprocité des engagements, de devoir ouvrir certains secteurs sensibles aux investissements étrangers²⁸¹. C'est donc bien la question de la libéralisation des investissements dans la phase pré-établissement qui a éloigné la perspective d'une convention internationale fixant un régime général de l'investissement.

Tous ces projets, même s'ils n'ont pu aboutir, révèlent la nécessité d'une convention multilatérale posant un cadre général et global sur les investissements. Ce besoin donnera probablement lieu à des discussions récurrentes sur le sujet jusqu'à ce que les perspectives entre pays européens et Etats-Unis s'uniformisent et qu'enfin une convention universelle soit adoptée. Néanmoins, l'activité conventionnelle soutenue depuis 1960 a abouti à une stabilisation du droit international des investissements²⁸².

Même si ce n'est pas l'objet de cette étude, il convient de mentionner également les accords adoptés à l'échelle régionale. Ainsi, des conventions plurilatérales, traitant des questions d'investissement et se fondant sur une communauté géographique ont pu être mises en place, comme, par exemple, l'Accord sur l'investissement et la libre circulation des capitaux arabes entre pays arabes (1973), la Convention interarabe pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes (1981) ou encore la Convention ASEAN pour la promotion et la protection des investissements (1987) ; alors que certains accords se fondaient davantage sur la communauté idéologique, comme la Convention pour la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les membres de l'organisation de la conférence islamique de 1981. Il demeure que l'accord régional le plus connu est bien évidemment l'accord portant création de la zone de libre-échange nord-américaine (ci-après, ALENA), qui unit le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique. Cet accord du 17 novembre 1992 se fonde sur l'article XXIV du GATT et a pour objet la libération des échanges commerciaux. Toutefois, son champ est bien plus large, l'accord insistant sur le fait que la libre circulation des marchandises ne peut être réalisée indépendamment de la libre prestation de services et du libre mouvement des investissements. Son chapitre 11 est ainsi consacré aux investissements.

L'Union européenne n'est pas en reste et s'intéresse de plus en plus à la question des investissements internationaux, en cherchant à établir une nouvelle politique en la matière. L'Union étant le premier émetteur et le premier destinataire d'investissements étrangers

²⁸⁰ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

²⁸¹ V. le Rapport intérimaire sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), Paris, septembre 1998, aussi appelé « rapport Lalumière ».

²⁸² V., en particulier, S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law : The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties", *Society of International Economic Law - Working Paper*, n° 18/08, 2008, 26 p. ; S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p. ; S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law-Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 59-86.

directs, il apparaît opportun qu'une politique commune soit mise en place, ce qui a justifié l'octroi d'une compétence exclusive, par le Traité de Lisbonne, aux institutions européennes pour améliorer le traitement des investisseurs étrangers sur le territoire de l'Union et développer l'accès des investisseurs européens aux pays tiers²⁸³. Cette analyse ressort d'une lecture conjointe des articles 206²⁸⁴ et 207²⁸⁵ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, portant sur la politique commerciale commune. Sur cette base, les institutions européennes veulent mener une politique commune, permettant de dépasser l'approche bilatérale des traités d'investissement, pour une approche multilatérale assurant des conditions de concurrence égales pour tous les investisseurs européens et une compétitivité accrue à l'Union²⁸⁶. On s'oriente donc vers une politique commune en matière d'investissements internationaux, faisant pleinement partie de la politique commerciale commune, et couvrant tant la libéralisation des investissements que leur protection. Il revient, dès lors, à l'Union européenne, en tant que telle, de mener un programme de négociation avec les Etats tiers, mais cela ne signifie pas pour autant la fin des traités bilatéraux d'investissement des Etats membres. Se pose, par ailleurs, la question du règlement des différends entre un investisseur et l'Union européenne, sachant que la Convention de Washington n'est ouverte à la signature que des Etats membres de la Banque mondiale ou parties au Statut de la Cour internationale de Justice et que l'Union européenne n'est ni l'un, ni l'autre.

Car c'est bien là la réelle évolution du droit international des investissements. En effet, la multiplicité de projets et de conventions partielles révèle la difficulté d'établir un régime universel relatif aux investissements internationaux ; mais une réelle avancée ressort de cette étude : c'est la conclusion de la Convention de Washington en 1965²⁸⁷, portant création du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI),

²⁸³ Pour des développements récents, v. CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publications des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 85-86.

²⁸⁴ L'article 206 TFUE dispose : « Par l'établissement d'une union douanière conformément aux articles 28 à 32, l'Union contribue, dans l'intérêt commun, au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières et autres ».

²⁸⁵ L'article 207 TFUE dispose, dans son premier paragraphe : « La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure ».

²⁸⁶ V. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* (COM(2010) 343 final). V. également la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers (COM(2010) 344 final).

²⁸⁷ V. la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 18 mars 1965. Voir également M. Amadio, *Le Contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p..

qui, associée avec le développement des réseaux de conventions bilatérales d'investissement, va permettre le développement d'un nouveau régime de l'investissement international.

PARAGRAPHE 2. LA MISE EN PLACE D'UN NOUVEAU SYSTEME

Le droit international des investissements s'est construit de façon parcellaire et saccadée, sans qu'une convention universelle puisse voir le jour. Il demeure qu'aujourd'hui, grâce à la naissance d'un droit (A) et d'une institution (B) spécifiquement dédiés aux investissements, un véritable régime juridique est apparu.

A. L'apparition d'un nouveau droit international des investissements

L'absence de possibilité d'accord multilatéral en matière d'investissement et l'incapacité du droit coutumier international à régler cette question ont très vite fait apparaître la nécessité de passer par des traités bilatéraux, seuls à même de protéger les investissements au niveau international et ainsi de restaurer la confiance des investisseurs étrangers. Ces conventions ont fait l'objet d'une prolifération très rapide (1°) aboutissant à un nombre très important d'accords, qui se ressemblent étrangement (2°).

1°) La prolifération des traités bilatéraux d'investissement

Même s'il existait des traités relatifs aux investissements, notamment suivant le modèle américain des traités d'amitié, de commerce et de navigation, le premier traité spécifiquement relatif aux investissements a été conclu par l'Allemagne, à la fin des années 1950, avec le Pakistan²⁸⁸. L'Allemagne était tout particulièrement sensible à cette question depuis la perte

²⁸⁸ TBI, Allemagne - Pakistan, 1959.

de ses investissements à l'étranger suite à sa défaite lors de la Seconde Guerre Mondiale²⁸⁹. Le nombre de ces accords n'a cessé d'augmenter depuis lors. L'Allemagne a très vite été suivie par d'autres pays d'Europe continentale dans les années 1960 – comme la France en 1960²⁹⁰, la Suisse en 1961²⁹¹, les Pays-Bas en 1963²⁹², l'Italie²⁹³ et l'Union entre la Belgique et le Luxembourg en 1964²⁹⁴. Les pays Scandinaves ont, ensuite, embrassé la même tendance avec la Suède²⁹⁵ et le Danemark²⁹⁶ en 1965 et la Norvège²⁹⁷ en 1966. Malgré son importance au plan international, ce n'est que dans les années 1970 que le Royaume-Uni a entamé son programme de signature de traités bilatéraux d'investissement²⁹⁸, en même temps que des pays d'autres régions du monde, comme le Japon²⁹⁹ en 1977 et, la même année, l'inauguration par les Etats-Unis de leur programme de signature de traités bilatéraux³⁰⁰, même s'il faudra attendre les années 1980 pour sa mise en œuvre³⁰¹.

Ces programmes de signature d'accords bilatéraux avaient pour objet de créer rapidement un réel réseau de conventions permettant de restaurer la confiance des investisseurs, en mettant en place un instrument de protection spécifique aux investissements – les questions commerciales étant réglées dans le cadre du GATT. Ces traités ont donc rapidement proliféré dans le monde entier.

Il faut, à cet égard, s'attacher aux parties à ce type de traité, qui révèlent une réelle évolution dans le droit des investissements internationaux. Initialement, ces accords étaient conclus entre un pays en développement et un pays développé. La volonté d'attirer des investissements étrangers obligeait les premiers à conclure un certain nombre d'accords relatifs aux investissements avec chacun des Etats susceptibles d'exporter des capitaux sur leur territoire, du fait de l'absence de traité multilatéral.

Cela explique qu'à l'origine, les traités relatifs aux investissements, n'étaient pas réciproques. C'est ce que la pratique américaine appelait les *Investments Guarantees* et que les français qualifiaient de conventions non réciproques de promotion et de protection des investissements. Ces traités rudimentaires ne visaient que les investissements constitués par les ressortissants d'un pays exportateur de capitaux dans le territoire d'un Etat importateur de

²⁸⁹ V, not., K. J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194, p. 169.

²⁹⁰ V. la convention d'établissement entre la France et le Tchad, 11 août 1960, Fort-Lamy.

²⁹¹ TBI, Suisse - Tunisie, 1961.

²⁹² TBI, Pays-Bas - Tunisie, 1963.

²⁹³ TBI, Italie - Guinée, 1964.

²⁹⁴ TBI, UEBL - Tunisie, 1964.

²⁹⁵ TBI, Suède - République de Côte d'Ivoire, 1965.

²⁹⁶ TBI Danemark - Madagascar, 1965.

²⁹⁷ TBI, Suède - Madagascar, 1966.

²⁹⁸ TBI, Royaume-Uni - Egypte, 1975.

²⁹⁹ TBI, Japon - Egypte, 1977.

³⁰⁰ V., not., K. J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1992, XIII-232 p.

³⁰¹ TBI, Etats-Unis d'Amérique - Egypte, 1982.

tels investissements. Ces accords étaient réellement des instruments d'incitation des investissements du Nord vers le Sud et ne se fondaient donc pas sur la réciprocité des obligations conventionnelles. Le *do ut des* se situait ailleurs : dans l'échange de la protection des investissements et dans l'offre du recours au CIRDI en cas de différend d'une part, et contre l'assurance de bénéficier de la garantie nationale offerte par le pays développé en cas de survenance du risque politique³⁰² d'autre part. Ces instruments, faisant l'objet de nombreuses critiques, devaient, toutefois, être vite abandonnés au profit d'accords réciproques³⁰³.

Cependant, même si l'on reconnaissait le caractère réciproque des conventions, certains Etats du Sud montraient un certain scepticisme au regard du rôle des investissements étrangers dans le développement et considéraient que ces accords ne leur fournissaient pas suffisamment d'avantages. Dès lors, le nombre de conventions conclues est resté, pendant un certain temps, assez limité, passant de soixante-quinze entre 1959 et 1969 à quatre-vingt douze de 1970 à 1979. Toutefois, le rythme s'est rapidement accéléré dans les années 1980, mais il demeure qu'entre 1959 et 1989, seuls 386 traités bilatéraux d'investissement ont été signés³⁰⁴.

La donne a vraiment changé à la fin des années 1980 du fait de la diversification des flux de capitaux.

Ces conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements ont connu un réel succès partout dans le monde, aboutissant à leur prolifération, voire à l'explosion de ces instruments. Les anciens pays socialistes se sont vite ralliés au mouvement, comme les pays du Golfe ou les pays d'Amérique latine dont on connaît la réticence à l'internationalisation du régime des investissements. Plus récemment, le Brésil, la Russie, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud – les *BRICS* en anglais – qui constituent les grandes puissances émergentes, même si elles ont pu être considérées comme hostiles aux traités bilatéraux d'investissement, ont tous ratifié un certain nombre de ces accords, au point que la Chine a même adopté son propre modèle³⁰⁵. Dès lors, s'est tissé un réseau complet d'accords réciproques, dont on dénombre aujourd'hui plus de 2500 traités bilatéraux d'investissement³⁰⁶, qui unissent toutes les régions

³⁰² P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

³⁰³ Ces instruments ont rencontré de vives critiques, tant des pays développés que des pays en développement, les uns reprochant le manque de précision des obligations de protection des investissements, les autres souhaitant davantage d'égalité, même formelle. V. not. P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384.

³⁰⁴ V. not. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p.

³⁰⁵ S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Beypress Legal Series*, vol. 1928, 2007, 41 p. ; A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

³⁰⁶ A la fin de l'année 2011, il existait exactement 3 164 accords relatifs aux investissements, dont 2 833 traités bilatéraux d'investissement. Même si ces derniers sont très largement majoritaires, la tendance est à la signature d'accords régionaux ou de traités de libre-échange et leur proportion tend à baisser. V. CNUCED, *World Investment*

du monde et l'ensemble des pays³⁰⁷, le mouvement atteignant « un grand nombre d'Etats, représentant l'ensemble des régions géographiques, mais aussi l'ensemble des systèmes économiques »³⁰⁸.

Il est également intéressant de noter que les Etats en développement, qui n'étaient initialement qu'importateurs de capitaux – les traités bilatéraux étant presque exclusivement conclus entre pays du Nord et pays du Sud – sont aujourd'hui également exportateurs et mettent en place des investissements directs à l'étranger, autant dans les pays du Nord que ceux du Sud³⁰⁹. Dès lors, ils sont davantage enclins à renégocier les traités, cette fois en vue de protéger encore davantage les investissements, sachant que leurs ressortissants pourront en profiter. Cela a eu pour conséquence une coopération accrue des pays en développement³¹⁰.

A la fin de l'année 2008, il existait environ 2 700 accords et seulement 40 pour cent d'entre eux unissaient un pays en développement et un pays développé³¹¹, alors qu'ils constituaient environ 70 pour cent des accords à la fin des années 1980. 26 pour cent des accords lient des pays du Sud entre eux, arrivant ainsi en deuxième position parmi les accords. Les autres concernent les pays développés et les pays d'Europe centrale et orientale (12 pour cent) et les Etats développés entre eux (9 pour cent). On comprend très bien l'absence relative de traités bilatéraux d'investissement entre les pays du Nord, étant donné que d'autres organisations ou accords prennent en charge leurs relations économiques.

En termes de représentation géographique, au début de l'année 2009, les pays d'Asie et d'Océanie représentaient 41 pour cent des traités bilatéraux d'investissement, l'Afrique, 27 pour cent, l'Amérique latine, 18 pour cent, l'Europe du Sud et de l'Est ainsi que le Commonwealth, 23 pour cent et les pays développés 63 pour cent, avec environ 1 700 accords relatifs aux investissements conclus³¹².

Report - Towards a New Generation of Investment Policies, Publications des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 84-92.

³⁰⁷ V. CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p.

³⁰⁸ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

³⁰⁹ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, V-136 p., pp. 2-3 ; CNUCED, *World Investment Report - Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, 2008b, Publications des Nations Unies, 2008, Genève, XXVI-294 p., pp. 257-260.

³¹⁰ On constate que le quart des traités bilatéraux d'investissement recensés par la CNUCED sont des conventions entre pays en développement.

³¹¹ CNUCED, *Latest Developments in Investment Agreements (2008-June 2009)*, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, Publication des Nations Unies, 2009, Genève, 15 p., p. 4. V. également CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, V-136 p., p. 4 ; CNUCED, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives - World Investment Report*, Publications des Nations Unies, 2003, Genève, XX-304 p., p. 89 pour comparer avec les statistiques.

³¹² CNUCED, *Latest Developments in Investment Agreements (2008-June 2009)*, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/8, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 15 p., pp. 3-5.

Le plus intéressant ne réside pas dans le nombre de traités bilatéraux d'investissement ou dans leur développement exponentiel, mais davantage dans leur caractère universel. En effet, alors qu'à la fin des années 1950, ce type d'accord n'unissait que l'Allemagne et le Pakistan, 48 Etats avaient signé de tels traités à la fin des années 1960, 69 à la fin des années 1970, 102 à la fin des années 1980, 173 à la fin des années 1990³¹³ pour finalement atteindre l'ensemble des Etats aujourd'hui, à la seule exception de Monaco³¹⁴. Ces conventions se sont donc développées dans toutes les régions et tous les Etats du monde, quels que soient leurs systèmes politique ou économique. Cependant, malgré leur nombre et la diversité des Etats qui y sont parties, ces traités se ressemblent énormément.

2°) L'utilisation de modèles conventionnels

Malgré leur grand nombre et la diversité des Etats concernés, l'on considère que ce réseau d'accords s'est construit sur la base de modèles, spécifiques à certaines régions. Le modèle conventionnel peut se définir comme :

« un ensemble de clauses, arrêtées à titre indicatif, soit par un Etat, soit par un autre groupe d'Etats, soit par une organisation internationale, afin de fournir son cadre à la négociation bilatérale »³¹⁵.

Ce modèle n'a aucune valeur juridique et n'acquerra que la valeur de l'instrument qui le reprendra, ici la force juridique d'une convention internationale. Son seul objet est donc de servir de base à la négociation internationale. Le recours à cette méthode se justifie aisément en matière d'investissement, ce domaine économique étant très technique et les situations risquant de se présenter fréquemment et identiquement. Mais, surtout, l'utilisation du modèle conventionnel pour les investissements répond ici à la situation très déséquilibrée des Etats sur le marché de l'investissement, ce qui aboutit à une capacité de négociation internationale très inégale. Dès lors, le modèle imposé par le pays exportateur de capitaux sera très souvent ratifié sans aucune modification par le pays importateur, tout comme un contrat d'adhésion en droit de la consommation.

La conclusion de traités bilatéraux d'investissement avait pour objet d'attirer, dans les pays en développement, les sociétés transnationales en leur promettant davantage de sécurité et de

³¹³ V. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, V-136 p., pp. 4-19.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 1.

³¹⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

stabilité pour leurs investissements. La différence de statut entre les parties – l'un cherchant à importer des capitaux alors que l'autre les exporte – sur un marché fortement concurrentiel aboutissait à ce que ces accords, formellement réciproques, ne fassent peser les obligations que sur le pays importateur de capitaux. Cela avait des conséquences importantes sur la formulation des accords. En effet, les conventions étaient élaborées par les pays développés sous forme de modèles, qu'ils soumettaient seulement ensuite aux pays importateurs de capitaux pour signature. Ces derniers n'avaient pratiquement aucune possibilité de négociation et pouvaient simplement accepter ou refuser l'accord, risquant alors de perdre de possibles investisseurs étrangers. Les pays exportateurs de capitaux partageant les mêmes motivations, on constate donc des différences très mineures entre les conventions conclues. Cela s'explique par l'utilisation de la technique de la modélisation conventionnelle.

La modélisation conventionnelle a, en tout cas, abouti à ce qu'on retrouve de nombreux traits communs dans ces accords. Comme le note Campbell McLachlan :

« this patchwork of interlocking but separate treaties – each the product of its own negotiation – in fact betrays a surprising pattern of common features »³¹⁶.

En effet, il est indéniable que ces accords se ressemblent grandement par leur construction. Ainsi trouve-t-on systématiquement, en premier lieu, une définition des termes essentiels et du champ d'application de l'accord, puis une disposition sur l'admission des investissements. Cette dernière clause est, de loin, la plus problématique et justifie la distinction entre deux modèles, l'un européen et l'autre américain. En effet, les Etats-Unis appliquent systématiquement, dans leurs accords, les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée dans la phase pré-établissement, mettant ainsi en place une politique de porte ouverte – *open door policy*. Les Etats européens ayant toujours refusé une telle disposition, aucun accord international n'a pu être trouvé et, même si le reste des dispositions demeure semblable, les deux modèles s'opposent encore sur ce point. Les accords contiennent, ensuite, les standards de protection et de traitement, tels que les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, celles relatives au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection et sécurité et celles relatives aux expropriations *lato sensu*. Viennent, enfin, les dispositions relatives au libre transfert de fonds, à la garantie et à la subrogation et surtout celles concernant le règlement des différends. Même si d'autres clauses peuvent être incluses – et c'est souvent le cas – il s'agit ici du squelette des traités bilatéraux d'investissement.

L'on peut, à cet égard, se demander si la modélisation conventionnelle n'a pas abouti à une harmonisation *de facto* des règles du droit international des investissements. En effet, au

³¹⁶ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 5-6.

moins pour les modèles européens, ceux-ci procédant d'une source commune d'inspiration qu'est le Projet de convention sur la protection des biens étrangers, on constate une quasi-similarité quant au fond. La modélisation conventionnelle a, en tout cas, permis de pallier les inconvénients des échecs de la multilatéralisation du droit des investissements internationaux³¹⁷. Toutefois, il n'y a pas eu harmonisation de l'ensemble des principes du droit international des investissements dans la mesure où il n'existe pas un modèle unique, qui aboutit à ce que les mêmes clauses se répètent, mais une pluralité de modèles conventionnels, avec notamment la distinction fondamentale entre les modèles américain et européen. Les Etats-Unis d'Amérique sont de toute façon opposés à une telle universalisation. Leur puissance de négociation étant supérieure à celle de nombre d'Etats, leur modèle apparaît plus favorable et plus protecteur des intérêts de leurs ressortissants et, d'une manière générale, comme bien plus développé que la plupart des modèles européens, chaque disposition se décomposant en de nombreux paragraphes et alinéas, laissant transparaître la volonté de tout prévoir dans le moindre détail, en retirant toute marge de manœuvre au juge ou à l'arbitre, à l'égard duquel l'on sent une certaine défiance. A l'inverse, les modèles européens se contentent, pour la plupart, d'énoncer un certain nombre de principes, laissant le soin au juge d'en faire application.

Cette distinction des modèles a, cependant, un effet perturbateur, qui se traduit par des clauses très proches, mais comprenant des différences fondamentales.

Ces différences de modèles soulèvent également la question de savoir comment se dérouleront les négociations entre deux Etats, possédant chacun leur modèle. En effet, beaucoup de pays en transition ou considérés comme appartenant au Tiers Monde ont adopté leur propre modèle d'accord devant servir de base à la négociation. Le traité ne reprendra alors aucun des modèles, mais ses clauses seront plus ou moins proches de celles établies par un Etat en fonction de sa puissance de négociation et de sa capacité exportatrice de capitaux.

L'existence simultanée de plusieurs modèles ne signifie pas pour autant que certains principes n'ont pas acquis une valeur en dehors de leur socle conventionnel. On constate dès lors qu'il existe un noyau dur du droit international des investissements, s'appliquant systématiquement.

Il demeure que l'innovation essentielle de ces accords tient aux clauses de règlement des différends. En effet, les traités bilatéraux d'investissement perdraient une grande partie de leur efficacité sans le possible recours à un mécanisme internationalisé permettant à l'investisseur

³¹⁷ V., en particulier, S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law : The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties", *Society of International Economic Law - Working Paper*, n° 18/08, 2008, 26 p. ; S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p. ; S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law-Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 59-86.

d'échapper au for de l'Etat d'accueil. Même s'il existait un accord international, les investisseurs ne pourraient retrouver réellement confiance sans ces clauses essentielles, doutant nécessairement de l'application des obligations si, en cas de violation, ils ne pouvaient avoir recours qu'aux juridictions internes. La clause de règlement des différends se décompose en deux parties ; l'une relative au règlement interétatique, qui concerne principalement l'interprétation et l'application du traité ; l'autre traitant du règlement mixte en cas de différend entre un investisseur et l'Etat hôte de l'investissement. Il convient donc de revenir sur les modes traditionnels de règlement des différends en matière d'investissement, pour comprendre l'impact de ces clauses de règlement des différends, mais surtout de l'apparition du CIRDI.

B. Le besoin d'un nouveau mécanisme de règlement des différends

Les traités bilatéraux d'investissement prévoient, depuis leurs débuts, un mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats d'accueil. Le recours à l'arbitrage international mixte est systématiquement prévu (2°), les modes de règlement de différends classiques ayant révélé leur inadaptation en matière d'investissement (1°).

1°) Les insuffisances des modes traditionnels de règlement des différends

Les investissements internationaux n'auraient pu se développer sans la mise en place d'un système spécifique de règlement des différends. En effet, les autres mécanismes proposés n'apportaient pas une solution satisfaisante et ne contribuaient nullement à créer un climat favorable à l'investissement.

Tout d'abord, le règlement juridique des différends a dû s'imposer face au règlement militaire³¹⁸ ou politique, ce dernier ayant certes l'avantage de la rapidité, de la discrétion, mais surtout de ménager les susceptibilités des Etats. On a ainsi assisté à de nombreux règlements négociés en matière d'indemnisation, que ce soit entre les Etats – au travers

³¹⁸ La *gun-boat diplomacy* était utilisée pour recouvrer les créances, comme l'a révélé l'expérience malheureuse du Venezuela en 1902.

d'accords d'indemnisation forfaitaire – ou entre l'Etat d'accueil et l'investisseur ressortissant d'un autre Etat. Toutefois, ces accords négociés, même s'ils présentent des avantages, ne peuvent perdurer dans une société qui se développe et où le besoin de sécurité juridique est de plus en plus important. Le règlement politique ne peut donc aujourd'hui que jouer à la marge³¹⁹.

Ensuite, le règlement du litige entre les parties s'est affirmé face au règlement du litige entre l'Etat d'accueil de l'investissement et l'Etat de nationalité de l'investisseur. Le règlement interétatique ne pouvait que s'imposer sur une scène internationale à laquelle l'investisseur n'avait pas accès. L'Etat dont l'investisseur était le ressortissant endossait donc sa réclamation grâce au mécanisme de la protection diplomatique. Ses conditions ont été expliquées par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »³²⁰.

Cet Etat pourra décider de prendre fait et cause pour son national et d'élever le différend sur la scène internationale. Cela donnera lieu à des négociations diplomatiques ou au recours à une juridiction internationale ou à un tribunal arbitral. Toutefois, l'on connaît les insuffisances de cette méthode³²¹, fondée sur une fiction juridique, et les conditions difficiles de sa mise en œuvre, nécessitant dans tous les cas un choix discrétionnaire de l'Etat et l'épuisement des voies de recours internes. De plus, la protection diplomatique a tendance à créer des tensions entre les Etats concernés. Comme le note Charles Leben :

« La protection diplomatique, cependant, est une voie peu satisfaisante d'aide aux investissements internationaux, pour plusieurs raisons. La première est qu'elle suppose au préalable l'épuisement des voies de recours internes, la deuxième est que l'Etat national n'est jamais obligé de l'exercer, et, enfin, que le litige entre les deux Etats n'est pas exactement le litige qui oppose l'investisseur à l'Etat d'accueil mais un litige autonome entre l'Etat national et l'Etat d'accueil »³²².

³¹⁹ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 567 et s.

³²⁰ CPJI, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine* entre le Gouvernement de la République hellénique et le Gouvernement de Sa Majesté britannique, *Rec. Série A – N°2*, 30 août 1924, p. 12.

³²¹ V., pour une approche critique de la protection diplomatique en droit international des investissements, P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.

³²² C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

Il demeure que les premières sentences en matière d'investissement sont issues d'arbitrages interétatiques entre l'Etat de nationalité de l'investissement et l'Etat d'accueil.

Enfin, si l'on privilégiait le règlement du litige entre l'investisseur et l'Etat plutôt que le règlement interétatique, il fallait encore que l'arbitrage international triomphe sur les recours aux juridictions internes, soit de l'Etat hôte, soit d'un autre Etat.

En l'absence de disposition spéciale, les différends relatifs aux investissements entre un Etat hôte et un investisseur étranger sont réglés par les tribunaux de l'Etat en cause. Ce mode de règlement des différends est rendu difficile, du fait de l'inégalité juridique radicale des parties en cause, l'une étant un Etat souverain détenteur de la puissance publique, alors que l'autre est une simple personne privée étrangère, dont le statut dépend entièrement du bon vouloir de l'Etat d'accueil. On comprend alors la réticence des investisseurs face à un tel mode de règlement des différends, souvent considéré comme très partial, voire arbitraire ou insuffisamment développé. Les propos de Mario Amadio sont révélateurs de l'état d'esprit régnant au début du XX^{ème} siècle :

« les voies de droit offertes par l'Etat hôte aux investisseurs étrangers sont inexistantes ou illusoires :

- inexistantes, lorsque les mesures incriminées émanent de l'autorité législative. En dehors des Etats peu nombreux qui organisent un contrôle effectif de la constitutionnalité des lois, les juridictions sont tenues d'appliquer la loi sans examen de sa conformité aux principes supérieurs (...);

- illusoires, lorsque malgré l'existence théorique des recours, ceux-ci n'offrent pas les garanties souhaitables d'impartialité et d'indépendance. Il en va de même lorsque les faits portés en justice entraînent l'application d'un système juridique archaïque, peu évolué ou délibérément orienté contre la présence étrangère ou la propriété privée »³²³.

Qu'elle soit justifiée ou non, il existait au moment de la naissance du CIRDI une grande méfiance à l'égard des juridictions internes³²⁴. Cette méfiance est encore accrue par le fait que les tribunaux nationaux auront tendance à appliquer exclusivement le droit interne, sans s'interroger sur la possible existence de standards internationaux. Enfin, les différends relatifs aux investissements sont, en général, complexes et nécessitent une expertise toute particulière que les juges nationaux ne possèdent pas forcément³²⁵. Ainsi, même aujourd'hui, le règlement

³²³ M. Amadio, *Le contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p., p. 22.

³²⁴ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 5-6.

³²⁵ Pour un exemple des difficultés du recours aux juridictions internes, v. CIRDI, *SGS contre Pakistan (ARB/01/13)*, décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphes 20-25.

des différends en matière d'investissement par des juridictions internes semble inadapté, la différence de langue et de culture juridique des parties rendant la procédure très lourde³²⁶.

On a donc tenté de délocaliser le règlement des différends, parfois en donnant compétence à des tribunaux d'un autre Etat. N'ayant aucun titre de compétence, celle-ci ne peut résulter que d'une clause d'un contrat. Néanmoins, des difficultés particulières s'ajoutent à celles évoquées en ce qui concerne les tribunaux nationaux, du fait de l'immunité dont jouit l'Etat défendeur. En effet, le droit coutumier international affirme très fermement l'immunité, tant de juridiction que d'exécution, dont jouissent les Etats³²⁷ – et donc leurs agents, leurs biens et leur législation – sur le territoire d'autres Etats, ce qui est une conséquence directe de leur égalité souveraine³²⁸. Même si le principe est bien admis que l'Etat « jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un autre Etat »³²⁹ et qu'il ne peut être soumis à aucune forme de contrainte ou mesure conservatoire³³⁰, son application est allée vers sa limitation au travers de l'affirmation d'exceptions³³¹. Il demeure que les instances contre un gouvernement étranger devront être conformes à ces principes, repris dans la jurisprudence – comme c'est le cas en France – ou dans la législation, avec, par exemple, le *State Immunities Act* de 1978 au Royaume-Uni³³² et le *Foreign Sovereign Immunities Act*³³³

³²⁶ A. R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 287-364 ; V. Vesque-Jeancard, H. Desbois et A.-M. Alcabas, "Le contentieux de l'investissement international", *Note bleue de Bercy*, n° 202, 2001.

³²⁷ J. F. Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", *RCADI*, t. 84, III, 1955, pp. 205-396 ; C. Emanuelli, "L'immunité souveraine et la coutume internationale : De l'immunité absolue à l'immunité relative", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 22, 1984, pp. 26-97 ; J. Verhoeven, *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, 283 p. V. également CDI, "Projet d'Articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 1991, pp. 13-64 et la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004 (rés. 59/38).

³²⁸ P. Dailier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p. Voir également R. Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", *Netherlands International Law Review*, vol. 29, n° 2, 1982, pp. 265-276 ; C. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius Publishing, Cambridge, 1988, 195 p. ; J. Verhoeven, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*, Larcier, Bruxelles, 2004, 283 p.

³²⁹ V. l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 2 décembre 2004, résolution AG 59/38 et, pour un commentaire, G. Hafner et L. Lange, *La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2004, pp. 45-76 ; G. Hafner et U. Kohler, *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property*, 2004, pp. 3-49. V. également la Convention européenne de Bâle sur l'immunité des Etats, 16 mai 1972 et, pour un commentaire, I. M. Sinclair, *The European Convention on State Immunity*, 1973, pp. 254-283. Sur l'immunité de juridiction en général, v. J. F. Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", *RCADI*, t. 84, 1953-III, pp. 205-302.

³³⁰ J. Crawford, "Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity", *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 820-869 ; CEDIN, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Montchrestien, Paris, 1990, 327 p.

³³¹ M. Sornarajah, "Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity", *ICLQ*, vol. 31, n° 4, 1982, pp. 661-685.

³³² R. Higgins, "Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom", *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 423-437 ; G. R. Delaume, "The State Immunity Act of the United Kingdom", *AJIL*, vol. 73, 1979, pp. 185-199.

³³³ G. R. Delaume, "Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *AJIL*, vol. 71, n° 3, 1977, pp. 399-422 ; C. N. Brower, F. W. Bistline et G. W. Loomis, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice", *AJIL*, vol. 73, n° 2, 1979, pp. 200-214.

aux Etats-Unis d'Amérique³³⁴. Les différends portant sur les investissements n'ont pas échappé à l'application de l'immunité de juridiction et d'exécution. Même si certains ont considéré qu'il s'agissait de « transaction commerciale »³³⁵ ou, plus généralement, d'actes *de jure gestionis*, qui sont une exception à l'application des immunités, il a, cependant, été admis que les entreprises étrangères ayant acquis les biens issus de nationalisations ou d'expropriations dans les années 1970, jouissaient de l'immunité de juridiction de leur Etat d'origine et que les lois de nationalisation constituaient des *Acts of State* qu'on ne pouvait soumettre à la juridiction d'un autre Etat³³⁶. La distinction entre actes *de juri imperii* et actes *de jure gestionis* est difficile à mettre en œuvre en droit international des investissements et rend inopportun le recours aux juridictions d'un Etat tiers.

Les difficultés du règlement interne des litiges ont, de ce fait, rendu nécessaire le recours à l'arbitrage.

2°) L'arbitrage mixte, seule voie de recours satisfaisante

Même si l'arbitrage international était devenu un mode courant de règlement des différends, notamment depuis la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1907³³⁷, celui-ci se limitait aux conflits interétatiques et il semblait alors difficile d'imposer l'arbitrage mixte. Ainsi, James Leslie Brierly notait :

« It has been suggested that a solution might be found by allowing individuals access in their own right to some form of international tribunal for the purpose and, if proper safeguards against merely frivolous or vexatious claims could be devised, that is a

³³⁴ R. D. Bishop, J. Crawford et W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, LV-1653 p.

³³⁵ V. l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 2 décembre 2004, résolution AG 59/38 : « Si un Etat effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, les contestations relatives à cette transaction commerciale relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, l'Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction ».

³³⁶ V. Cass. civ. 1^{ère}, *Sté Algo contre Sté Sempac*, 2 mai 1978, *Bull.* p. 138 ; Cass. civ. 1^{ère}, *République islamique iranienne contre Sté Framatome*, 6 juin 1990, *Bull. civ. I*, 1990, p. 100. Toutefois, l'immunité de juridiction a, parfois, été exclue, soit qu'on considère que l'entreprise d'Etat ne pouvait bénéficier de l'immunité (Cass. civ. 1^{ère}, *Sté Nat. des Transports routiers contre Cie Algérienne de Transit et d'Affrètement Serres et Pilaïres*, 19 mars 1979, *AFDI*, 1980, p. 858 ; Cass. civ. 1^{ère}, *Office des céréales de Tunisie*, 4 janvier 1995, *JDI*, 1995, p. 649), soit qu'on considère que l'Etat avait agi en qualité de personne privée (Cass. civ. 1^{ère}, *Sté d'Etudes et d'Entreprises*, 18 novembre 1986, *AFDI*, 1987, p. 915 ; Cass. soc., *Barrandon*, 10 novembre 1998, *Droits*, 1999, p. 157). Voir également les articles 1604 à 1605 de la loi américaine de 1976 et l'article 3 de la loi britannique.

³³⁷ V. le Titre IV – « De l'arbitrage international » – de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, La Haye, 18 octobre 1907.

possible reform that deserves to be considered. For the time being, however, the prospect of states accepting such a change is not very great »³³⁸.

Il y a moins d'un demi-siècle, le recours systématisé à l'arbitrage mixte ou transnational, opposant directement l'investisseur à l'Etat d'accueil, semblait unimaginable. Pourtant, il existait déjà des précédents lointains, comme le Traité Jay de 1794 entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne qui prévoyait le règlement des différends entre un Etat et les ressortissants de l'autre par arbitrage. Certes, aucune sentence n'a pu être rendue, mais cela n'enlève rien à la modernité de ce traité³³⁹. La première affaire à avoir donné lieu à une sentence date de 1864 et opposait la Compagnie universelle du Canal de Suez au vice-roi d'Egypte³⁴⁰. Alors que cet arbitrage était fondé sur un compromis, on voit se développer, durant tout le XIX^{ème} siècle, des clauses compromissoires dans des contrats internationaux autorisant ces arbitrages mixtes. Parallèlement à l'internationalisation du for, on assiste également à une internationalisation du droit applicable³⁴¹, certaines clauses faisant référence aux principes généraux de droit³⁴². Même en l'absence de clause de droit applicable, plusieurs tribunaux arbitraux ont conclu à l'application des « principes généraux du droit, fondés sur la raison et sur la pratique commune de l'ensemble des pays civilisés »³⁴³, voire même de l'ensemble du droit international³⁴⁴, plutôt que du droit interne. Cette internationalisation du droit des investissements internationaux, notamment grâce aux contrats d'Etat³⁴⁵, va aboutir à la

³³⁸ J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Clarendon Press, Oxford, 1963, XV-442 p., p. 277.

³³⁹ V. Coussirat-Coustère et P. M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1989, XXXIV-546 p. et XXVI-872 p. ; S. B. Legum, "Federalism, NAFTA Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794", *News from ICSID*, vol. 18, n° 1, 2001, pp. 586-591.

³⁴⁰ V. la sentence rendue le 21 avril 1864 par Napoléon III. V. également H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1997, IX-670 p., pp. 122-129 ; C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

³⁴¹ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

³⁴² V., par ex., la sentence dans l'affaire *Syndicat d'études et d'entreprises contre gouvernement grec*, 1925. V. à cet égard J. G. Wetter et S. M. Schwebel, *Some Little-Known Cases on Concessions*, 1964, pp. 183-232, p. 194.

³⁴³ V. S.A., *Sapphire International Petroleum Ltd contre National Oil Company*, 15 mars 1963 ("Sapphire International Petroleum Ltd v. National Oil Company", *Annuaire suisse de droit international*, 1963, pp. 273-302). V. également les sentences dans l'affaire *Lena Goldfields contre l'Union soviétique* du 2 septembre 1930 (A. Nussbaum, "Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government", *Cornell Law Quarterly*, vol. 36, 1950, pp. 31-53) ; *Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd contre Abu Dhabi*, août 1951 ("Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi", *ICLQ*, 1952, pp. 247-261) ; *Ruler of Qatar contre International Marine Oil Company Ltd*, juin 1953 ; *Arabian American Oil Company (Aramco) contre Arabie Saoudite*, 23 août 1958 ("Arabian American Oil Company (Aramco) c. Saudi Arabia", *Revue critique de droit international privé*, 1963, pp. 272-363).

³⁴⁴ V. les sentences S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe lybienne*, 19 janvier 1977, paragraphe 35, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389 ; S.A., *Aminoil c. Koweït*, sentence du 24 mars 1982, paragraphes 6-7.

³⁴⁵ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

généralisation de l'arbitrage mixte et de l'application du droit international, dont on admet dès lors qu'il ne s'applique pas seulement aux relations entre Etats.

Par la suite, plusieurs tribunaux arbitraux mixtes avaient été constitués par des traités postérieurs à la première Guerre mondiale, puis des commissions de conciliation furent créées à l'issue de la seconde. Le Tribunal des différends irano-américain, institué par les accords d'Alger du 19 janvier 1981, fonctionne sur le même système.

La notion de différend mixte fait référence aux différences de statut juridique entre les parties en litige. En effet, les procédures mixtes

« opposent, en les plaçant sur un pied d'égalité, un demandeur et un défendeur dont le statut juridique n'est pas identique au regard du droit international : d'un côté, l'investisseur [dont on considère traditionnellement qu'il] n'est pas un sujet de droit international, de l'autre côté, l'Etat qui est un sujet de droit international »³⁴⁶.

L'arbitrage mixte s'est imposé du fait de ses nombreux avantages. Ce mécanisme permet de parvenir à un règlement efficace du litige, les parties ayant elles-mêmes choisi les arbitres, qui possèdent l'expertise nécessaire et en qui elles ont confiance – ce qui permettra de parvenir à une solution plus facilement acceptée. La confidentialité qui entoure ces procédures est, de plus, un élément attractif dans le monde des affaires. Mais surtout, ce sont là les inconvénients de la protection diplomatique qui sont corrigés :

« l'investisseur n'est plus nécessairement obligé d'épuiser les voies de recours internes, il ne dépend plus du bon vouloir de son Etat national pour faire régler le litige, et c'est bien son litige avec l'Etat d'accueil qui sera porté devant les arbitres »³⁴⁷.

Plusieurs types d'arbitrage peuvent être utilisés, qu'ils soient *ad hoc*³⁴⁸ ou institutionnalisés³⁴⁹.

Le recours à l'arbitrage *ad hoc* sera décidé par les parties dans une clause compromissoire ou un accord d'arbitrage. Celui-ci doit, pour être efficace, fixer certaines règles concernant notamment le choix des arbitres, le droit applicable et un certain nombre d'aspects procéduraux. Plusieurs institutions se sont intéressées à cette question et ont élaboré des lignes directrices ou des clauses modèles que les parties peuvent inclure dans leur accord.

³⁴⁶ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 97.

³⁴⁷ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

³⁴⁸ Pour un point de vue critique sur l'arbitrage *ad hoc*, v. P. Lalive, "Avantages et inconvénients de l'arbitrage *ad hoc*" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris 1991, pp. 301-321.

³⁴⁹ Pour une étude complète de l'arbitrage, v. notamment M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, XXI-1058 p. ; J. F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2002, XI-1179 p. ; S. M. Kröll, *Arbitration*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2006, pp. 78-90 ; T. E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Juris Publishing, Huntington, 2007, XXIV-729 p. ; J. J. Kerr et R. H. Smit, *Comparison of International Arbitration Rules*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2008, 250 p.

C'est, en particulier, le cas de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui a élaboré un Règlement d'arbitrage en 1976³⁵⁰, révisé en 2010³⁵¹. Néanmoins, ce type d'arbitrage peut poser un certain nombre de problèmes, soit que les parties refusent de nommer un arbitre, soit qu'elles bloquent d'une façon ou d'une autre la tenue de l'arbitrage. De plus, la décision ne sera pas susceptible d'exécution automatique, mais devra passer par les règles de la législation d'arbitrage du pays qui l'accueille, qui renvoient souvent à la Convention de New York³⁵².

Pour éviter certains problèmes procéduraux liés à l'arbitrage *ad hoc*, les parties à un contrat choisissent souvent une institution ayant vocation à encadrer leur recours à l'arbitrage, comme, par exemple, la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), les instituts d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI)³⁵³ ou de Stockholm ou la Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA)³⁵⁴. La *London Court of International Arbitration* est la première institution arbitrale à vocation internationale à avoir été créée. Dès 1883, la *Court of Common Council of London* a réfléchi à l'opportunité de créer une institution d'arbitrage pouvant régler les différends commerciaux à une échelle transnationale. De cette initiative est née la *City of London Chamber of Arbitration*, inaugurée en 1892, puis baptisée *London Court of International Arbitration* près d'un siècle plus tard pour mieux refléter sa vocation internationale³⁵⁵. La LCIA est une organisation privée, non-lucrative, affirmant bien son indépendance à l'égard des gouvernements.

La naissance de la Cour Permanente d'Arbitrage relève de circonstances différentes. La CPA a été créée en 1899 par la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux et avait vocation à fournir une institution arbitrale moderne et ouverte à différents litiges et parties. Cette institution n'a, toutefois, pas connu un grand succès, le nombre d'affaires qui lui ont été soumises restant limité, mais c'est une institution importante, notamment en lien avec le Règlement d'arbitrage CNUDCI qui confie au Secrétaire général de la CPA le rôle d'autorité de nomination. Sa place dans l'arbitrage international demeure,

³⁵⁰ P. Sanders, "Procedures and Practices under the UNCITRAL Rules", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 27, n° 2/3, 1979, pp. 453-468 ; I. I. Dore, *Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules: A Textual Analysis*, Martinus Nijhoff, Boston, 1986, IX-239 p. ; P. D. Friedland, L. M. Caron, L. M. Caplan et M. Pellonpaa, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, 2007, pp. 519-941.

³⁵¹ J. Paulsson et G. Petrochilos, *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, 2006, 51 p. ; P. Pic et I. Léger, "Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010)", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2011, pp. 99-118.

³⁵² V. *infra*, concernant la Convention de New York, p. 91 et s.

³⁵³ R. Ziadé, "Comparaison entre les trois principaux règlements d'arbitrage : CIRDI, CNUDCI et CCI", *Revue de droit des affaires de l'université Panthéon Assas*, n° 6, 2008, pp. 21-35.

³⁵⁴ V., sur l'arbitrage commercial international, P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, X-1225 p.

³⁵⁵ En 1981, l'institution a, en effet, changé de nom et adopté un nouveau règlement d'arbitrage. Son dernier règlement d'arbitrage date de 1998, mais est – au 1^{er} mars 2012 – en cours de révision.

cependant, encore limitée, si on la compare à celle de la Cour d'arbitrage de la CCI³⁵⁶ qui existe et fonctionne depuis 1923 et qui a connu plus de 17 000 affaires, mettant en jeu 2 145 parties venant de 140 pays³⁵⁷. La Cour n'a pas vocation à arbitrer les affaires, mais constitue simplement un organe administratif qui veille à l'organisation et au bon déroulement de l'arbitrage et de l'exécution de la sentence, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI³⁵⁸.

Enfin, l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a, quant à lui, été fondé en 1917 et a également vocation à administrer l'arbitrage, grâce à son Comité et son Secrétariat et selon un Règlement d'arbitrage récemment révisé³⁵⁹.

Cependant, ces arbitrages, qu'ils soient *ad hoc* ou institutionnalisés, n'organisent pas automatiquement la reconnaissance et l'exécution des sentences. Il faut, à cet égard, s'en remettre à la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958³⁶⁰. Cette convention, née d'une initiative de la Chambre de commerce internationale et adoptée dans le cadre des Nations Unies, a joué un rôle essentiel dans le développement de l'arbitrage international. Même si elle ne concerne pas directement les investisseurs internationaux, elle leur a permis de détacher leur contentieux du droit du pays d'accueil et de la compétence des juridictions internes, ce qui était une de leurs préoccupations essentielles³⁶¹. Cette convention, relative principalement au droit international privé, permettait la mise en place d'un forum neutre, en assurant que les sentences arbitrales puissent produire leur plein effet et ainsi être effectives. En effet, elle oblige les Etats parties à reconnaître les sentences rendues dans d'autres Etats et à les rendre exécutoires sur leur territoire, tout en obligeant les tribunaux nationaux à donner leur pleine force aux conventions d'arbitrage, en déclinant leur compétence lorsqu'ils sont saisis en violation de celles-ci. La Convention de New York est donc un premier pas franchi vers une délocalisation du règlement des différends relatifs à l'investissement et un moyen de faire sortir le contentieux de l'orbite du droit du pays d'accueil et de la compétence de ses tribunaux, jugés insuffisamment sensibles aux intérêts des investisseurs des pays développés. Toutefois, la sécurité juridique demeure limitée sous l'empire de la Convention de New York, celle-ci n'offrant pas les mêmes garanties de reconnaissance et d'exécution des sentences que la

³⁵⁶ V. à cet égard E. S. Romero, "Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 331-344.

³⁵⁷ V. les chiffres proposés au 1^{er} mars 2012 sur le site Internet de la Cour d'arbitrage de la CCI.

³⁵⁸ Ce règlement d'arbitrage a récemment été révisé, la dernière version s'appliquant aux instances ouvertes après le 1^{er} janvier 2012.

³⁵⁹ Le nouveau règlement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

³⁶⁰ A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, Antwerp, 1981, XV-466 p.

³⁶¹ Voir, à cet égard, la comparaison entre la Convention de New York et le système CIRDI, not. in S. Choi, "Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New York Conventions", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1995, pp. 175-215.

Convention de Washington³⁶². En effet, même si la sentence est reconnue comme obligatoire, elle ne peut être exécutée de plein droit et doit passer par l'*exequatur* des juridictions nationales. De même, les cas possibles d'annulation sont bien plus larges que ceux prévus à l'article 52 de la Convention de Washington, laissant aux juridictions nationales une certaine marge de manœuvre dans l'application des sentences. La Convention de New York ne résout, enfin, pas les problèmes de l'immunité d'exécution des Etats. Même si l'Etat a accepté l'arbitrage et, par là-même, renoncé à son immunité de juridiction, cela n'implique nullement renonciation à l'immunité d'exécution³⁶³, malgré la jurisprudence favorable de la Cour de cassation³⁶⁴. Ces raisons poussaient à créer une institution spécifique en charge des différends en matière d'investissement.

En effet, même si les organisations d'arbitrage traditionnelles connaissent un grand succès, il demeure qu'elles ont majoritairement vocation à régler les différends internationaux en matière commerciale. Il semblait donc nécessaire de créer une institution spécifique pour les différends relatifs aux investissements, ce contentieux présentant certains caractères très particuliers liés à l'inégalité des parties, aux buts divergents qu'elles poursuivent et au caractère très politisé des controverses³⁶⁵.

Les conventions bilatérales d'investissement ne pouvaient dès lors suffire à renouveler le régime des investissements internationaux et il faudra que le nouveau droit mis en place soit complété par la création d'une institution spécifiquement consacrée aux investissements pour qu'un nouveau système apparaisse, seul à même de restaurer la confiance des investisseurs. La Convention de Washington, en créant le CIRDI, constitue la date de naissance de ce nouveau système, qui ne prendra vie que grâce aux traités bilatéraux d'investissement.

*

³⁶² V. *infra*, p. 99 et s. V. la Section 6 de la Convention de Washington, « De la reconnaissance et de l'exécution de la sentence ».

³⁶³ V. l'article 20 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 2 décembre 2004, résolution AG 59/38. Il faut noter que la même solution résulte de l'article 55 de la Convention de Washington. V., par ex., pour application : High Court of Justice de Londres, *AIG Capital Partners contre Kazakhstan*, 20 octobre 2005.

³⁶⁴ Les juges français ont déduit d'une convention d'arbitrage la renonciation à l'immunité d'exécution, dans le cas où celle-ci prévoit que l'Etat se conformera à la sentence et l'exécutera. V. Cass. civ. 1^{ère}, *Sté Creighton Ltd contre Ministre des finances de Qatar*, *JDI*, 2000, p. 1054, note I. Pingel. Toutefois, cela ne revient pas à considérer que l'Etat a renoncé à son immunité d'exécution lorsqu'il a simplement accepté une clause d'arbitrage : CA Paris, *Ambassade de la Fédération de Russie en France*, arrêt de la Première Chambre du 10 août 2000 et note I. Pingel, *JDI*, 2001, p. 116.

³⁶⁵ M. Amadio, *Le contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p., p. 21.

Conclusion de la section. Les raisons rendant nécessaire le droit international des investissements sont les mêmes que celles qui ont compliqué sa stabilisation. La décolonisation et l'affirmation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ont contribué à la mise en place d'un climat défavorable aux investissements internationaux, dont on s'est pourtant rendu compte qu'ils étaient nécessaires au développement économique. La restauration de la confiance des investisseurs ne pouvant que naître de règles précises du droit international, le droit des investissements s'est affirmé comme un droit conventionnel. Ce qualificatif ne doit pas faire oublier sa particularité, car si les Etats étaient unanimement d'accord sur le squelette d'une convention multilatérale relative aux investissements, elle n'a jamais pu aboutir et l'universalité n'a pu être acquise que par le développement de réseaux de traités bilatéraux d'investissements fondés sur des modèles conventionnels. Pourtant, ce droit international des investissements est parvenu à s'affirmer, grâce à une convention multilatérale relative au règlement des différends, la Convention de Washington, qui a permis une harmonisation, par son interprétation, du régime juridique des investissements internationaux.

SECTION 2. LA CONVENTION DE WASHINGTON ET LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT, SUPPORTS CONJOINTS DE L'INSTAURATION DU CIRDI

Les Etats, prenant conscience du caractère essentiel de l'investissement international pour le développement économique et du besoin d'un mécanisme spécifique de règlement des différends, ont voulu mettre en place une nouvelle institution universelle, d'arbitrage et de conciliation, consacrée aux investissements. La création du CIRDI par Convention de Washington (Paragraphe 1) et sa transformation, grâce aux conventions bilatérales d'investissement, en organe naturel de règlement des différends en matière d'investissement, ont permis de restaurer un climat favorable à ces opérations économiques (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. L'APPARITION DU SYSTEME CIRDI

Certains considèrent que c'est précisément l'incapacité des Etats à se mettre d'accord sur un régime international des investissements étrangers dans un traité multilatéral qui a été à l'origine de la Convention de Washington, « laquelle s'est contentée d'organiser une technique de règlement des différends faute de pouvoir imposer les règles qui devraient permettre de les résoudre »³⁶⁶. Il demeure, toutefois, que la création du CIRDI (A) constitue une étape essentielle du droit international des investissements, qui n'aurait pu se développer sans cette institution originale et efficace (B).

A. L'apparition d'une nouvelle institution sur la scène internationale

Le Centre n'est pas la première institution arbitrale à connaître des litiges ayant trait aux investissements ; il ne constitue même pas une évolution réelle de l'arbitrage international qui a fait de considérables progrès avec la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958³⁶⁷. Il n'en demeure pas moins que la création de cette institution (1°), tournée vers le développement économique (2°), a révolutionné le droit international des investissements et a eu un grand impact sur le droit international en général.

1°) La création du CIRDI

Face aux difficultés du règlement des différends relatifs aux investissements, il a été décidé, dans les années 1960, de créer un mécanisme spécifique d'arbitrage de ces litiges entre Etats et ressortissants d'autres Etats, sous l'impulsion, en particulier, d'Aron Broches, alors

³⁶⁶ J. Verhoeven, "Conclusions" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 363-373, p. 366.

³⁶⁷ V. *supra*, p. 91 et s.

Conseiller général de la Banque mondiale et véritable architecte de la Convention³⁶⁸. Aron Broches propose son idée d'une institution d'arbitrage consacrée aux investissements internationaux au Conseil des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), qui l'étudie avec son concours et celui du Président de la Banque mondiale, Eugene R. Black³⁶⁹. Le Conseil des Administrateurs demande une proposition plus précise à Aron Broches, qui fournit le 5 juin 1962 un premier projet de Convention.

Cette initiative a ensuite été reprise par la Banque, qui l'a portée devant le Conseil des Gouverneurs lors de la dix-septième session annuelle, en septembre 1962. Le Conseil a, alors, par la résolution n°174, prié les Administrateurs d'étudier « l'utilité et la possibilité de créer, sous les auspices de la banque, un mécanisme devant permettre le règlement, par voie de conciliation et d'arbitrage des différends s'élevant entre Etats et investisseurs étrangers »³⁷⁰. Le Conseil des Administrateurs étudia la question et parvint à un premier projet préliminaire le 15 octobre 1963. Ce projet, très technique, fut la base d'une large consultation régionale, sous la direction d'Aron Broches³⁷¹. A l'issue de ces rencontres préliminaires, les Administrateurs de la Banque convinrent de l'utilité d'une telle convention et firent un rapport favorable au Conseil des Gouverneurs. Celui-ci se réunit sur cette base à Tokyo et adopta la résolution n° 214 du 10 septembre 1964, qui fixe la mission des administrateurs :

« (b) Les Administrateurs sont priés de rédiger une convention prévoyant la création d'un mécanisme et de procédures auxquels le recours serait volontaire pour le règlement par la conciliation et l'arbitrage des différends relatifs aux investissements entre Etats contractants et nationaux d'autres Etats contractants.

(c) En rédigeant ladite convention, les Administrateurs prendront en considération les opinions des gouvernements membres et le désir d'aboutir à un texte susceptible d'être accepté par le plus grand nombre possible de gouvernements »³⁷².

³⁶⁸ V. l'historique in C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 2-4. Pour un historique complet sur les travaux préparatoires à la Convention de Washington, v. CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, Publications du CIRDI, Washington, 1968, IV volumes. V. également A. Broches, "Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 59, 1965, pp. 33-38 ; A. Broches, "The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States", *RCADI*, t. 136, 1972-II, 1973, pp. 331-410 ; P. F. Sutherland, "The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", *ICLQ*, vol. 28, n° 3, 1979, pp. 367-400.

³⁶⁹ Eugene R. Black, président de la Banque mondiale de 1949 à 1963, avait évoqué l'idée d'un centre de règlement des différends relatifs aux investissements dès la réunion annuelle de la Banque à Vienne le 19 septembre 1961.

³⁷⁰ V. la résolution 174 adoptée lors de la 17^e assemblée annuelle du conseil des gouverneurs de la Banque mondiale, Washington, 18 septembre 1962.

³⁷¹ Des réunions consultatives régionales eurent lieu à Addis Abeba du 16 au 20 décembre 1963 ; à Santiago du Chili du 3 au 7 février 1964, à Genève du 17 au 21 février 1964 et à Bangkok du 27 avril au 1^{er} mai 1964.

³⁷² Paragraphe 1 du Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, 18 mars 1965 (ci-après, Rapport des Administrateurs).

La rédaction a pris quatre années, de 1961 à 1965, et a occupé le Comité juridique de la Banque mondiale, les Administrateurs, mais aussi les experts de 86 Etats, au travers, notamment, de réunions régionales. Le projet fut étudié article par article jusqu'à ce qu'un consensus ressorte, puis soumis au Conseil des Administrateurs qui l'évalua et adopta parallèlement un projet de rapport. Finalement, le 18 mars 1965, le Conseil des Administrateurs de la Banque mondiale adopta une résolution approuvant le texte de la Convention, qu'il soumit, accompagné du rapport, à l'examen des gouvernements des Etats membres pour signature et ratification. La convention est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, après sa – rapide – ratification par vingt Etats³⁷³, principalement des pays en développement, notamment d'Afrique.

La Convention a été transmise à tous les gouvernements et est ouverte à la signature de tout Etat membre de la Banque mondiale, mais aussi de tout autre Etat partie au statut de la Cour internationale de Justice qui aura été invité à la signer par le Conseil administratif du Centre. Ce dernier point est intéressant au regard de la situation de la Suisse qui a été invitée, lors de la séance inaugurale du Conseil administratif, le 2 février 1967, à signer la Convention³⁷⁴. La Convention de Washington est donc un traité « ouvert »³⁷⁵ à vocation universelle, à savoir un traité qui permet à un « Etat non contractant de devenir partie par un simple acte unilatéral et sans que les parties originaires puissent lui imposer des conditions particulières »³⁷⁶.

Sa ratification a été aussi rapide que sa création³⁷⁷. En effet, l'adhésion a été de plus en plus forte, pour atteindre aujourd'hui la grande majorité des Etats du monde et une représentation géographique universelle³⁷⁸, les Etats initialement réfractaires s'étant finalement alliés à cette institution³⁷⁹.

Aujourd'hui, tous les grands pays du Nord sont parties à la Convention³⁸⁰ – à l'exception du Canada du fait des problèmes de ratification posés par le Québec – et les pays arabes³⁸¹, les

³⁷³ L'article 68, paragraphe 2, de la Convention de Washington prévoit ainsi que : « La présente Convention entrera en vigueur 30 jours après la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ».

³⁷⁴ *Ibid.* article 67 : « La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres de la Banque. Elle est également ouverte à la signature de tout autre Etat partie au Statut de la Cour internationale de Justice que le Conseil administratif, à la majorité des deux tiers de ses membres, aura invité à signer la Convention ». V. également le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 15 décembre 1967. Par la suite, les Seychelles ont également été invitées à ratifier la Convention de Washington en 1977.

³⁷⁵ *Id.*

³⁷⁶ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 192.

³⁷⁷ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299.

³⁷⁸ Au premier juillet 2012, il y avait 158 Etats signataires de la Convention de Washington, mais seulement 148 Etats membres du CIRDI, du fait que dix Etats n'avaient pu remplir les formalités de ratification.

³⁷⁹ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299.

³⁸⁰ La plupart des pays membres de l'OCDE sont également parties à la Convention de Washington, à l'exception du Canada, du Mexique et de la Pologne. V. not. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 1271.

³⁸¹ H. Bourguiba et F. Kemicha, *Proceedings of the First Euro-Arab Arbitration Conference: Port El Kantaoui, Tunisia, 24-27 Sept. 1985*, Lloyds of London Press, Londres, 1987, IX-370 p. V., en particulier, I. F. I. Shihata, "Le CIRDI et les pays en voie de développement et plus particulièrement les pays arabes" in H. Bourguiba et F. Kemicha,

pays d'Afrique³⁸², d'Asie³⁸³ et même les anciennes républiques soviétiques³⁸⁴ sont représentés. Des difficultés sont davantage apparues avec les pays d'Amérique latine, fidèles à la doctrine Calvo, qui refusaient d'adhérer à la Convention³⁸⁵.

Cette doctrine, tout droit issue de l'affirmation de la souveraineté économique des Etats, avait été formulée par un diplomate argentin et célèbre juriste du dix-neuvième siècle, Carlos Calvo³⁸⁶, qui la formulait ainsi :

« Il est certain que les étrangers qui se fixent dans un pays ont au même titre que ses nationaux droit à la protection, mais ils ne peuvent prétendre à une protection plus étendue. S'ils subissent quelque attentat, ils doivent compter que le gouvernement du pays exercera des poursuites contre les délinquants, mais ils ne sauraient réclamer de l'Etat dont dépendent les auteurs des violences une indemnité quelconque (...). La responsabilité des gouvernements à l'égard des étrangers ne saurait être plus grande que celle que ces mêmes gouvernements ont envers leurs propres citoyens »³⁸⁷.

Selon cette doctrine, il n'existe aucune règle de droit international imposant d'accorder un traitement préférentiel aux étrangers que ses propres ressortissants. Un Etat pourra donc décider de soumettre les investisseurs étrangers au traitement national, mais ces derniers ne

Proceedings in the First Euro-Arab Arbitration Conference, Lloyds of London Press, Londres, 1987, p. 89 et s. Il faut noter, comme exception parmi les pays arabes, l'Irak et la Libye.

³⁸² A. A. Agyemang, "African States and ICSID Arbitration", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 21, n° 2, 1988, pp. 177-189. Certains Etats africains ont, toutefois, refusé de signer la Convention de Washington, comme l'Afrique du Sud ou l'Angola.

³⁸³ On compte un certain nombre d'exceptions parmi les pays d'Asie, comme, par exemple, l'Inde, le Vietnam, Myanmar... La Thaïlande, bien qu'ayant signé la Convention de Washington, ne l'a pas ratifiée. La Chine, à l'opposé, a ratifié la Convention en 1993.

³⁸⁴ La Pologne et le Tadjikistan ont, cependant, refusé de signer la Convention de Washington. D'autres anciennes Républiques soviétiques, bien qu'ayant signé la Convention, ne l'ont pas encore ratifiée, comme la Fédération de Russie, qui a signé le 16 juin 1992 ou la République kirghize, qui a signé le 9 juin 1995.

³⁸⁵ P. C. Szasz, "The Investment Disputes Convention and Latin America", *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970, pp. 256-265 ; A. F. Abbott, "Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification", *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, pp. 131-140 ; M. T. Sprague, "A Courageous Course for Latin America: Urging the Ratification of the ICSID", *Houston Journal of International Law*, vol. 5, 1982, pp. 157-178 ; I. A. Vincentelli, "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *Independent Research Paper*, 2009, 38 p..

³⁸⁶ Sur la doctrine Calvo, v. L. Summers, "La clause Calvo", *Revue de droit international*, vol. 7, 1931, 569-581 ; L. M. Summers, "The Calvo Clause", *Virginia Law Review*, vol. 19, n° 5, 1933, pp. 459-484 ; K. Lipstein, "The Place of the Calvo Clause in International Law", *BYBIL*, vol. XXII, 1945, pp. 130-145 ; A. V. Freeman, "Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge of International Law", *AJIL*, vol. 40, n° 1, 1946, pp. 121-147 ; D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, 340 p. ; W. Shan, "Is Calvo Dead", *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, p. 123 et s.

³⁸⁷ C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence - Arthur Rousseau, Paris, 1896, LXI-595 p., paragraphe 256, p. 231. V. également la traduction des travaux de Carlos Calvo par D. R. Shea in *The Calvo clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, 340 p. : « It is certain that aliens who establish themselves in a country have the same right to protection as nationals, but they ought not to lay claim to a protection more extended. If they suffer any wrong, they ought to count on the government of the country prosecuting the delinquents, and not claim from the state to which the authors of the violence belong any pecuniary indemnity (...). The rule that in more than one case it has been attempted to impose on American States is that foreigners merit more regard and privileges more marked and extended than those accorded even to the country where they reside. The principle is intrinsically contrary to the law of equality of nations ».

pourront être mieux traités que les nationaux. Cette égalité de traitement se justifiait au regard de la difficulté, pour ces Etats nouvellement indépendants, d'accorder des avantages aux investisseurs étrangers. Selon eux, elle ne constituait, dès lors, pas une violation des règles du droit international³⁸⁸ ; mais, la solution n'était pas aussi simple, notamment en matière d'expropriation, lorsque l'Etat ne prévoyait l'indemnisation ni de ses ressortissants, ni des étrangers.

La conséquence directe d'une telle position et son élément essentiel tiennent au rejet de toute possibilité, pour les étrangers, de recourir à un mécanisme internationalisé de règlement des différends : le seul recours qui leur était ouvert était celui des tribunaux de l'Etat hôte. La doctrine Calvo s'oppose frontalement à la protection diplomatique et prône l'absence d'interaction de l'Etat de nationalité dans le règlement du différend³⁸⁹. Dès lors, les étrangers ne sont justiciables que devant les tribunaux internes et ne pourront échapper à l'emprise de la juridiction nationale et du droit interne. Les Etats latino-américains ont donc souvent inclus dans leurs contrats cette clause, appelée clause Calvo, qui soumet l'investisseur étranger à la seule juridiction nationale et l'oblige à renoncer par avance à invoquer la protection diplomatique de son Etat national pour l'empêcher d'échapper au droit interne et d'aller vers le droit international. On comprend alors l'impossibilité pour les Etats appliquant cette doctrine de ratifier la Convention de Washington³⁹⁰ – qui internationalise automatiquement le différend – ou de conclure des conventions bilatérales d'investissement comprenant la clause CIRDI, qui faisait nécessairement échapper l'investisseur à la juridiction nationale. Cependant, un mouvement d'adhésion a été lancé dans les années 1980 et dans les années 1990, la plupart des pays d'Amérique latine avaient ratifié la Convention³⁹¹ – même si l'on constate aujourd'hui un mouvement inverse poussant certains de ces Etats à la dénoncer³⁹².

On dénombre, au 1^{er} octobre 2012, 147 Etats parties à la Convention de Washington, auxquels il faut ajouter onze Etats qui avaient signé la Convention, mais ne l'avaient pas ratifiée.

Le caractère universel de ce traité se comprend aisément au regard des objectifs qu'il s'assigne. La Convention de Washington a voulu mettre en place un système universel

³⁸⁸ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 14-16.

³⁸⁹ V. W. D. Verwey et N. J. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, pp. 3-96.

³⁹⁰ Sur la relation compliquée entre les pays d'Amérique latine et le CIRDI, v. M. T. Sprague, "A Courageous Course for Latin America: Urging the Ratification of the ICSID", *Houston Journal of International Law*, vol. 5, 1982, pp. 157-178 ; J. C. Baker et L. J. Yoder, "ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 1989, pp. 75-95 ; C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17.

³⁹¹ Toutefois, le Mexique, le Brésil ainsi que Cuba rejettent encore la Convention de Washington. Quant à la République dominicaine, elle a signé la Convention le 20 mars 2000, mais ne l'a toujours pas ratifiée.

³⁹² La Bolivie a dénoncé la Convention de Washington le 2 mai 2007, l'Equateur a fait de même le 9 juillet 2009 et, ainsi que, plus récemment, le Venezuela le 26 janvier 2012.

moderne, ayant vocation à régler spécifiquement toutes les questions relatives aux investissements, pour permettre leur promotion en vue du développement économique.

2°) Une institution moderne et efficace

La Convention de Washington crée un nouveau type d'arbitrage institutionnalisé, ayant la particularité d'être propre aux investissements et recelant de nombreux avantages au regard d'autres modes de règlement des différends. Mais surtout le CIRDI bouscule le droit international, en prévoyant de nouveaux mécanismes, particulièrement modernes. Ces mécanismes découlent de la volonté des rédacteurs de la Convention de Washington de mettre en œuvre efficacement les objectifs assignés au CIRDI et, en particulier, la promotion du développement économique par les investissements internationaux.

L'une des raisons principales de l'attrait de la Convention de Washington tient au fait que, grâce au CIRDI, les différends relatifs aux investissements échappent à la juridiction des Etats et trouvent ainsi un forum international naturel. Le Rapport des Administrateurs insiste sur l'importance de ce point :

« Cependant l'expérience montre qu'il peut exister des différends que les parties elles-mêmes désirent résoudre par d'autres moyens [que les procédures administratives, judiciaires ou arbitrales prévues par le droit du pays où l'investissement en cause est effectué] ; les accords d'investissement conclus récemment montrent que tant les Etats que les investisseurs estiment fréquemment que leur intérêt mutuel est de prévoir des modes de règlement international »³⁹³.

De plus, c'est le litige direct entre l'investisseur et l'Etat qui est réglé et non un litige médiat, lié au droit de l'Etat dont l'investisseur est ressortissant à voir les dispositions applicables respectées à son égard, comme c'est le cas pour la protection diplomatique³⁹⁴.

La Convention prend, toutefois, soin de rassurer les Etats en leur rappelant que les juridictions internes restent le forum naturel pour le règlement des différends³⁹⁵ et que sa ratification ne

³⁹³ Paragraphe 10 du Rapport des Administrateurs.

³⁹⁴ P. Reuter notait, à cet égard, que « le but général de la Convention [de Washington est] de remplacer dans la mesure la plus large la protection diplomatique classique par une institution plus perfectionnée ». V. P. Reuter, "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" in P. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, P. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées : la Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 14.

³⁹⁵ V. l'alinéa 3 du Préambule de la Convention : « Reconnaissant que (...) ces différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes ».

signifie pas obligatoirement le consentement de l'Etat à se soumettre à la compétence du Centre³⁹⁶.

Un autre avantage du système mis en place par la Convention de Washington tient à la nature des parties et des différends qui lui seront soumis, l'un des principaux problèmes en matière d'investissements internationaux tenant au déséquilibre des forces en présence. Le CIRDI n'a vocation qu'à connaître des différends mixtes, comme cela ressort de l'intitulé même de la Convention de Washington pour le « règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». La Convention de Washington systématise ainsi cette procédure, ce qui n'a pas été sans bouleverser le droit international classique qui se situait dans une perspective essentiellement interétatique.

Le CIRDI est ainsi l'une des premières institutions internationales permanentes offrant un recours juridictionnel individuel aux personnes physiques et morales contre une entité étatique. L'individu avait, certes, fait son apparition sur la scène internationale, soit comme défendeur, sa responsabilité pénale étant recherchée, soit comme demandeur devant des tribunaux *ad hoc* ou des institutions arbitrales où l'Etat était partie au différend, mais cela n'avait pas le même caractère systématique et permanent. Les Etats souhaitaient, en général, conserver « le monopole de l'action en justice dans l'ordre international »³⁹⁷, ce qui explique l'exclusion de tout recours individuel. Ainsi, par exemple, le statut de la Cour internationale de Justice précise que

« seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour »³⁹⁸.

Or, en ratifiant la Convention de Washington, les Etats acceptent de pouvoir être attirés en justice directement par une personne privée dans une instance arbitrale internationale, sans passer par les recours internes et sans filtrage quelconque, ce qui montre la modernité du CIRDI.

Lorsqu'on évoque la personnalité juridique des personnes privées en droit international, c'est en général l'exemple des droits de l'homme ou des juridictions pénales internationales³⁹⁹ qui est retenu. Il faut, toutefois, se rappeler que même si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été adoptée le 4 novembre 1950, elle n'autorisait initialement pas la saisine par les particuliers. Les personnes ne pouvaient que saisir la Commission des droits de l'homme, qui pouvait, elle, transmettre l'affaire à la Cour, dans la mesure où l'Etat avait accepté la clause facultative de juridiction obligatoire. Une

³⁹⁶ V. l'alinéa 7 du Préambule : « Déclarant qu'aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier ».

³⁹⁷ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 768.

³⁹⁸ Article 34, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice.

³⁹⁹ La place de l'individu est alors différente, car plus qu'un sujet ayant un droit de recours individuel, il devient l'objet du différend devant la juridiction internationale.

première ouverture aux individus a été faite avec le Protocole n° 9 du 6 novembre 1990, qui les autorisait à être parties au contentieux, sous réserve encore que l'Etat ait accepté le droit de recours individuel ; mais ce n'est qu'avec le Protocole n° 11, entré en vigueur en 1998, que les particuliers ont un droit de saisine directe de la Cour, du fait de la suppression de la Commission des droits de l'homme. Ce système de filtrage perdure, cependant, dans d'autres mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme⁴⁰⁰, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁴⁰¹. Il faut donc reconnaître la modernité du CIRDI qui, dès 1965, accordait à l'individu un droit de recours direct contre l'Etat, sous réserve, bien évidemment, de son consentement.

La modernité de ce système pouvant effrayer les Etats, la Convention de Washington insiste, cependant, sur son caractère équilibré, en montrant que l'utilisation de l'arbitrage CIRDI peut être dans l'intérêt tant des investisseurs que des Etats, comme le note le Rapport des Administrateurs :

« Bien que l'objectif général de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des Etats hôtes »⁴⁰².

La jurisprudence arbitrale a également insisté sur ce point :

« Thus, the Convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour, the investor and the host State, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and developing countries »⁴⁰³.

Dès lors, le règlement des différends en matière d'investissement se détache de toute considération politique :

⁴⁰⁰ V., sur le droit d'accès individuel aux juridictions en matière de droits de l'homme, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., pp. 762-776.

⁴⁰¹ T. Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", *AJIL*, vol. 76, n° 2, 1982, pp. 231-245 ; M. Leigh, "Inter-American Court of Human Rights", *AJIL*, vol. 78, n° 3, 1984, pp. 681-683 ; B. O. Okere, "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", *Human Rights Quarterly*, vol. 6, n° 2, 1984, pp. 141-159 ; J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, XLVII-488 p. ; A. A. Cançado Trindade et M. M. Alfredo, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, 64 et 66 p. ; A. Cançado Trindade et M. E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de derechos humanos*, San José, 2004, 321 p. ; S. é. Garcia Ramirez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San Jose, 2005, X-1228 p. ; J. Cavallaro et S. Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *AJIL*, Vol. 102, 2008, pp. 768-827 ; E. Salmon Garate, *Jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, GTZ, Lima, 2010, 3 vol., 102, 73 et 88 p..

⁴⁰² Paragraphe 13 du Rapport des Administrateurs. Il se poursuit ainsi : « la Convention permet tant aux Etats hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les Administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir des dispositions qui répondent aux besoins des deux situations ». On sait, toutefois, que l'évolution n'est pas allée vers un équilibre des saisines.

⁴⁰³ CIRDI, *Amco contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence, 25 septembre 1983, paragraphe 23. V. également la sentence du 20 novembre 1984, paragraphe 249.

« The arbitration procedure provided by ICSID offers considerable advantages to both sides. The foreign investor no longer depends on the uncertainties of diplomatic protection but obtains direct access to an international remedy. The dispute settlement process is depoliticized and subjected to objective legal criteria (...). In turn, the host State by consenting to ICSID arbitration obtains the assurance that it will not be exposed to an international claim by the investor's home State »⁴⁰⁴.

Le CIRDI semble donc être une institution plus adaptée que les autres recours ouverts pour un litige relatif aux investissements. Toutefois, ce ne sont pas les seuls atouts de cette institution. La modernité du CIRDI se révèle également par son lien avec le droit international général, qui, il faut l'admettre, reste assez ambivalent : d'une part, les immunités étatiques sont par définition restreintes⁴⁰⁵, ce qui met à mal un principe fondamental du droit international ; mais, d'autre part, le droit international trouve à s'appliquer directement aux relations entre investisseurs et Etats hôtes⁴⁰⁶. La clause de droit applicable, contenue à l'article 42 de la Convention de Washington⁴⁰⁷, prévoit explicitement le recours au droit international, ce qui peut étonner étant donné que l'on considérait souvent, à l'époque, que le droit international n'avait vocation qu'à régler les relations interétatiques. Avec cette clause de droit applicable, apparemment anodine, on admet nécessairement l'application du droit international aux relations transnationales.

La dernière grande particularité tient aux sentences rendues par les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, qui sont susceptibles de reconnaissance et d'exécution de plein droit sur le territoire de tous les Etats parties à la Convention de Washington, sans qu'il soit nécessaire de passer par les procédures de reconnaissance et d'exécution de la convention de New York. La Convention de Washington reconnaît d'elle-même l'*exequatur* de plein droit⁴⁰⁸.

La Convention de Washington institue donc un système complet, pleinement intégré au droit international et relevant exclusivement de cet ordre juridique, qui le dépasse pourtant par sa modernité. Comme le note Christoph Schreuer :

« For the first time, a system was instituted under which non-state entities – corporations or individuals – could sue states directly ; in which state immunity was

⁴⁰⁴ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 416.

⁴⁰⁵ L'immunité d'exécution va, néanmoins, pouvoir jouer lorsqu'une sentence contre l'Etat est prononcée, empêchant l'exécution de celle-ci sur les actifs servant à l'exercice des fonctions publiques de l'Etat. V. not. M. C. Graciarena, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 215 p.

⁴⁰⁶ V., sur l'originalité de la Convention, la Préface de E. Lauterpacht in C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. XI-XIII.

⁴⁰⁷ V. *infra*, p. 491 et s.

⁴⁰⁸ V. les articles 53 et 54 de la Convention de Washington. V. également A. Giardina, "L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 273-293 ; A. Broches, "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 287-334 ; G. Cane, "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?", *American Review of International Arbitration*, vol. 15, 2004, pp. 439-639.

much restricted; under which international law could be applied directly to the relationship between the investor and the host state; in which the operation of local remedies was excluded; and in which the tribunal's award would be directly enforceable within the territories of the state parties »⁴⁰⁹.

Enfin, l'arbitrage CIRDI est également beaucoup plus simple et efficace qu'un arbitrage *ad hoc*, en évitant les procédés dilatoires ou les risques de blocages⁴¹⁰. Ce système contient des règles précises, accompagnées d'un soutien institutionnel facilitant le déroulement de la procédure. Le Centre agit, tout d'abord, comme source d'information, notamment en fournissant une liste des Etats contractants comprenant toutes les indications pertinentes quant à leur participation à la Convention, une liste des Comités d'arbitres, un registre des demandes d'arbitrage ainsi que des archives des différents instruments et des procédures. Ensuite, le Secrétariat apporte un soutien administratif aux procédures d'arbitrage, en fournissant des prestations de traduction, d'interprétariat, de copie... Enfin – et surtout – un Secrétaire est nommé pour chaque tribunal, qui prend les dispositions nécessaires pour les audiences, établit un compte-rendu et prépare la version préliminaire des ordonnances procédurales. Le Secrétaire général est également en charge de tout ce qui concerne le paiement des honoraires et des frais.

Les avantages du CIRDI au regard d'autres modes de règlement des différends peuvent être résumés ainsi :

- « - It provides investors with direct access to a form of settlement of a dispute that they may have with a host State.*
- It extends the possibility of dispute settlement beyond the realm of national courts in the host State.*
- Investors do not depend upon the willingness of their home State to exercise diplomatic protection on their behalf.*
- The enforcement provisions of the ICSID Convention make it highly probable that final ICSID awards will be effectively enforceable »⁴¹¹.*

Ces raisons justifient le grand succès que connaît aujourd'hui le CIRDI, mais ce ne sont pas les seules, cette institution recelant de nombreux avantages.

⁴⁰⁹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. IX.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁴¹¹ A. Reinisch et L. Malintoppi, "Methods of Dispute Resolution" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 691-720, p. 701.

B. Une institution de la Banque mondiale vouée au règlement des différends

Le CIRDI est une institution moderne et originale dans l'ordre international, ce qui aurait facilement pu effrayer les Etats, qui pouvaient désormais se trouver en position de défendeurs face à un simple investisseur. Les rédacteurs de la Convention de Washington ont tenté de les rassurer en faisant du CIRDI une institution complète et autonome (2°), pleinement intégrée à la Banque mondiale (1°).

1°) Un institution intégrée à la Banque mondiale

La Convention de Washington a permis la mise en place du CIRDI, comme il ressort de l'article premier, paragraphe 1, de la Convention :

« Il est institué, en vertu de la présente Convention, un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ».

Le Centre est une institution internationale autonome, jouissant de la pleine personnalité juridique⁴¹². Il fait partie des cinq organisations composant la Banque mondiale, ce qui ressort de plusieurs aspects de son organisation. Son statut est assez particulier du fait de sa place sur la scène internationale. En effet, il ne s'agit pas d'une institution spécialisée des Nations Unies⁴¹³, ni d'un simple organe de la Banque mondiale. C'est une organisation internationale à part entière, qui n'a cependant pas signé d'accord de siège avec les Etats-Unis. Toutes les règles relatives au statut, ainsi qu'aux privilèges et immunités sont donc définies par la Convention de Washington elle-même, dans la section 6 de son Chapitre premier. Quant aux Etats-Unis d'Amérique, à défaut d'accord de siège, ils ont simplement adopté une ordonnance prenant acte que le Centre est une organisation internationale jouissant des privilèges et immunités liés à ce statut⁴¹⁴. On voit dès lors apparaître le lien qui unit la Banque mondiale au CIRDI – du fait de la nature hybride de ce dernier – et qui lui donne ce statut si particulier.

⁴¹² V. les articles 18 à 24 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁴¹³ Dès lors, la Convention de 1947 relative aux privilèges et immunités des institutions spécialisées ne s'applique pas.

⁴¹⁴ V. l'*Executive Order* 11966 des Etats-Unis du 19 janvier 1977 à propos du siège du CIRDI.

Ce lien consubstantiel ressort de diverses dispositions de la Convention. La Banque accepte, en effet, de fournir au Centre les locaux du siège⁴¹⁵ et, le cas échéant, tout autre service et installation administratifs⁴¹⁶. De même, au niveau opérationnel, la Banque accepte de fournir gratuitement des bureaux et de garantir, dans les limites du raisonnable, le financement des principaux frais généraux du Centre pendant un certain nombre d'années après sa création⁴¹⁷. A cet égard, un Mémoire a été adopté le 13 février 1967 relatif aux arrangements administratifs entre la Banque et le Centre⁴¹⁸. Ces dispositions avaient ainsi vocation à simplifier le fonctionnement du Centre⁴¹⁹ et à lui permettre d'être mis en activité plus rapidement.

La volonté de simplicité apparaît également si l'on s'attache à la structure du Centre. Cette organisation est très légère et ne possède que deux organes, le Conseil administratif⁴²⁰ et le Secrétariat⁴²¹. Le Conseil administratif, composé d'un représentant de chaque Etat membre⁴²², a de nombreuses missions, dont celles d'élire le Secrétaire général et le ou les Secrétaires généraux adjoints⁴²³, d'adopter le budget du Centre et les règlements financiers et administratifs. La plupart sont mentionnées à l'article 6 de la Convention de Washington, mais d'autres sont évoquées tout au long de la Convention. Son rôle principal est, cependant, d'adopter les règles de procédure gouvernant l'introduction et le déroulement des conciliations et des arbitrages⁴²⁴.

En effet, la Convention de Washington fixe la mission du CIRDI, mais ne précise pas l'organisation des procédures. Cette omission est volontaire et était en particulier voulue par Aron Broches, qui insistait sur la flexibilité nécessaire de ces règles qui devaient pouvoir évoluer et être amendées en cas de besoin⁴²⁵, mais aussi pouvoir être exclues si les parties le désiraient⁴²⁶. Il a donc fallu, pour un fonctionnement optimal du Centre, que ces dispositions soient complétées par des Règlements, qui ont été adoptés par le Conseil administratif du

⁴¹⁵ V. l'article 2 de la Convention de Washington.

⁴¹⁶ Voir l'article 6(d) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁴¹⁷ *Ibid.*, article 17. Aron Broches expliquait cette disposition par la volonté « *to avoid excessive administrative complexity while insulating the Center from the effects of delay by Contracting States in paying their contributions* ». V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 56.

⁴¹⁸ V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 24-25.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 9 : « *The Convention establishes the Centre (Art. 1) with close administrative ties to the World Bank. These ties were not undisputed during the Convention's preparation but have since proven to be extremely useful* ».

⁴²⁰ V. les articles 4 à 8 de la Convention de Washington.

⁴²¹ *Ibid.*, articles 9 à 11.

⁴²² *Ibid.*, article 4.

⁴²³ *Ibid.*, article 10, paragraphe 1.

⁴²⁴ *Ibid.*, article 6.

⁴²⁵ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 23.

⁴²⁶ V. l'article 44 de la Convention de Washington : « Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage ».

Centre, en vertu de l'article 6(1)(a)-(c) de la Convention. Il existe aujourd'hui un Règlement administratif et financier ; un Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage ; un Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation ; et – le plus pertinent pour l'analyse – un Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage). Les premiers Règlements de conciliation et d'arbitrage ont été adoptés le 2 février 1967, mais ont été plusieurs fois amendés. La version actuelle est entrée en vigueur le 10 avril 2006⁴²⁷.

Le Conseil administratif n'est pas une institution permanente et ne se réunit qu'une seule fois par an, sauf demande contraire de son Président, du Secrétaire général ou d'un certain nombre de ses membres⁴²⁸.

Le lien avec la Banque mondiale ressort, encore une fois, de la composition du Conseil administratif, le Président de la Banque occupant d'office le poste de Président du Conseil, même s'il ne dispose pas du droit de vote⁴²⁹. De même, si l'Etat ne désigne pas un représentant au Conseil administratif du CIRDI, le gouverneur et le gouverneur suppléant qu'il aura nommé pour la Banque occuperont de plein droit les fonctions de représentant et de suppléant au Conseil administratif⁴³⁰. Le Conseil administratif est donc l'organe plénier du Centre, chaque Etat membre y étant représenté.

Le Secrétariat est l'institution permanente du Centre et a vocation à assurer son bon fonctionnement. Il est composé d'un Secrétaire général, d'un ou plusieurs Secrétaires généraux adjoints et de personnel⁴³¹. Le Secrétaire général et le ou les Secrétaires généraux adjoints sont élus par le Conseil administratif, sur présentation du Président, pour une période ne pouvant excéder six ans⁴³². Le Secrétariat général dispose de diverses fonctions administratives. Le Secrétaire général est le représentant, le greffier et le principal fonctionnaire du Centre⁴³³. Un pouvoir spécial lui est accordé, celui de pouvoir refuser l'enregistrement d'une demande de conciliation ou d'arbitrage pour un différend excédant

⁴²⁷ A. de Lotbinière, McDougall et A. Santens, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *International Arbitration Law Review*, vol. 9, n° 4, 2006, pp. 119-122.

⁴²⁸ V. l'article 7 de la Convention de Washington.

⁴²⁹ *Ibid.*, article 5. Cela ne signifie pas qu'il ne possède aucun pouvoir. En effet, il va présider les Conseils administratifs (article 7), mais aussi présenter le Secrétaire général et les Secrétaires généraux adjoints pour l'élection par le Conseil administratif (article 10 (1)), désigner jusqu'à dix personnes sur chacune des listes, de conciliateurs et d'arbitres (article 13 (2)), nommer le ou les conciliateur(s) et arbitre(s) en cas de défaut des parties (article 30 et 38) ou de démission (article 56 (3)) et les membres des comités *ad hoc* (article 52 (3)) et décider, dans certains cas, de toute demande de récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre.

⁴³⁰ V. l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Washington.

⁴³¹ *Ibid.*, article 9.

⁴³² *Ibid.*, article 10.

⁴³³ *Ibid.*, article 11. V. également les articles 7(1), 16(3), 25(4), 28, 36, 49(1), 50(1), 52(1), 54(2), 59, 60(1), 63(b) et 65 de la Convention de Washington. V., pour un commentaire, A. R. Parra, "The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention", *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 13, n° 1, 1998, pp. 85-100 ; ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p.

manifestement la compétence du Centre⁴³⁴. Cela permet de préserver la réputation du Centre, en évitant notamment que certaines manœuvres puissent être dirigées contre les Etats.

Le Centre a donc pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends »⁴³⁵, mais il faut noter que le Centre ne remplira pas lui-même ces fonctions, qui appartiennent aux Commissions de conciliation ou aux Tribunaux arbitraux, conformément aux dispositions de la Convention. A cette fin, le Centre doit, en vertu de l'article 3, tenir une liste de conciliateurs et une liste d'arbitres. Ces fonctions devant être exercées par des personnes de haute compétence et d'une totale indépendance⁴³⁶, les articles 12 à 16 de la Convention précisent le mode et les conditions de leur désignation. Deux considérations vont être particulièrement importantes dans la désignation de ces personnes : l'une est géographique et culturelle, le Président devant vérifier que les « principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique » sont bien représentés dans les listes⁴³⁷ ; alors que l'autre tient plus précisément à la qualité des personnes, l'article 14 de la Convention précisant :

« Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale⁴³⁸, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante »⁴³⁹.

Chaque Etat membre va désigner quatre conciliateurs et quatre arbitres, qui n'auront pas nécessairement sa nationalité et le Président désignera dix personnes – de nationalités différentes – sur chaque liste⁴⁴⁰. Le mandat des personnes désignées court sur six ans – voire plus si une nouvelle personne n'est pas nommée – avec possibilité de renouvellement⁴⁴¹. L'ensemble des conciliateurs et arbitres désignés constitue le *roster*.

Il faut, néanmoins, noter que les arbitres et conciliateurs ne sont pas toujours choisis dans ces listes, ce qui est conforme à l'adage « on choisit ses arbitres, on ne choisit pas ses juges ». La Convention de Washington respecte cette liberté accordée aux parties et les autorise à désigner les personnes de leur choix à condition qu'elles revêtent les qualités requises⁴⁴².

⁴³⁴ V. les articles 28(3) et 36(3) de la Convention de Washington.

⁴³⁵ *Ibid.*, article 1(2).

⁴³⁶ *Ibid.*, article 14 (1).

⁴³⁷ *Ibid.*, article 14 (2). La référence aux principaux systèmes juridiques du monde rappelle l'article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice.

⁴³⁸ On notera, comme Aron Broches, la ressemblance avec l'article 2 du Statut de la Cour internationale de Justice. V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 49.

⁴³⁹ Article 14 (1) de la Convention de Washington.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, article 13.

⁴⁴¹ *Ibid.*, article 15.

⁴⁴² *Ibid.*, article 31, qui prévoit ainsi que : « Les conciliateurs peuvent être pris hors de la liste des conciliateurs ». Ils devront, dans ce cas, posséder les qualités prévues à l'article 14 (article 31, paragraphe 2). Voir également l'article 40 de la Convention de Washington.

Assurant la conciliation et l'arbitrage, le CIRDI apparaît comme un mécanisme complet, ayant vocation à régler tous les différends en matière d'investissement.

2°) Un mécanisme complet de règlement des différends

Le CIRDI est une institution complète – et complexe – comprenant, en son sein, divers mécanismes. La Convention met ainsi en place deux modes de règlement des différends : d'une part, la conciliation⁴⁴³ ; d'autre part, l'arbitrage mixte, entre la personne privée, investisseur, et l'Etat hôte de l'investissement. Mais le CIRDI comprend également deux mécanismes différents, l'un conventionnel, l'autre qualifié de supplémentaire et issu d'une décision du Conseil administratif.

Il convient, en premier lieu, de distinguer conciliation et arbitrage. La conciliation est une procédure dans le cadre de laquelle un conciliateur s'efforce de rapprocher les points de vue en présence et peut présenter un plan de règlement. C'est une solution courante en droit international public, qui est censée être un mode de règlement des différends plus souple et informel. Elle met en jeu un ou plusieurs tiers et aboutit à un rapport suggérant une solution aux parties, solution non exécutoire qui nécessitera pour sa mise en œuvre la coopération des intéressés.

Ce mécanisme n'a été que très rarement utilisé dans le cadre du CIRDI : à la fin de l'année 2011, seules sept affaires avaient été soumises à la conciliation, en vertu de la Convention de Washington⁴⁴⁴. Ce faible succès se justifie par sa procédure, rédigée sur le même modèle que l'arbitrage et, dès lors, très stricte et enserrée dans des conditions de forme et de fond très précises. Tout le chapitre III, comprenant huit articles, est consacré à la procédure de conciliation, détaillant, la demande (Section 1), la constitution de la Commission de conciliation (Section 2) et la procédure devant la Commission (Section 3). Ainsi, le demandeur qui désire entamer la procédure de conciliation doit adresser une requête au Secrétaire général, qui décidera de son enregistrement et la notifiera aux parties. Une Commission de conciliation est alors constituée, suivant l'accord des parties, ou, à défaut, comprenant trois conciliateurs, deux étant nommés par chacune des parties et le troisième par

⁴⁴³ V. les articles 28 à 35 de la Convention de Washington.

⁴⁴⁴ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, 2012, Washington, 27 p., p. 8.

accord entre elles⁴⁴⁵. L'article 34, paragraphe 1, de la Convention de Washington rappelle la fonction de la conciliation :

« La Commission a pour fonction d'éclaircir les points en litige entre les parties et doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. A cet effet, la Commission peut à une phase quelconque de la procédure et à plusieurs reprises recommander aux parties les termes d'un règlement. Les parties doivent collaborer de bonne foi avec la Commission afin de lui permettre de remplir ses fonctions et doivent tenir le plus grand compte de ses recommandations ».

Trois issues sont possibles dans cette procédure : soit les parties parviennent à un accord qui sera repris dans un procès-verbal dressé par la Commission ; soit cette dernière dresse un procès-verbal constatant que les parties n'ont pu parvenir à un accord ; soit encore la procédure aboutit à un désistement. 33% des affaires ont donné lieu à un désistement, les autres aboutissant à un procès-verbal⁴⁴⁶, qui, dans la plupart des cas, constate que les parties ne sont pas parvenues à un accord⁴⁴⁷.

La conciliation dans le cadre du CIRDI suit ainsi une procédure très rigide, ressemblant beaucoup à celle de l'arbitrage, ce qui fait perdre toute flexibilité et donc toute utilité réelle à ce mode de règlement des différends. Des mécanismes plus souples de conciliation sont, par exemple, prévus dans le cadre de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements⁴⁴⁸. En effet, souhaitant également rassurer les investisseurs et créer un climat favorable aux investissements, l'AMGI prévoit des mécanismes de règlement des différends, précisés à l'annexe II de la Convention de Séoul. L'article 3 précise les conditions de la conciliation. Les parties doivent tenter de s'entendre par voie de négociations, mais le cas échéant, elles peuvent recourir, si elles le décident d'un commun accord, à la conciliation exercée par un conciliateur qu'elles devront nommer – ou, qu'à défaut, une autorité de nomination désignera. Il revient alors au conciliateur de soumettre, dans un délai de 180 jours, un rapport exposant la façon de régler les différends. Les parties vont, ensuite, s'emparer du rapport et échanger leurs vues jusqu'à ce qu'elles parviennent à une solution ou qu'elles renoncent à un règlement par conciliation et se tournent vers l'arbitrage⁴⁴⁹. On comprend bien qu'entre la très grande

⁴⁴⁵ Si, dans un délai de 90 jours après la notification, la Commission n'est pas constituée, alors le Président, sur demande d'une des parties et après leur consultation, nomme celle-ci.

⁴⁴⁶ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, 2012, Washington, 27 p., p. 14.

⁴⁴⁷ Ainsi, seulement deux affaires ont abouti à des procès-verbaux constatant l'accord des parties.

⁴⁴⁸ V. l'article 23 de la Convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11 octobre 1985. Le point b) précise que l'Agence « i) encourage le règlement à l'amiable des différends entre investisseurs et pays d'accueil ».

⁴⁴⁹ Il est intéressant de noter, à cet égard, que le recours à l'arbitrage suite à une conciliation est limitée dans le cadre de l'AMGI, l'annexe II à la Convention de Séoul prévoyant que : « g) Aucune partie à une procédure de conciliation ne peut recourir à l'arbitrage à moins que : i) le conciliateur n'ait pas présenté son rapport dans le délai fixé à la section e) ci-dessus ; ou que ii) les parties n'aient pas accepté certaines des propositions contenues dans le rapport dans les 60 jours suivant sa réception ; ou que iii) les parties, après un échange de vues sur le rapport, n'aient pu s'entendre sur un règlement de tous les points en litige dans les 60 jours suivant la réception du rapport du conciliateur ; ou que iv) une partie n'ait pas exposé ses vues sur le rapport comme il est prescrit à la section f) ci-dessus ».

souplesse du mécanisme politique de l'AMGI et la grande sécurité de l'arbitrage CIRDI, il ne demeure plus beaucoup de place pour la conciliation dans le cadre du Centre.

Quant à l'arbitrage CIRDI, il obéit aux règles traditionnelles en matière d'arbitrage international. On pourrait reprendre, à son égard, l'expression utilisée par Louis Renault au sujet de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), à savoir qu'il s'agit d'une « succession de tribunaux éphémères dans un cadre permanent »⁴⁵⁰. Le cadre du CIRDI est permanent, mais des arbitres seront choisis pour chaque différend. La procédure d'arbitrage est décrite comme celle de la conciliation, dans le Chapitre IV, qui traite de la demande d'arbitrage (Section 1), de la constitution du Tribunal (Section 2), des pouvoirs et des fonctions du Tribunal (Section 3), mais également de la sentence (Section 4), de son interprétation, révision ou annulation (Section 5) et de sa reconnaissance et exécution (Section 6). En tout, dix-neuf articles sont consacrés à l'arbitrage, ayant vocation à détailler l'ensemble de la procédure, en vue d'éviter les mesures dilatoires ou les blocages⁴⁵¹, mais aussi pour permettre la mise en place d'un système complet et autonome, n'ayant besoin de recourir à aucun autre ordre juridique pour être pleinement efficace.

La procédure commence par une demande d'arbitrage faite par l'une des parties sous forme de requête au Secrétaire général⁴⁵², qui a le pouvoir de décider ou non de l'enregistrer et, le cas échéant, doit la notifier à l'autre partie⁴⁵³. Un tribunal arbitral est alors constitué, suivant l'accord des parties, composé soit d'un arbitre unique, soit de trois membres et, dans de rares cas, de cinq, selon le principe de l'imparité⁴⁵⁴. En l'absence d'accord, c'est au Président qu'il revient de trancher. La procédure suit ensuite son cours, conformément à la Convention de Washington et au Règlement d'arbitrage, jusqu'à ce que le Tribunal arbitral parvienne à une sentence. La sentence est obligatoire et s'impose comme un jugement définitif. Elle est reconnue de plein droit par l'ensemble des Etats membres et doit être exécutée d'office sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'*exequatur* des juridictions internes⁴⁵⁵. De plus, les cas de possible annulation de la sentence sont prévus par la Convention de Washington et sont très restreints, se limitant au vice dans la constitution du Tribunal, à l'excès de pouvoir manifeste,

⁴⁵⁰ La citation est reprise par P. Juillard in "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 680.

⁴⁵¹ V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 9 : « *The Convention provides a watertight system against the frustration of proceedings by a recalcitrant party* ».

⁴⁵² V. l'article 36 de la Convention de Washington.

⁴⁵³ *Ibid.*, article 36 (3) : « Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre ».

⁴⁵⁴ V. la Section 2 – « De la constitution du Tribunal » - du Chapitre IV – « De l'arbitrage » - de la Convention de Washington.

⁴⁵⁵ V. la Section 6 – « De la reconnaissance et de l'exécution de la sentence » - du Chapitre IV – « De l'arbitrage » - de la Convention de Washington.

à la corruption d'un de ses membres, à l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure ou au défaut de motif⁴⁵⁶.

Cependant, un certain nombre d'affaires soumises au CIRDI se concluent finalement par une transaction entre les parties. L'article 43 du Règlement d'arbitrage du CIRDI détaille le Règlement amiable et le désistement mutuel :

« (1) Si les parties, avant que la sentence ne soit rendue, sont d'accord pour régler le différend à l'amiable ou conviennent de mettre autrement fin à l'instance, le Tribunal, ou le Secrétaire général si le Tribunal n'est pas encore constitué, prend note de la fin de l'instance sur requête écrite des parties, par voie d'ordonnance ».

Au début de l'année 2012, sur 230 affaires enregistrées, 56 avaient abouti à des transactions, soit 39%⁴⁵⁷.

En dehors de ces voies conventionnelles, d'autres modes de règlement des différends sont intégrés au système CIRDI. En effet, le règlement des différends ne passe pas seulement par la Convention de Washington. Un Mécanisme supplémentaire a été créé en 1978, de façon à permettre le règlement des litiges lorsqu'un seul des Etats en cause – soit l'Etat hôte, soit l'Etat de nationalité – est partie à la Convention⁴⁵⁸. Il met en place ses propres procédures et règles et vient s'ajouter au mécanisme conventionnel. Il constitue une sorte d'excroissance du CIRDI, n'étant pas créé par la Convention mais par une décision du Conseil administratif du CIRDI, en vertu de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention de Washington⁴⁵⁹. Sur le fondement de cette clause, le Conseil administratif a pu adopter le règlement instituant le Mécanisme supplémentaire, qui peut donc être modifié dans les mêmes conditions par le Conseil administratif du CIRDI. Ce Mécanisme supplémentaire comprend trois éléments : un règlement de constatation des faits, un règlement de conciliation et un règlement d'arbitrage. Les règlements de conciliation et d'arbitrage reproduisent les principes de la Convention. Ainsi, les Etats, même s'ils ne sont pas parties à la Convention, peuvent-ils voir leurs litiges réglés par le CIRDI.

Initialement créé pour une période d'essai de cinq ans⁴⁶⁰, ce mécanisme s'est avéré assez important quantitativement, en particulier pour les affaires concernant l'ALENA, le Canada et le Mexique n'étant pas parties à la Convention de Washington. Or, le chapitre 11 de l'Accord prévoit que tout investisseur peut recourir, en cas de différend, soit aux tribunaux de l'Etat d'accueil, soit à l'arbitrage et, dans ce dernier cas, il est prévu que :

⁴⁵⁶ V. l'article 52 de la Convention de Washington.

⁴⁵⁷ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, 2012, Washington, 27 p.

⁴⁵⁸ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299.

⁴⁵⁹ L'article 6, paragraphe 3, de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats dispose : « Le Conseil administratif exerce également toutes autres attributions qu'il estime nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention ».

⁴⁶⁰ Le Mécanisme supplémentaire a principalement été maintenu du fait qu'un certain nombre de traités bilatéraux relatifs aux investissements y faisaient référence.

« Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

- a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention ;
- b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI ; ou
- c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI »⁴⁶¹.

Le Mécanisme supplémentaire s'est donc avéré très utile dans le cadre de l'ALENA. Il étend, en outre, la compétence *ratione materiae* du Centre en permettant de résoudre des différends qui ne concernent pas directement un investissement. Au titre du Mécanisme supplémentaire, les Etats peuvent, en vertu de l'article 2 b) du Règlement, demander au CIRDI de résoudre des différends économiques, qui ne sont pas en relation directe avec un investissement et qui ne tomberaient pas dans le champ de compétence institué par la Convention de Washington, tel que défini par l'article 25. Cette disposition prévoit des :

« procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement de différends juridiques ne relevant pas de la compétence du Centre parce qu'ils ne sont pas en relation directe avec un investissement, pourvu que l'Etat qui est partie au différend ou l'Etat dont le ressortissant est partie au différend soit un Etat contractant »⁴⁶².

On comprend alors que le succès du Mécanisme supplémentaire lui ait permis de perdurer bien au-delà de ses cinq ans initialement prévus. Néanmoins, cette solution, certes pratique, tend à être préjudiciable à la sécurité et à la stabilité juridique, les arbitrages n'étant alors plus soumis aux mêmes conditions.

En effet, même si la procédure conventionnelle et celle du Mécanisme supplémentaire sont très proches, une différence de taille les oppose, qui tient à la reconnaissance et à l'exécution des sentences. Dans le cadre conventionnel, les sentences CIRDI sont obligatoires et exécutoires de plein droit sur le territoire de l'ensemble des parties contractantes, en vertu des articles 53 et 54 de la Convention de Washington. L'article 53 dispose, en effet, que « la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut faire l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention »⁴⁶³. Bien évidemment, cet article ne s'applique pas dans le cadre du Mécanisme supplémentaire, le Conseil administratif ne pouvant étendre la portée de l'article 53 en dehors du cadre conventionnel. Les sentences prises à ce titre seront donc soumises aux recours de droit commun, dont la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, si l'Etat y est partie, ou aux

⁴⁶¹ Article 1120, paragraphe 1, de l'ALENA sur la « Soumission d'une plainte à l'arbitrage ». V. également la Section B – « Règlement des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie » – du chapitre 11 : articles 1115 à 1138.

⁴⁶² Article 2, b), du Règlement du Mécanisme supplémentaire.

⁴⁶³ V. la Section 6 « De la reconnaissance et de l'exécution de la sentence » de la Convention de Washington.

recours offerts par le droit de l'Etat du for. Ainsi, par exemple, la sentence rendue dans l'affaire *Metalclad contre Mexique*⁴⁶⁴ a fait l'objet d'un examen judiciaire par les tribunaux de Colombie britannique, lieu du siège du tribunal arbitral. Le Mécanisme supplémentaire offre donc moins de sécurité que la Convention, mais il a quand même permis de pallier les inconvénients liés, par exemple, à la non-ratification de la Convention de Washington. Le Centre apparaît donc comme un système aussi complet que possible.

Toute l'organisation du CIRDI est tournée vers son efficacité, les procédures devant lui étant autonomes, à savoir indépendantes de tout organe externe et, en particulier, des tribunaux nationaux. Dès lors, le lieu de la procédure⁴⁶⁵, qui joue un rôle extrêmement important d'ordinaire dans l'arbitrage, n'a plus réellement de conséquence juridique⁴⁶⁶, même s'il a pu faire l'objet de décisions des tribunaux CIRDI, les parties ne parvenant pas à se mettre d'accord⁴⁶⁷. Il faut, toutefois, noter que cela ne vaut que pour le mécanisme conventionnel, le Mécanisme supplémentaire étant soumis, quant à lui, aux règles de reconnaissance et d'exécution du lieu de l'arbitrage⁴⁶⁸.

Parallèlement, tout est fait pour que la non-coopération d'une partie à la procédure ne mette pas à mal le déroulement de l'arbitrage. Ainsi, la Convention de Washington prévoit-elle que si une partie refuse de nommer un arbitre, il sera nommé par le Centre⁴⁶⁹; de même, la non-présentation de mémoires ou l'absence d'une partie aux audiences n'interrompt pas la

⁴⁶⁴ Voir, par ex., CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique* (ARB (AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, et les décisions de la Cour Suprême de Colombie britannique dans l'affaire *Mexique c. Metalclad Corporation*.

⁴⁶⁵ V. les articles 62 et 63 de la Convention de Washington, consacrés au « lieu de la procédure ». V. également C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 1244-1257.

⁴⁶⁶ Il est, néanmoins, recommandé que la procédure se déroule dans un Etat partie à la Convention de Washington, de façon à ce que ce dernier soit assujéti aux garanties d'indépendance et de non-ingérence qu'elle fixe. Cela évite ainsi toute interférence des juridictions locales, qui seront alors liées par l'article 26 de la Convention. De plus, cela permet d'avoir une application efficace des dispositions sur l'organisation de l'arbitrage, notamment celles relatives aux immunités du personnel du Centre et des arbitres.

⁴⁶⁷ V. not. CIRDI, *ADF Group Inc v. United States* (ARB(AF)/00/01), injonction de procédure n°2, 7 janvier 2001. ADF, entreprise canadienne, avait eu recours au Centre en vertu du Mécanisme supplémentaire et en se fondant sur l'ALENA contre les Etats-Unis d'Amérique. Elle se plaignait de violations du traitement national, du standard minimum et de l'interdiction de contraintes d'exploitation. En effet, les Etats-Unis avaient adopté une nouvelle réglementation, au titre du *Federal Surface Transportation Assistance Act* de 1982, obligeant les entreprises qui bénéficiaient de fonds fédéraux, à utiliser de l'acier produit aux Etats-Unis pour la construction des routes. Le lieu de l'arbitrage a posé de nombreux problèmes dans cette affaire, du fait que le requérant se fondait sur le Mécanisme supplémentaire et non sur la Convention de Washington. Dès lors, le lieu de l'arbitrage aurait des conséquences sur la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Alors qu'ADF souhaitait que l'arbitrage se déroule à Montréal, les Etats-Unis d'Amérique ont obtenu gain de cause et l'arbitrage s'est déroulé à Washington, DC. V. également CIRDI, *Waste Management contre Mexique* (ARB(AF)/00/3), décision sur le lieu de l'arbitrage, 26 septembre 2001.

⁴⁶⁸ De ce fait, l'article 19 du Règlement d'arbitrage du Mécanisme supplémentaire prévoit que « Les instances d'arbitrage ne peuvent se dérouler que dans les Etats qui sont parties à la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958) ». Il revient au Tribunal, après consultation des parties et du Secrétariat, de déterminer le lieu de l'arbitrage (article 20).

⁴⁶⁹ V. l'article 38 de la Convention de Washington.

procédure⁴⁷⁰ ; la sentence est, enfin, exécutoire et définitive et ne peut être révisée que dans les conditions fixées par la Convention elle-même⁴⁷¹.

Le CIRDI offre non seulement un système complet et efficace, mais également de nombreux avantages pour le règlement des différends et, finalement, le développement des investissements.

Or, ce mécanisme d'arbitrage n'aurait pu mettre en place, à lui seul, un nouvel ordre juridique. Seul l'effet conjugué des traités bilatéraux d'investissement et de la Convention de Washington, tous deux sous-tendus par des objectifs communs, a permis de créer une véritable politique internationale des investissements. Ainsi, même si la Convention de Washington a créé le CIRDI, c'est la référence constante qui y est faite dans les traités bilatéraux d'investissement qui a permis au Centre de se développer.

PARAGRAPHE 2. LA RESTAURATION D'UN CLIMAT FAVORABLE AUX INVESTISSEMENTS

La Convention de Washington constitue, sans nul doute, une étape essentielle dans l'affirmation d'un ordre juridique propre, mais ce n'est que grâce aux traités bilatéraux d'investissement que l'institution a pu prendre son essor. La mise en place d'un réseau universel de conventions bilatérales d'investissement, contenant toutes une disposition prévoyant l'arbitrage CIRDI (B), a permis de recréer un climat favorable aux investissements (A).

A. Des efforts conjoints

La restauration d'un climat favorable aux investissements ne pouvait passer que par la ratification, non seulement de la Convention de Washington, mais aussi d'un réseau de traités bilatéraux d'investissement. Même s'il est difficile d'évaluer l'impact réel de la signature de ces traités (2°), il faut noter que leur rejet envoyait inévitablement un très mauvais signal aux

⁴⁷⁰ *Ibid.*, article 45.

⁴⁷¹ *Ibid.*, articles 49 à 52.

investisseurs, car c'est bien une politique d'incitation des investissements internationaux qui est mise en place par ces accords (1°).

1°) Une politique de développement fondée sur les investissements internationaux

La chute du bloc communiste et la reconnaissance universelle du rôle essentiel des investissements étrangers ont conduit à une explosion du nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus. En effet, la prédominance de l'idéologie libérale et, avec elle, la fin de la méfiance à l'égard de l'investissement étranger a fait des conventions bilatérales d'investissement et de la Convention de Washington les pierres angulaires de la politique de développement économique. Cela ressort aisément des objectifs affirmés par ces instruments.

Ainsi, par exemple, les préambules des conventions relatives à l'encouragement et à la protection réciproques des investissements conclues par la France mentionnent systématiquement que les Parties sont

« Persuadé[e]s que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux entre les deux pays dans l'intérêt de leur développement économique »⁴⁷².

Le lien entre investissement étranger et développement est ainsi immédiatement posé. De même, dans les accords signés par l'Allemagne, les parties reconnaissent systématiquement que le développement de l'investissement international permettrait « d'augmenter la prospérité des deux nations »⁴⁷³. Dans le modèle américain, sont évoqués à la fois le développement économique et l'amélioration des conditions de vie :

« Recognizing that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

*Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards »*⁴⁷⁴.

De même est affirmé, dans la Convention de Washington elle-même, le rôle fondamental des investissements pour le développement économique. Il ressort, en effet, du Préambule, que

⁴⁷² TBI, France – Egypte, 1974 ; TBI, France – République démocratique du Soudan, 1978.

⁴⁷³ V. not. TBI Allemagne – République Centrafricaine, 1965 ; TBI Allemagne – Dominique, 1984.

⁴⁷⁴ Modèles des Etats-Unis de 2004 et de 2012.

l'objectif premier et fondamental du CIRDI est le développement économique des Etats. C'est ce que note le Rapport des Administrateurs :

« En soumettant la Convention ci-jointe aux gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique »⁴⁷⁵.

On comprend bien alors la philosophie des rédacteurs de la Convention : le développement pourra être atteint uniquement par les investissements étrangers. L'importance des investissements privés pour le développement économique a été depuis longtemps révélée et son efficacité semble dépasser celle de l'aide au développement. C'est ce qui ressort du premier alinéa du Préambule⁴⁷⁶ :

« Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux »⁴⁷⁷.

Ainsi « l'objectif général de la Convention [est] d'encourager l'investissement privé international »⁴⁷⁸, en vue de parvenir au développement économique. Ce lien avec le développement économique n'a pas été sans incidence, notamment sur la définition de l'investissement⁴⁷⁹.

Il faut alors développer un climat favorable aux investissements, ce que va faire le Centre en permettant un règlement internationalisé des différends ; aux termes du Rapport des Administrateurs :

« La création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre Etats et investisseurs étrangers peut constituer une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle et permettre ainsi de stimuler un plus large accès du capital international aux pays qui désirent l'attirer chez eux »⁴⁸⁰.

Le raisonnement est simple : en établissant un mécanisme de règlement des différends adapté aux investissements internationaux, on met en place un climat favorable aux investissements, permettant de développer les flux de capitaux et ainsi de fournir un plus large accès au capital international, seul à même de promouvoir le développement économique. Dès lors, on comprend que « l'adhésion d'un pays à la Convention pourrait constituer un attrait

⁴⁷⁵ Paragraphe 9 du Rapport des Administrateurs.

⁴⁷⁶ Pour un commentaire du Préambule de la Convention, v. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 1-9.

⁴⁷⁷ Premier alinéa du Préambule de la Convention de Washington.

⁴⁷⁸ Paragraphe 13 du Rapport des Administrateurs.

⁴⁷⁹ V. *infra*, p. 344 et s.

⁴⁸⁰ Paragraphe 9 du Rapport des Administrateurs.

additionnel et stimuler un large apport de capitaux privés internationaux dans son territoire, ce qui correspond à l'objet principal de la Convention »⁴⁸¹.

Le nombre de ratifications de la Convention instituant le CIRDI s'explique par le rôle symbolique important et la mission essentielle de ce dernier en matière d'investissement. Un pays en développement, qui ne ratifierait pas la Convention de Washington, ne pourrait attirer des investisseurs étrangers et mener une politique incitative des investissements. Il sera présumé mener une politique dissuasive, ce qui explique le succès de la Convention auprès des pays en développement.

Le CIRDI a donc été conçu comme un instrument de développement économique, faisant bien l'équilibre entre les pays importateurs de capitaux, d'une part, et les pays exportateurs ou les investisseurs d'autre part. Les premiers voyaient dans la ratification de la Convention de Washington un moyen d'attirer de nouveaux investisseurs étrangers en améliorant le climat d'investissement, et ainsi, si l'on suit la logique de la Convention, de contribuer à leur développement économique, tout en se protégeant contre d'autres formes de règlement des différends⁴⁸², comme la protection diplomatique⁴⁸³. Les seconds faisaient en sorte que leur investissement soit protégé et, le cas échéant, pouvaient accéder directement à un *forum* international efficace, dans l'hypothèse où un litige naîtrait⁴⁸⁴. En effet, la sécurité juridique est un élément essentiel dans la décision d'investir et se trouve très largement renforcée par ce mode de règlement des différends.

Le Rapport des Administrateurs insiste ainsi sur le fait que « les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des Etats hôtes »⁴⁸⁵. Cela justifie que la procédure devant le CIRDI puisse être entamée aussi bien par l'investisseur étranger que par l'Etat hôte. C'est ce que note le Rapport des Administrateurs, qui insiste sur le fait que les dispositions prévues « répondent aux besoins des deux situations »⁴⁸⁶. Il faut, néanmoins, remarquer dès maintenant que dans la très grande majorité des cas, l'investisseur lance la procédure. Il demeure que :

« la Convention a pour but de protéger dans la même mesure et avec la même vigueur l'investisseur et l'Etat d'accueil, sans oublier que protéger les investissements c'est

⁴⁸¹ Paragraphe 12 du Rapport des Administrateurs.

⁴⁸² V. l'article 26 de la Convention de Washington : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. »

⁴⁸³ V. l'article 27 de la Convention de Washington : « (1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend. ».

⁴⁸⁴ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. XI.

⁴⁸⁵ Paragraphe 13 du Rapport des Administrateurs.

⁴⁸⁶ *Id.*

protéger l'intérêt général du développement et des pays en voie de développement »⁴⁸⁷.

Cet équilibre des intérêts devait permettre le plus grand nombre de ratifications de la Convention de Washington, dans la relation triangulaire des investissements internationaux. Les pays en développement avaient toutes les raisons d'adhérer à la Convention, condition d'un développement des investissements sur leur territoire ; les pays exportateurs, quant à eux, souhaitaient soutenir leurs investisseurs et leur fournir la sécurité juridique nécessaire à la décision d'investir. On comprend alors bien la vocation universelle de la Convention de Washington et le succès qu'elle a connu.

L'équilibre caractérisant la Convention de Washington ne se retrouve, toutefois, pas dans les conventions bilatérales d'investissement. Les modèles de traités bilatéraux d'investissement, conçus par les pays exportateurs de capitaux, avaient clairement pour objectif d'accorder des droits aux investisseurs, plutôt qu'aux Etats. Le *do ut des*, qui motivait les pays en développement lorsqu'ils ratifiaient ce genre d'accord, ne se situait pas dans son texte, mais dans la volonté d'attirer les investissements étrangers en vue de leur développement économique. Cela conduit à s'interroger sur l'impact réel de la ratification de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement sur les flux de capitaux et le développement économique.

2°) L'impact du CIRDI et des conventions bilatérales d'investissement

L'impact du CIRDI et des traités bilatéraux d'investissement doit être étudié en termes absolus – en l'absence de tels accords – mais aussi en termes relatifs, dans le cas où un Etat refuserait individuellement de les ratifier.

Il faut d'abord se demander si le droit international général aurait été à même de rassurer les investisseurs, en l'absence de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement. Or, il faut noter que le droit international ne fixait qu'un régime très incomplet de l'investissement international, ses dispositions conventionnelles étant éparées, ses coutumes difficiles à définir et ses principes généraux contestables⁴⁸⁸. Ce constat

⁴⁸⁷ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 27.

⁴⁸⁸ V. CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p., p. 15. V. également J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136, pp. 69-70.

d'impuissance du droit international général à définir un régime précis de l'investissement étranger a été mis en lumière par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

« Compte tenu des importants évènements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des Etats, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts. Des rapports essentiellement bilatéraux sont en cause où les droits des Etats qui exercent la protection diplomatique et des Etats à l'égard desquels une protection est demandée ont dû être également sauvegardés. Dans ce domaine comme dans d'autres, un ensemble de règles n'aurait pu mûrir qu'avec l'assentiment des intéressés. Les difficultés auxquelles on se heurte se reflètent dans l'évolution du droit en la matière »⁴⁸⁹.

Cela était d'autant plus vrai que certaines des préoccupations essentielles des investisseurs ne trouvaient pas de solution en droit international, comme, par exemple, la question des transferts monétaires. L'imprécision de la coutume et l'impossibilité d'avoir recours à un *forum* détaché de l'Etat d'accueil nuisaient encore davantage à la confiance des investisseurs. Le droit international général ne semblait donc pas adapté ou, en tout cas, n'aurait pas permis de rassurer les investisseurs et de restaurer un climat favorable à l'investissement. Un constat similaire s'impose pour le droit interne des Etats : même si une législation favorable aux investisseurs était adoptée, la risque de révision demeurerait, d'autant qu'on reprochait à ces Etats leur instabilité réglementaire.

On comprend alors pourquoi les pays en développement, qui étaient encore réfractaires à l'idée de ratifier des traités bilatéraux d'investissement ou la Convention de Washington, ont finalement suivi le mouvement. Ils ont compris qu'ils étaient la condition nécessaire pour restaurer un climat favorable à l'investissement, renonçant ainsi à toute revendication d'un Nouvel ordre économique international. De même, les pays d'Amérique latine ont peu à peu commencé à ratifier ces instruments, malgré leur attachement traditionnel à la doctrine Calvo. Le changement de mentalité et l'attrait exercé par les capitaux étrangers ont eu pour conséquence l'abandon de cette doctrine et le succès des traités internationaux relatifs aux investissements. En effet, un Etat ne pouvait espérer envoyer un signal positif aux investisseurs qu'en acceptant ces accords et en ratifiant la Convention de Washington.

⁴⁸⁹ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique contre Espagne), arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 3, paragraphe 89, pp. 46-47.

Ainsi, alors qu'il n'existait que quelques centaines d'accords bilatéraux d'investissement à la fin des années 1980, leur nombre a augmenté de façon exponentielle par la suite pour atteindre près de trois milles aujourd'hui⁴⁹⁰. C'est ce que l'on peut appeler, pour reprendre les termes de Kenneth J. Vandeveld, l'ère mondiale ou *global era*⁴⁹¹. Les similitudes de ces accords, ainsi que leur nombre, créent un régime uniforme applicable aux investissements internationaux, condition à la restauration d'un climat favorable aux investissements.

Cependant, malgré le succès de ces instruments internationaux, des incertitudes demeurent quant à l'impact réel des conventions bilatérales d'investissement sur les flux de capitaux⁴⁹². Même si l'on ne peut en déterminer l'influence exacte, il est certain que ces traités ne peuvent suffire pour attirer les investisseurs et que d'autres critères vont motiver la décision d'investir dans un Etat.

Plusieurs études économétriques⁴⁹³ ont tenté d'évaluer l'effet des conventions bilatérales d'investissement sur les flux d'investissement direct. Néanmoins, une telle évaluation semble difficile, d'autant plus que les conditions déterminant un investissement varient grandement. Les conclusions divergent donc en fonction des études, sans qu'on puisse déterminer un impact réel. Certaines études ont pu considérer que l'impact était très faible, voire inexistant, alors que d'autres ont conclu à une incidence considérable.

La première analyse économétrique, menée par la CNUCED, a conclu à l'absence d'effet des traités bilatéraux d'investissement sur le court terme, mais a constaté un effet limité sur le moyen et long terme⁴⁹⁴. L'étude Hallward-Driemeier, quant à elle, constate que les flux

⁴⁹⁰ A la fin de l'année 2011, il existait 2 833 traités bilatéraux d'investissement, qui appartenaient à un réseau de 3 164 accords relatifs aux investissements. V. CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 84-92

⁴⁹¹ V. K. J. Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194, pp. 175-184.

⁴⁹² V. récemment S. Rose-Ackerman et J. L. Tobin, "Do BITs Benefit Developing Countries?" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 131-144 ; A. Joubin-Bret, "BITs of the Last Decade: A Ticking Bomb for States?" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 145-156 ; C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-375 p.

⁴⁹³ V. not. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p. ; M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, Washington, 2003, 36 p. ; S. Rose-Ackerman et J. Tobin, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Law & Economics Research Paper No. 293, New Haven, 2005, 51 p. ; E. Neumayer et L. Spess, "Do Dilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, vol. 33, n° 10, 2005, pp. 1567-1585 ; J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136.

⁴⁹⁴ La CNUCED analysait l'impact de 200 traités bilatéraux d'investissement sur la période de 1971 à 1994. L'analyse sur les trois ans précédant la conclusion et les trois années suivantes n'avait révélé aucun effet et ce n'est que l'étude globale qui révèle un certain impact, toutefois trop limité pour agir de façon notable sur les flux d'investissement. V. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p. Une étude plus récente aboutit à la même conclusion, à savoir que l'effet immédiat des traités bilatéraux d'investissement est beaucoup moins prononcé que leur effet à long terme. V. P. Egger et V. Merlo, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics", *The World Economy*, vol. 30, n°10, 2007, pp. 1536-1549.

d'investissement ont rapidement augmenté suite à la conclusion de traités bilatéraux d'investissement dans la période 1980-2000, mais elle ne considère pas pour autant qu'il existe un lien de causalité entre l'augmentation des flux et les accords, ces derniers ne faisant que compléter l'amélioration générale des institutions et de la protection des investissements⁴⁹⁵. Inversement, l'étude Egger et Pfaffermayr de 2004 constate que les traités bilatéraux d'investissement ont un impact important sur les flux d'investissement, notant que la simple signature d'un traité bilatéral a un effet positif sur les stocks d'investissements directs étrangers⁴⁹⁶, même s'il demeure que seule la ratification a une réelle influence⁴⁹⁷. De même, l'étude Büthe et Milner considère qu'il existe un lien de causalité direct entre l'attractivité d'un Etat pour les investisseurs et le nombre de traités bilatéraux ratifiés⁴⁹⁸. Cette dernière est intéressante, car même si elle constate une corrélation significative entre la conclusion de traités bilatéraux d'investissement et leurs stocks de capitaux, elle ne conseille pas aux pays en développement de ratifier de tels accords, ceux-ci limitant leur marge de manœuvre et présentant un coût financier important en cas de violation. Elle leur conseille, au contraire, de procéder à un bilan précis des coûts et avantages. Une autre étude est intéressante, car elle compare les effets des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats-Unis à ceux des traités conclus par d'autres pays de l'OCDE. Le modèle américain, qui est plus protecteur que les autres accords, semble induire des flux d'investissement plus grands, même en provenance d'investisseurs non originaires des Etats-Unis d'Amérique⁴⁹⁹.

Face à la disparité des conclusions de ces diverses études, des auteurs ont tenté de prendre un échantillon de données plus large, se fondant sur 119 pays et sur une période plus longue, allant de 1970 à 2001. Ils sont parvenus à la conclusion que la ratification des traités

⁴⁹⁵ M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, Washington, 2003, 36 p. V. également, pour une étude concluant aussi à l'effet marginal des traités bilatéraux d'investissement, S. Rose-Ackerman et J. Tobin, "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties", *William Davidson Institute Working Paper* n° 587, 2003, 68 p. Toutefois, une étude plus récente des mêmes auteurs constate que le nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par un Etat a un impact positif sur les entrées d'investissement. V. S. Rose-Ackerman et J. Tobin, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Law & Economics Research Paper No. 293, New Haven, 2005, 51 p.

⁴⁹⁶ Cette influence est quantifiée par les auteurs, qui constatent une augmentation de 15 à 30 pour cent des flux.

⁴⁹⁷ P. Egger et M. Pfaffermayr, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment", *Journal of Comparative Economics*, vol. 32, n°4, 2004, pp. 788-804.

⁴⁹⁸ T. Büthe et H. V. Milner, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis" in L. E. Sachs et K. P. Sauvant, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 171-225.

⁴⁹⁹ J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136. A l'opposé, l'étude de Gallagher et Birch – qui portait certes seulement sur l'Amérique latine – ne constate pas que les traités conclus par les Etats-Unis d'Amérique entraînent des flux d'investissement plus importants que les autres accords. V. K. P. Gallagher et M. B. I. Birch, "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, n° 6, 2006, pp. 961-974.

bilatéraux d'investissement avait un effet positif sur les flux d'investissement et que plus un pays en développement signait de traités, plus il recevait d'investissements⁵⁰⁰.

Les résultats de ces études sont imprécis, voire contradictoires. Il demeure, cependant, que le rôle des traités bilatéraux d'investissement, même s'il ne peut être précisément évalué, est indubitable au moins au titre de l'effet d'engagement⁵⁰¹ ou de l'effet de signal⁵⁰². On peut donc simplement conclure que les pays ayant ratifié des traités bilatéraux d'investissement auront probablement plus de chance d'attirer des investissements étrangers. Les sociétés transnationales sont, en tout cas, être sensibles à l'existence d'un tel accord dans le choix du lieu de leur investissement et l'augmentation constante du nombre d'affaires soumises à l'arbitrage et fondées sur un traité bilatéral d'investissement confirme cette tendance.

Toutefois, les traités bilatéraux d'investissement ne seront jamais le critère essentiel dans la décision d'investir, celle-ci dépendant de nombreux paramètres. Trois types de facteurs influencent les flux d'investissement étranger direct. En premier lieu, le cadre politique général *lato sensu* semble avoir son importance et implique une attention particulière de l'investisseur portée sur la stabilité politique, juridique, sociale, mais aussi économique, et sur la réglementation des investissements de façon générale. En deuxième lieu interviennent bien évidemment les facteurs économiques, liés à la taille du marché, au coût des ressources et de la main-d'œuvre et à l'accès aux ressources naturelles. En troisième lieu, l'investisseur considérera la politique de facilitation des affaires de l'Etat et, en particulier, les incitations à l'investissement⁵⁰³. Les facteurs économiques sont, toutefois, les plus importants, le critère essentiel dans la décision d'investir étant la taille du marché de l'Etat d'accueil. Si l'on poursuit ce raisonnement, les accords plus généraux, concernant le commerce et l'investissement, jouissent d'une plus grande efficacité pour attirer les investisseurs. Ces traités reprennent, en général, les dispositions relatives à la protection de l'investissement, mais mettent également en place un régime relatif au commerce de biens et de services, favorisant ainsi l'émergence d'un vaste marché, recherché par les investisseurs. Il demeure

⁵⁰⁰ E. Neumayer et L. Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, vol. 33, n° 10, 2005, pp. 1567-1585. V. également M. Busse, J. Königer et P. Nunnenkamp, "FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More than a Bit?", *Review of World Economics*, vol. 146, n° 1, 2010, pp. 147-177.

⁵⁰¹ L'effet d'engagement est lié à la ratification d'un engagement internationalement contraignant, censé réduire les risques. V. CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p., p. 25.

⁵⁰² L'effet de signal tient au fait que la conclusion d'un traité bilatéral d'investissement envoie un signal positif aux investisseurs. V. CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p., p. 25. Sur l'impact de l'effet de signal, v. E. Neumayer et L. Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, vol. 33, n° 10, 2005, pp. 1567-1585.

⁵⁰³ CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 126 p., pp. 6-9.

que, quantitativement, les traités bilatéraux d'investissement ont un impact bien plus grand, du fait de leur nombre.

Les traités bilatéraux d'investissement peuvent être une motivation dans le choix du lieu de l'investissement en participant au cadre politico-institutionnel général, mais n'en seront certainement pas la seule raison. L'investisseur va donc se fonder sur plusieurs facteurs, principalement liés à la conjoncture économique, à la facilitation des affaires et à la politique générale de l'Etat hôte en matière d'investissement – dont les conventions font partie⁵⁰⁴ même si elles ne constituent qu'une partie de ce dernier critère. Il faudra alors, pour qu'un Etat attire les investisseurs, qu'il montre bien son intention de les accueillir et soit ouvert à ces opérations, qu'il jouisse d'une grande stabilité politique, mais aussi d'infrastructures physiques et technologiques, qu'il possède des ressources et qu'il ait une politique de facilitation des affaires et de promotion des investissements. Néanmoins, il n'existe pas de formule magique pour attirer les investisseurs et les politiques en faveur de l'investissement peuvent prendre plusieurs formes⁵⁰⁵. Cela est d'autant plus vrai que les motivations des entreprises divergeront selon la forme de leur investissement : les entreprises recherchant un accès aux ressources naturelles prêteront une attention particulière au code minier et les sociétés voulant obtenir des coûts de productivité s'attacheront au coût de la main-d'œuvre et au droit du travail, par exemple.

Il ne faut, néanmoins, pas sous-estimer l'impact des accords internationaux relatifs à l'investissement et, en particulier, des traités bilatéraux d'investissement. Ceux-ci, en protégeant les investissements, contribuent à leur promotion en stabilisant le climat politique et juridique et en assurant une protection de l'investissement. L'intégration, dans ces conventions, d'un système de règlement des différends détaché des juridictions nationales contribue grandement à favoriser le climat d'investissement. En effet, la simple acceptation par les Etats du recours à l'arbitrage rassure les entreprises qui, dès lors, imaginent qu'ils honoreront leurs engagements⁵⁰⁶.

C'est donc bien la conjonction de dispositions substantielles visant la protection des investissements et d'un recours à un organe international pour leur application qui fait l'efficacité du régime international du droit des investissements. L'un ne pourrait aller sans

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁰⁵ V., par ex., le Cadre d'Action pour l'Investissement de l'OCDE (2006), qui vise dix domaines en vue de la promotion de l'investissement, à savoir la politique de l'investissement, la promotion et la facilitation de l'investissement, la concurrence, la politique fiscale, le gouvernement d'entreprise, la politique de promotion d'un comportement responsable des entreprises, la politique d'éducation et de formation, les infrastructures, le développement du secteur financier et la bonne gestion des affaires publiques. L'OCDE formule pour chacune de ces matières des recommandations en vue d'améliorer l'efficacité politique et d'attirer davantage d'investisseurs.

⁵⁰⁶ J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136, pp. 87-90. Banque mondiale, *World Development report - A Better Investment Climate for Everyone*, Oxford University Press, 2005, Washington, XVI-271 p., pp. 176-180.

l'autre, les conventions à elles seules n'auraient pu restaurer la confiance des investisseurs, ceux-ci ayant toujours peur que leurs dispositions restent lettre morte sans organe international d'application ; alors que le CIRDI n'aurait pu connaître un tel succès si tous ces accords n'avaient prévu son utilisation. De même, le nombre d'arbitrages, en particulier CIRDI, rendus en vertu de ces accords révèle que ces derniers permettent réellement de protéger les investissements⁵⁰⁷, d'autant plus que la jurisprudence s'est montrée très favorable aux investisseurs.

B. Une organisation commune du règlement des différends

Les traités bilatéraux d'investissement contiennent systématiquement des dispositions relatives au règlement des différends. En général, deux clauses sont incluses, l'une faisant référence au règlement interétatique entre les parties à l'accord concernant l'interprétation et l'application du traité ; l'autre, plus originale dans le cadre du droit international, a vocation à permettre aux investisseurs de faire valoir leurs droits, issus du traité, directement contre l'Etat d'accueil de l'investissement. Pour ces deux types de différends, il est en général prévu un délai durant lequel les parties, soit étatiques, soit étatique et privée, doivent tenter de résoudre leur litige à l'amiable, au moyen de négociations et de conciliations, puis par le recours à l'arbitrage. Le règlement des différends interétatiques obéit aux modèles traditionnels du droit international, prévoyant, en cas de différend sur l'application ou l'interprétation du traité, la possibilité d'un arbitrage, souvent *ad hoc*⁵⁰⁸. A l'opposé, le règlement des différends mixtes vient bouleverser les règles du droit international. Il convient donc d'analyser exclusivement cette clause, ou plutôt ces clauses, certaines obéissant à un grand classicisme (1°), alors que d'autres, plus modernes, laissent leur marque sur les modalités de l'arbitrage (2°).

⁵⁰⁷ Près de deux cents requêtes avaient été déposées devant le CIRDI en 2005. V. CNUCED, *Research Note: Recent Developments in International Investment Agreements*, UNCTAD/WAB/ITE/IIT/2005/1, Publications des Nations Unies, 2005, Genève, 21 p.

⁵⁰⁸ V. not. R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., pp. 122-129.

1°) Des clauses classiques de règlement mixte

Les clauses de règlement mixte n'ont pas toujours été incluses dans les traités d'investissement. Les premiers accords ne prévoyaient que l'arbitrage interétatique. Toutefois, tous les accords modernes en contiennent et, contrairement aux modalités de résolution des litiges interétatiques, il est souvent prévu d'utiliser un arbitrage institutionnalisé pour le règlement des différends mixtes, la plupart du temps dans le cadre du CIRDI⁵⁰⁹.

L'inclusion de clauses de règlement mixte est survenue très rapidement après la conclusion de la Convention de Washington, celle-ci offrant un régime complet permettant à l'investisseur de faire directement valoir ses droits contre l'Etat en cause. Le premier accord à contenir une telle référence date de 1968, soit seulement deux ans après l'entrée en vigueur de la Convention de Washington. Cette clause du traité bilatéral d'investissement entre l'Indonésie et les Pays-Bas n'était, cependant, pas très claire et sa portée difficilement identifiable. L'article 11 de l'accord disposait :

« The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall assent to any demand on the part of such national and any such national shall comply with any request of the former Contracting Party, to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of 18 Mar. 1965, any dispute that may arise in connection with the investment »⁵¹⁰.

L'ambiguïté de cette disposition explique peut-être pourquoi le CIRDI a choisi de publier, l'année suivante, des clauses modèles à inclure dans les traités bilatéraux d'investissement⁵¹¹. L'accord suivant, mentionnant le CIRDI, est très explicite quant à la portée du consentement :

« Tout différend relatif aux investissements faisant l'objet du présent Accord, qui pourrait surgir entre l'une des Parties contractantes (ou l'une quelconque des institutions ou organisations relevant de ladite Partie ou contrôlée par ladite Partie) et une personne physique ou morale ayant la nationalité de l'autre Partie, est soumis à la juridiction du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux

⁵⁰⁹ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299 ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Publication des Nations Unies, 2007, Genève, XIV-156 p., pp. 110-114. V. également A. R. Parra, "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID Be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?" in *American Society of International Law, Proceedings of the 101st Annual Meeting*, ASIL, Washington, 2000, pp. 41-43.

⁵¹⁰ TBI, Pays-Bas – Indonésie, 1968.

⁵¹¹ A. R. Parra, "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID Be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?" in *American Society of International Law, Proceedings of the 101st Annual Meeting*, ASIL, Washington, 2000, pp. 41-43.

Investissements, conformément à la Convention Internationale de Washington du 18 mars 1965 »⁵¹².

On considère qu'il marque le réel commencement de la modernisation des traités bilatéraux d'investissement, du fait qu'il combine des dispositions substantielles et un mode de règlement des différends obligatoire, permettant de sanctionner toute violation des obligations incluses dans le traité⁵¹³.

Les accords bilatéraux d'investissement prévoient, en général, un recours à l'arbitrage dans des conditions assez favorables aux investisseurs. Les clauses sont souvent construites sur le même modèle, imposant plusieurs phases au règlement des différends. Les parties doivent, tout d'abord, tenter de régler leur litige à l'amiable et parfois devant les juridictions internes durant une certaine période, dont la durée sera fréquemment précisée. Il n'existe, la plupart du temps, aucune obligation d'épuiser les voies de recours internes et l'investisseur pourra, après le délai, soumettre sa requête. Parfois même, l'investisseur ne devra pas avoir soumis le différend aux tribunaux de l'Etat hôte ou à un autre mode de règlement, au risque que son recours ne soit plus recevable⁵¹⁴. L'investisseur pourra, ensuite recourir à l'arbitrage. Il est intéressant de noter que la référence au CIRDI, même si elle est la plus courante, n'est pas la seule et pourra s'effacer ou être complétée par la référence à d'autres instances arbitrales. Plusieurs options sont ouvertes par les traités bilatéraux d'investissement pour le règlement des différends. La plupart laisse le choix aux parties au différend entre un arbitrage *ad hoc* ou institutionnel. Ainsi trouve-t-on souvent des références à la Chambre de commerce internationale ou aux règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international – appelées règles CNUDCI ou UNCITRAL selon son sigle anglais. Il est ainsi permis au requérant de choisir entre les différents régimes.

Néanmoins, il peut exister quelques variantes, certains traités ne prévoyant parfois qu'un arbitrage institutionnel. Il faut, cependant, noter que, quelles que soient les différences, la référence au CIRDI est quasi-systématique, même si le Centre n'aura pas toujours la priorité. Ainsi, le traité entre le Royaume-Uni et la Bolivie prévoit-il le recours à l'arbitrage *ad hoc*

⁵¹² Article VII du TBI Tchad – Italie, 1969. Une disposition semblable est contenue à l'article VII du TBI Côte d'Ivoire – Italie (1969) : « Tout différend concernant les investissements, objet du présent accord, qui s'élèverait entre un Etat contractant (ou n'importe quelle institution ou organisation dépendantes ou contrôlées par le même Etat) et une personne physique ou morale, ayant la nationalité de l'autre Etat, sera réglé par la voie diplomatique. Si un différend ne peut être réglé de cette façon, il sera soumis à la juridiction du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, conformément à la Convention internationale de Washington du 18 mars 1965 ». L'article X du TBI Belgique – Indonésie (1970) est encore plus clair quant à la portée du consentement : « Chaque Partie contractante donne, par la présente disposition, son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend portant sur une mesure contraire à la présente Convention soit soumis à la conciliation et à l'arbitrage suivant la Convention de Washington du 18 mars 1965, à l'initiative d'un ressortissant ou d'une personne morale de l'autre Partie contractante qui s'estime lésé par cette mesure. Ce consentement implique renonciation à exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

⁵¹³ V. A. P. Newcombe et L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, Austin, 2009, XXX-614 p., p. 45.

⁵¹⁴ V. *infra*, p. 287 et s.

selon les règles de la CNUDCI si l'investisseur et l'Etat ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le choix d'un forum⁵¹⁵.

Même si les traités bilatéraux utilisent souvent cette architecture normative dans la rédaction de leurs dispositions relatives au règlement des différends entre investisseur et Etat, certaines divergences peuvent apparaître à la lecture de ces clauses. Ainsi, certains traités bilatéraux ne prévoient-ils le recours à l'arbitrage qu'entre les parties contractantes, au sujet de l'interprétation et de l'application du traité, sans évoquer de possible recours par l'investisseur ou d'arbitrage mixte⁵¹⁶. Certes, une telle exclusion aujourd'hui est extrêmement rare, mais certaines limitations peuvent encore intervenir pour qu'un différend soit justiciable. C'est le cas lorsque sont seulement concernés les différends liés à une violation du traité⁵¹⁷ ou au montant de l'indemnisation en cas d'expropriation⁵¹⁸, même si dans la grande majorité des traités modernes, il est simplement fait référence aux différends en relation avec un investissement⁵¹⁹.

Ces différences justifient une analyse de ces clauses de règlement des différends dans quelques modèles classiques de traités bilatéraux d'investissement.

Le modèle allemand de 2008⁵²⁰ ne contient qu'une seule disposition, l'article 10, consacrée au règlement des différends mixtes, même si celle-ci est assez fournie. Elle demeure, somme

⁵¹⁵ V. l'article 8 du TBI Royaume-Uni – Bolivie, 1988 : « Si, à l'expiration d'un délai de six mois suivant la notification écrite de la réclamation, les parties au différend ne sont pas convenues d'une autre procédure, elles seront tenues de soumettre le différend à un arbitrage conforme aux Règles d'arbitrage alors en vigueur de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international ».

⁵¹⁶ V., par ex., l'article XI du TBI Allemagne – Iran, 1965.

⁵¹⁷ V., par ex., l'article VIII (1) du TBI Royaume-Uni – Grenade, 1988 : « Les différends entre un ressortissant ou une société de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante concernant une obligation, acceptée par cette dernière conformément au présent Accord et relative à un investissement du ressortissant ou de la société, qui n'aurait pas été réglés à l'amiable, seront soumis, après un délai de trois mois à compter de la notification écrite de la réclamation, à un arbitrage international si l'une ou l'autre des Parties le souhaite ».

⁵¹⁸ V. l'article X(1) du TBI Chine – Ghana, 1989. L'accord entre la Chine et Singapour est un peu plus large et évoque « le montant de l'indemnité à la suite de l'expropriation, de la nationalisation ou de toutes autres mesures ayant le même effet », mais il est loin de prévoir l'ensemble des différends nés du traité (article XIII(3) du TBI Chine – Singapour, 1985).

⁵¹⁹ V. *infra*, p. 343 et s.

⁵²⁰ V. l'article 10 du modèle allemand : « (1) *Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).*

(2) *If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that the unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing:*

1. *arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID), provided both Contracting States are members of this Convention, or*

2. *arbitration under the auspices of the International Centre of Investment Disputes pursuant to the Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the personal or factual preconditions for proceedings pursuant to figure 1 do not apply, but at least one Contracting State is a member of the Convention referred to therein, or*

toute, classique, mentionnant dans un premier alinéa l'obligation de tentative de règlement amiable avec la possibilité de recours au mécanisme de conciliation prévu dans la Convention de Washington ; puis, dans un deuxième alinéa, le recours à l'arbitrage. Le consentement des Etats étant clairement affirmé, l'investisseur pourra choisir librement entre les différents mécanismes proposés. De nombreuses options sont évoquées : le CIRDI, bien évidemment, tant au titre de la Convention que du Mécanisme supplémentaire ; mais aussi un arbitrage institutionnalisé, dans le cadre de la Chambre de commerce internationale, de la Cour d'Arbitrage International de Londres ou de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm ; ou encore un arbitrage *ad hoc* suivant les règles de la CNUDCI ou toute autre forme de règlement des différends choisie par les parties. Le caractère définitif et obligatoire de la sentence et l'obligation de tenir l'arbitrage dans un Etat partie à la Convention de New York sont également rappelés au troisième et quatrième alinéas. Cette disposition extrêmement classique ne précise nullement les conditions et modalités de l'arbitrage et garde un caractère très général.

Le modèle français⁵²¹ demeure également très classique, notant que les parties au différend doivent d'abord tenter de le régler à l'amiable et que si tel n'a pu être le cas dans un délai de six mois, elles pourront alors recourir à l'arbitrage. Seul est proposé – et c'est un point

3. *an individual arbitrator of an ad hoc arbitral tribunal which is established in accordance with the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as in force at the commencement of the proceedings, or*

4. *an arbitral tribunal which is established pursuant to the Dispute Resolution Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA) or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or*

5. *any other form of dispute settlement agreed by the parties to the dispute.*

(3) *The award shall be binding and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the Convention or arbitral rules on which the arbitral proceedings chosen by the investor are based. The award shall be enforced by the Contracting States as a final and absolute ruling under domestic law.*

(4) *Arbitration proceedings pursuant to this Article shall take place at the request of one of the parties to the dispute in a State which is a Contracting Party to the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958.*

(5) *During arbitration proceedings or the enforcement of an award, the Contracting State involved in the dispute shall not raise the objection that the investor of the other Contracting State has received compensation under an insurance contract in respect of all or part of the damage. ».*

⁵²¹ V., par ex., l'article 8 du TBI France – Turquie, 2006. Voir également le modèle d'accord de la France de 2006 : « Article 8 Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante :

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties, de manière inconditionnelle et nonobstant toute autre disposition contractuelle ou renonciation à l'arbitrage international, à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965. ».

notable – le recours au CIRDI : aucune autre possibilité d'arbitrage institutionnalisé ou même d'arbitrage *ad hoc* n'est évoquée. Il est également parfois mentionné que le choix de l'investisseur d'un mode de règlement des différends est définitif et qu'il ne pourra revenir sur sa décision, reprenant le principe des clauses d'option irrévocable ou *fork in the road*⁵²². Enfin, il est souvent fait référence au cas de différend impliquant des subdivisions de l'Etat.

Le modèle anglais⁵²³ ne contient, également, qu'une seule disposition relative au règlement des différends entre un investisseur et l'Etat hôte. Il mentionne, tout d'abord, l'obligation de règlement amiable. Puis, si celui-ci ne peut aboutir dans un délai de trois mois, l'investisseur pourra choisir entre les juridictions de l'Etat hôte ou le recours à l'arbitrage international. A ce titre, il est important de remarquer que l'investisseur pourra revenir sur son choix, même s'il a déjà entamé une procédure devant les juridictions internes : tant que la décision n'est pas définitive, l'investisseur peut toujours recourir à l'arbitrage. Plusieurs options sont ouvertes dans ce dernier cas : le CIRDI, mais aussi la Cour d'Arbitrage de la Chambre du Commerce International ou l'arbitrage *ad hoc* avec la possibilité d'utiliser les règles de la CNUDCI. Ce choix pouvant être l'objet de mesures dilatoires, il est expressément prévu que s'il n'a pas été décidé d'une modalité dans les trois mois, alors le règlement du différend se fera selon les règles de la CNUDCI.

Ces clauses classiques sont assez succinctes et laissent une grande liberté, tant aux parties, qu'aux tribunaux arbitraux. Cependant, aujourd'hui, le règlement des différends mixtes fait l'objet d'une attention particulière des rédacteurs des traités bilatéraux d'investissement, ce qui aboutit à de nouveaux modèles, parfois divergents.

⁵²² V. *infra*, p. 287 et s.

⁵²³ V., par ex., l'article 8 du TBI Royaume-Uni – Ethiopie, 19 novembre 2009 : « 1. Any dispute between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which has not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to the competent courts or administrative tribunals of the Contracting Party, to the dispute, or to international arbitration if the national or company concerned so wishes.
2. An investor who has submitted the dispute to the competent courts or administrative tribunals may nevertheless have recourse to one of the arbitral proceedings mentioned in paragraphs 3 (a) to 3(c) of this Article if, before a final judgment has been delivered on the subject matter by the competent courts or administrative tribunals, the investor decides not to pursue the case any longer through national proceedings and withdraws the case.
3. Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:
a. the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or
b. The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ; or
c. An international arbitration or *ad hoc* arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.
If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall at the request in writing of the national or company concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules ».

2°) Des modèles divergents

Les traités bilatéraux d'investissement peuvent parfois s'éloigner des modalités de règlement généralement prévues, soit du fait d'une certaine défiance à l'égard du règlement international des différends – comme cela a pu être le cas en Chine, soit du fait d'une certaine méfiance à l'égard des tribunaux arbitraux en général. Les nouveaux modèles apparaissent de plus en plus précis, rongant toute la marge de manœuvre des arbitres et modelant la procédure arbitrale.

Il est, tout d'abord, intéressant de comparer les modèles classiques aux accords chinois⁵²⁴. Jusqu'à la fin des années 1990, les accords chinois contenaient de très sérieuses réserves quant à la possibilité de recourir à l'arbitrage international. Les premiers traités bilatéraux d'investissement ne contenaient même pas de clause de règlement des différends entre un investisseur et l'Etat hôte⁵²⁵. La Chine n'a commencé à inclure de telles dispositions qu'en 1985, prévoyant d'abord le recours à l'arbitrage *ad hoc*, étant donné qu'elle n'a signé la Convention de Washington que le 9 février 1990. Cette génération de traités bilatéraux d'investissement limitait grandement les différends pouvant être soumis à l'arbitrage, ceux-ci concernant exclusivement l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation⁵²⁶.

⁵²⁴ V. l'article 9 du modèle chinois de 2003 : « 1. Any legal dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.

2. If the dispute cannot be settled through negotiations within six months from the date it has been raised by either party to the dispute, it shall be submitted by the choice of the investor:

(a) to the competent court of the Contracting Party that is a party to the dispute;

(b) to the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) under the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington on March 18, 1965, provided that the Contracting Party involved in the dispute may require the investor concerned to go through the domestic administrative review procedures specified by the laws and regulations of that Contracting Party before the submission to the ICSID.

Once the investor has submitted the dispute to the competent court of the Contracting Party concerned or to the ICSID, the choice of one of the two procedures shall be final.

3. The arbitration award shall be based on the law of the Contracting Party to the dispute including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as the universally accepted principles of international law.

4. The arbitration award shall be final and binding upon both parties to the dispute. Both Contracting Parties shall commit themselves to the enforcement of the award. »

⁵²⁵ V., par ex., les TBI conclus par la Chine avec la Suède (1982), la Norvège (1985) ou l'Autriche (1985).

⁵²⁶ Une décision a récemment été rendue au regard du traité bilatéral d'investissement conclu par la Chine avec le Pérou le 9 juin 1994 et entré en vigueur le 1^{er} février 1995. V. CIRDI, *Tza Yap Shum c. République du Pérou* (ARB/07/6), décision sur la compétence, 19 juin 2009. Le tribunal s'est interrogé sur sa compétence au titre de l'accord qui prévoyait la compétence du CIRDI seulement pour les questions relatives au montant de l'indemnisation en cas d'expropriation ou de nationalisation (article 8(3)). La question se posait de savoir si cette formulation restrictive empêchait le tribunal de statuer sur l'existence même d'une expropriation. Il a considéré que cette disposition devait être interprétée largement, comme incluant toutes les questions relatives à l'expropriation. Seule une telle interprétation correspondait à l'objectif du traité d'attirer les investisseurs étrangers. V., pour plus de précision, R.

D'autres réserves empêchaient matériellement les investisseurs de recourir à ce mode de règlement internationalisé, comme, par exemple, l'obligation d'épuisement des voies de recours internes ou l'obligation d'obtenir le consentement exprès de l'Etat hôte ou encore l'application de son droit interne⁵²⁷.

La Chine a, cependant, adopté un nouveau modèle d'accord en 2003. Ce dernier ne contient qu'une clause de règlement des différends entre un investisseur et l'Etat d'accueil de l'investissement, comme la plupart des modèles européens, et celle-ci est, somme toute, très classique. Il est prévu un règlement amiable qui, s'il n'a pu aboutir pendant six mois, autorise l'investisseur à choisir entre les juridictions internes de l'Etat hôte ou le recours à l'arbitrage du CIRDI. Ce choix est définitif et l'ouverture d'une des actions ferme la possibilité de recourir à l'autre. On constate que c'est ici la seule limitation quant au recours à l'arbitrage, plus aucune exclusion notamment quant à la compétence *ratione materiae* n'étant incluse. Un point est, cependant, notable : il est prévu que l'Etat pourra adopter, dans sa législation interne, des procédures d'examen du différend avant d'autoriser le recours au CIRDI :

*« the Contracting Party involved in the dispute may require the investor concerned to go through the domestic administrative procedures specified by the laws and regulations of that Contracting Party before the submission to the ICSID »*⁵²⁸.

On voit alors réapparaître discrètement la condition de l'épuisement des voies de recours internes, même s'il n'est prévu que des procédures administratives. Cette clause semble découler de la volonté de la Chine de maintenir un règlement interne, agissant comme garde-fou, même si elle ne rejette pas pour autant l'arbitrage international.

D'autres accords récents laissent subsister une certaine méfiance à l'égard de l'arbitrage international. Par exemple, le modèle indien de 2003⁵²⁹ n'autorise pas immédiatement le

J. Sequeira, "Tribunal Interprets Legacy Chinese BIT in First Chinese ICSID Claim", *International Disputes Quarterly*, 2010.

⁵²⁷ V. not. A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p., pp. 9-11.

⁵²⁸ V. l'article 9 (2) (b) du modèle chinois de 2003.

⁵²⁹ Voir l'article 9 du modèle indien de 2003 :

« (1) Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in relation to an investment of the former under this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.

(2) Any such dispute which has not been amicably settled within a period of six months may, if both Parties agree, be submitted:

(a) for resolution, in accordance with the law of the Contracting Party which has admitted the investment to that Contracting Party's competent judicial, arbitral or administrative bodies; or

(b) to International conciliation under the Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

(3) Should the Parties fail to agree on a dispute settlement procedure provided under paragraph (2) of this Article or where a dispute is referred to conciliation but conciliation proceedings are terminated other than by signing of a settlement agreement, the dispute may be referred to Arbitration. The Arbitration procedure shall be as follows:

(a) if the Contracting Party of the Investor and the other Contracting Party are both parties to the convention of the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States, 1965 and the investor consents in

recours au CIRDI, mais oblige les parties à tenter de régler auparavant à l'amiable leur différend, puis à recourir aux mécanismes internes – administratifs, judiciaires et arbitraux – ou à la conciliation internationale. Ce n'est que si les Parties n'arrivent pas à choisir entre ces modes de règlement des différends ou si la conciliation échoue, qu'elles pourront alors recourir à l'arbitrage international, dans le cadre du CIRDI ou selon les règles de la CNUDCI, les conditions étant alors précisées pour cet arbitrage *ad hoc*.

Certains modèles récents de traités bilatéraux d'investissement sont également particulièrement intéressants au regard des clauses de règlement des différends. On constate que la question du règlement des différends mixtes occupe une place de plus en plus importante dans les modèles d'accords bilatéraux d'investissement.

Dans le modèle colombien de 2008, la clause relative au règlement mixte ne contient pas moins de quinze paragraphes, certains très classiques, d'autres plus originaux. Il est prévu que le différend fera l'objet d'un règlement amiable⁵³⁰ qui, s'il échoue pourra donner lieu à un recours devant les juridictions internes ou à un arbitrage international, *ad hoc* – suivant les règles de la CNUDCI – ou institutionnalisé dans le cadre du CIRDI⁵³¹, auquel les parties consentent par l'accord même⁵³². Il est, en outre, précisé que ce choix est définitif⁵³³ et que la sentence sera obligatoire⁵³⁴, sans que les parties puissent recourir aux voies diplomatiques, sauf si la sentence n'est pas exécutée⁵³⁵. Ces clauses sont très ordinaires et se retrouvent dans de nombreux accords⁵³⁶. Cependant, la procédure est très précise⁵³⁷ et enserrée dans des

writing to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes such a dispute shall be referred to the Centre; or

(b) If both parties to the dispute so agree, under the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding proceedings; or

(c) to an ad hoc arbitral tribunal by either party to the dispute in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, subject to the following modifications:

(i) The appointing authority under Article 7 of the Rules shall be the President, the Vice-President or the next senior Judge of the International Court of Justice, who is not a national of either Contracting Party. The third arbitrator shall not be a national of either Contracting party.

(ii) The parties shall appoint their respective arbitrators within two months.

(iii) The arbitral award shall be made in accordance with the provisions of this Agreement and shall be binding for the parties in dispute.

(iv) The arbitral tribunal shall state the basis of its decision and give reasons upon the request of either party ».

⁵³⁰ V. l'article IX, paragraphe 2, du modèle colombien de 2008. Le règlement amiable a une part très importante dans ce modèle, le paragraphe 3 précisant que : « *Nothing in this Article shall be construed as to prevent the parties of a dispute from referring their dispute, by mutual agreement, to ad hoc or institutional mediation or conciliation before or during the arbitral proceedings* ». Sur le recours de plus en plus fréquent à la médiation en matière d'investissement, voir A. Reinisch et L. Malintoppi, "Methods of Dispute Resolution" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 691-720 ; A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - The Fordham Paper 2008*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XLIX-382 p. ; CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p.

⁵³¹ Voir l'article IX, paragraphe 4, du modèle colombien de 2008.

⁵³² *Ibid.*, paragraphe 6.

⁵³³ *Ibid.*, paragraphe 7.

⁵³⁴ *Ibid.*, paragraphe 8.

⁵³⁵ *Ibid.*, paragraphe 9.

⁵³⁶ V., par ex., les accords conclus par la Suisse.

⁵³⁷ V. l'article IX, paragraphe 13, du modèle colombien de 2008.

délais, l'arbitrage ne pouvant intervenir qu'après 180 jours suivant la notification à l'Etat de l'intention d'y recourir⁵³⁸, mais pas plus tard que trois ans après la naissance du litige – ou le moment où l'investisseur en a été informé ou aurait dû en être informé⁵³⁹. L'Accord insiste également sur le droit applicable⁵⁴⁰ et les modes de réparation⁵⁴¹. Par ailleurs, seuls les différends liés à l'interprétation ou l'application du traité, ou nés de sa violation, pourront être soumis à l'arbitrage⁵⁴² et le tribunal ne pourra statuer sur la légalité des mesures de droit interne prises par l'Etat⁵⁴³. Le lien avec les juridictions internes est également très particulier, car s'il est prévu que les parties auront le choix entre leur saisine ou l'arbitrage international – et que ce choix sera définitif, il est également mentionné que, dans le cas de litiges nés d'un « acte de gouvernement », l'investisseur devra épuiser les voies administratives internes, durant un délai n'excédant pas six mois, si la loi le prévoit⁵⁴⁴. Cette disposition complexe montre, en tout cas, la volonté de la Colombie de limiter le champ de la compétence *ratione temporis* et *ratione materiae* de l'arbitre international, de façon à reprendre le contrôle sur cette procédure si particulière.

Cette volonté de réglementer, avec le plus de précision possible, le recours à l'arbitrage international ressort également de l'évolution du modèle américain, qui dans les versions précédentes⁵⁴⁵, dont celle de 1994⁵⁴⁶, ne consacrait qu'un article à son organisation. Dans les modèles de 2004 et de 2012, une section entière – la Section B – définit de façon très précise les modalités du règlement des différends entre une partie et un investisseur de l'autre partie⁵⁴⁷.

Elle prévoit, avant toute démarche en vue de l'arbitrage, une tentative de règlement amiable par le biais de consultations et de négociations, ou par la médiation d'un tiers⁵⁴⁸. Si celle-ci ne peut aboutir, alors le requérant pourra avoir recours à l'arbitrage après en avoir informé le

⁵³⁸ *Ibid.*, paragraphes 5 et 15.

⁵³⁹ *Ibid.*, paragraphe 10.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, paragraphe 12.

⁵⁴¹ *Ibid.*, paragraphe 14.

⁵⁴² *Ibid.*, paragraphes 2 et 11.

⁵⁴³ *Ibid.*, paragraphe 14.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, paragraphe 1 : « *With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration under this article or to a local court or administrative tribunal, local administrative remedies shall be exhausted, should it be required by the law of the Contracting Party. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor and shall not prevent the investor from requesting consultations as referred to in paragraph 3 of the present Article* ».

⁵⁴⁵ V. le TBI Etats-Unis d'Amérique – Sénégal, 1983.

⁵⁴⁶ V. le TBI Etats-Unis d'Amérique – Albanie, 1995.

⁵⁴⁷ V. *infra*, p. 407 et s., pour une étude détaillée.

⁵⁴⁸ V. l'article 23, Section B, des modèles américains de 2004 et de 2012 : « En cas de différend relatif à l'investissement, la partie requérante et la partie défenderesse devraient d'abord chercher à régler la plainte par la consultation et la négociation, y compris le recours à des procédures faisant appel à une partie tierce, ne revêtant pas un caractère obligatoire ». Cette obligation était également prévue dans les modèles précédents : v., par ex., l'article VII (2) du TBIT Etats-Unis d'Amérique – Sénégal, 1983.

défendeur⁵⁴⁹. Plusieurs options s'ouvrent alors au requérant, entre des arbitrages *ad hoc* ou institutionnalisés :

« A condition que six mois soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, la partie requérante pourra soumettre une plainte relevant du paragraphe 1 :

- (a) au titre de la Convention CIRDI et des règles de procédures d'arbitrage du CIRDI, à condition que la partie défenderesse et la partie non contestante soient toutes deux parties à la Convention CIRDI ;
- (b) au titre du Règlement du mécanisme des facilités additionnelles du CIRDI, à condition que la partie défenderesse ou la partie non contestante soit partie à la Convention CIRDI ; ou
- (c) en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI ; ou
- (d) si la partie requérante et la partie défenderesse s'accordent sur toute autre instance ou tout autre règlement d'arbitrage »⁵⁵⁰.

Il est assez étonnant que, dans cette section réservée au règlement des différends, ne soit évoqué que l'arbitrage. Cette solution est-elle la plus réaliste et la seule satisfaisante pour les investisseurs, mais, dans les modèles précédents, étaient évoqués d'autres modes. Ainsi, dans le modèle de 1994, lit-on :

« A national or company that is a party to an investment dispute may submit the dispute for resolution under one of the following alternatives:

- (a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute;*
- or*
- (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or*
- (c) in accordance with the terms of paragraph 3 »*⁵⁵¹.

Le paragraphe 3 évoquait, quant à lui, le recours à l'arbitrage, prévoyant la possibilité d'utiliser le CIRDI, le mécanisme supplémentaire, les règles de la CNUDCI ou toute autre institution d'arbitrage choisie par les parties.

D'autres précisions interviennent quant aux différends pouvant être soumis à l'arbitrage et aux parties au différend⁵⁵². Le consentement à l'arbitrage est clairement affirmé⁵⁵³, mais des limites sont prévues⁵⁵⁴. Des questions traditionnelles sont évoquées, comme le droit applicable⁵⁵⁵ ou la portée de la sentence⁵⁵⁶, mais on constate surtout que la procédure est largement précisée, notamment en ce qui concerne la sélection des arbitres⁵⁵⁷ ou la conduite

⁵⁴⁹ V. l'article 24(2) des modèles américains de 2004 et de 2012.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, article 24(3).

⁵⁵¹ Article IX (2) du TBI Etats-Unis d'Amérique – Albanie, 1995.

⁵⁵² V. l'article 24, Section B, des modèles américains de 2004 et de 2012.

⁵⁵³ *Ibid.*, article 25.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, article 26.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, article 30.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, article 34.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, article 27.

de l'arbitrage⁵⁵⁸. De nouvelles préoccupations apparaissent également, en particulier en ce qui concerne la transparence de la procédure⁵⁵⁹, les questions d'intérêt public⁵⁶⁰ ou la cohérence de la jurisprudence⁵⁶¹. En tout, quatorze articles sont consacrés à cette question.

D'autres modèles récents ont suivi la même évolution. Le modèle canadien de 2004 consacre sa Section C au « Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte », soit plus de vingt-cinq articles⁵⁶². Encore une fois, cette section comprend des dispositions traditionnelles, concernant notamment le consentement à l'arbitrage⁵⁶³, la conduite de l'arbitrage⁵⁶⁴, les arbitres⁵⁶⁵, le droit applicable⁵⁶⁶, la sentence⁵⁶⁷ etc... L'accord précise également la compétence *ratione materiae*⁵⁶⁸, *ratione personae*⁵⁶⁹ et *ratione temporis*⁵⁷⁰. La procédure est, par ailleurs, très semblable aux autres modèles : d'abord, est prévue une période durant laquelle les parties doivent tenter de parvenir à un accord au travers de consultations⁵⁷¹, avant de pouvoir recourir à l'arbitrage. Plusieurs options⁵⁷² sont encore une fois prévues à ce titre. Assez étonnamment, l'article 27 du modèle d'accord se lit ainsi :

« Un investisseur contestant qui a rempli les conditions mentionnées à l'articles 26 (...) pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

- a) De la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie dont relève l'investisseur contestant soient parties à la Convention ;
- b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie dont relève l'investisseur contestant, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI ;
- c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI ; ou
- d) de tout autre ensemble de règles désigné par la Commission et applicable aux arbitrages en vertu du présent article ».

Cette disposition, de prime abord très classique, peut surprendre étant donné que si le Canada a signé la Convention de Washington le 15 décembre 2006, il n'a pas encore pu la ratifier⁵⁷³. Aucun investisseur ne pourra donc faire usage du dispositif prévu au premier alinéa et

⁵⁵⁸ *Ibid.*, article 28.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, article 29.

⁵⁶⁰ V. not. l'article 32, Section B, des modèles américains de 2004 et de 2012.

⁵⁶¹ *Ibid.*, article 33.

⁵⁶² V. la Section C – articles 20 à 47 – du modèle d'accord pour la promotion et la protection des investissements du Canada, 2004.

⁵⁶³ V. l'article 28 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁶⁴ V. not. les articles 24, 26, 36, 37, 38, 42, 43 et 46 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, articles 29 à 31.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, article 40.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, articles 44 et 45.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, articles 21 et 47.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, articles 22 et 23.

⁵⁷⁰ V., par ex., l'article 26 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁷¹ V. l'article 25 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁷² *Ibid.*, article 27.

⁵⁷³ V., sur le modèle canadien en général, L. Y. Fortier, "The Canadian Approach to Investment Protection: How Far We Have Come !" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 525-543.

recourir au CIRDI, au moins dans sa version conventionnelle. Toutefois, cela révèle la volonté du Canada de devenir partie à la Convention de Washington.

Des dispositions apparaissent également, concernant notamment la cohérence de la jurisprudence⁵⁷⁴, la transparence et la participation d'*amici curiae*⁵⁷⁵. Un point intéressant tient au caractère évolutif de ce modèle, grâce à la mise en place d'une Commission⁵⁷⁶ capable de prévoir de nouvelles règles⁵⁷⁷.

Le dernier modèle norvégien contient également une section consacrée au règlement des différends⁵⁷⁸. Celle-ci est plus courte, mais s'intéresse davantage aux questions nouvelles liées à l'arbitrage en matière d'investissement. Elle définit d'abord les différends relatifs aux investissements, puis prévoit leur règlement amiable avant de recourir, le cas échéant, à l'arbitrage⁵⁷⁹. Celui-ci est entouré de conditions et subit la concurrence des juridictions internes :

*« 3. If any such dispute should arise and either
(i) agreement cannot be reached between the parties to this dispute within 36 months from its submission to a local court for the purpose of pursuing local remedies, after having exhausted any administrative remedies ; or
(ii) there are no reasonably available local remedies to provide effective redress of this dispute, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress,
and
(iii) the investor has provided a clear and unequivocal waiver of any right to pursue the matter before local courts,
then each Party hereby consents to the submission of such dispute to arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (...) »⁵⁸⁰.*

La priorité est donc donnée aux juridictions internes.

Les nouvelles dispositions relatives à l'arbitrage en matière d'investissement traitent de la transparence⁵⁸¹ et de la possibilité d'accepter la participation de tiers à l'instance, comme l'Etat de nationalité ou les *amici curiae*⁵⁸². Ces préoccupations sont systématiquement présentes dans tous les modèles récents et constitue aujourd'hui être un élément essentiel de l'arbitrage en matière d'investissement, révélant son évolution et son influence sur le

⁵⁷⁴ V. l'article 32 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, articles 33 à 35 et 39.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, article 51.

⁵⁷⁷ V., par ex., l'article 27 du modèle du Canada, 2004.

⁵⁷⁸ V. la Section 3 du modèle de la Norvège, 2007.

⁵⁷⁹ V. l'article 15 du modèle de la Norvège, 2007.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, article 15(3).

⁵⁸¹ *Ibid.*, articles 15(5) et 19.

⁵⁸² *Ibid.*, article 18.

règlement des différends dans d'autres disciplines⁵⁸³. Or, c'est bien la jurisprudence du CIRDI qui a été à l'origine d'un tel changement dans l'appréhension de l'arbitrage international.

Le développement de ces clauses relatives au règlement des différends mixtes a permis de faire naître le CIRDI, qui, sans elles, n'aurait pu connaître son succès actuel. Les conventions bilatérales d'investissement ont été le véritable moteur de cette institution, lui offrant une compétence large qu'elle n'a pas hésité à interpréter plus extensivement encore. Toutefois, c'est aussi le CIRDI qui a entraîné l'évolution constatée des dispositions relatives au règlement des différends entre un investisseur et l'Etat hôte de l'investissement, les Etats tentant de reprendre le contrôle et d'imprimer la direction de la jurisprudence du Centre. Il convient, dès lors, d'étudier ce mouvement de va-et-vient, définissant les implications procédurales de ce nouvel ordre juridique. Les conditions strictes entourant la compétence du CIRDI ont pu être dépassées par une lecture audacieuse des traités bilatéraux d'investissement, ces mécanisme et instruments s'unissant pour permettre le développement du droit international des investissements.

*

Conclusion de la section. L'affermissement du droit international des investissements n'a été possible que du fait de ses caractères propres, qui ont été le ferment d'une évolution inattendue. En effet, la création d'un réseau particulièrement dense de conventions bilatérales d'investissement, construites quasiment sur le même modèle, et prévoyant toutes le recours systématique à l'arbitrage transnational dans le cadre du CIRDI a été un terreau favorable au développement d'un ordre juridique dépassant la simple volonté des Etats ou l'interprétation des arbitres. Même si la Convention de Washington avait prévu un système de règlement des différends mixtes original et efficace, il n'aurait pu connaître ce succès, ni permettre une telle évolution du droit international des investissements sans le concours des conventions bilatérales.

*

⁵⁸³ V. *infra*, p.779 et s.

Conclusion du chapitre. Les investissements internationaux ont souvent été au confluent d'idéologies et de politiques contradictoires, justifiant la difficile stabilisation d'un régime juridique. Si aujourd'hui, tout le monde s'accorde pour reconnaître la nécessité de recourir à des capitaux étrangers, en particulier pour permettre le développement économique, tel n'a pas toujours été le cas, les abus de la colonisation ne permettant pas l'instauration d'un climat de confiance favorable aux investissements internationaux. Or, l'investissement, comme tout procédé économique, repose sur la confiance et c'est bien là l'enjeu d'un droit international des investissements.

Les bouleversements de la société internationale suite à la décolonisation et à l'affirmation de la souveraineté permanente ont, néanmoins, contribué à la création d'un climat hostile aux investissements étrangers, dont on n'a pas tardé à comprendre les effets néfastes sur les politiques de développement. Seul le droit international pouvait contrer cette méfiance, grâce à la mise en place d'un régime juridique sûr et protecteur. Même si la route menant au droit international des investissements a été sinueuse, il est rapidement né de l'alliance entre deux phénomènes conventionnels, les conventions bilatérales d'investissement et la Convention de Washington qui a mis en place le CIRDI. Le droit international des investissements est donc fondamentalement un droit conventionnel, mais qui s'est épanoui grâce à la dynamique créée par le mouvement de va-et-vient qu'entretiennent les Etats et les arbitres internationaux. Son étude est particulièrement intéressante, car elle révèle la construction d'un système juridique autonome, né d'un besoin historique, mais s'affirmant bien au-delà par la mise en place d'un ordre juridique spécifique.

CHAPITRE 2

L'APPARITION D'UN JUGE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

La spécificité du système juridique international des investissements tient au fait d'avoir un « juge », à la disposition tant des investisseurs que des Etats. Ce « juge » du droit international des investissements diffère par de nombreux caractères de la justice internationale traditionnelle.

D'ordinaire, dans l'ordre juridique international, le droit de saisir une juridiction est le seul privilège des Etats, les organisations internationales étant elles-mêmes exclues de la justice internationale⁵⁸⁴. Cela est une conséquence directe de la souveraineté des Etats. Avec le CIRDI et la possibilité d'un règlement international des différends mixtes, l'individu et la personne privée *lato sensu* trouvent leur place sur la scène internationale. Toutefois, ce progrès serait bien maigre si l'ouverture d'une telle action était enserrée dans des conditions trop strictes et ne pouvait être mise en œuvre que de façon marginale.

La souveraineté des Etats implique également que la compétence de toute juridiction internationale sera nécessairement soumise au consentement des parties au différend. En ce sens, la justice internationale reste facultative, même s'il est toujours possible pour l'Etat, en vertu même de sa souveraineté, de s'engager par avance à se soumettre à l'arbitrage par un consentement clair et précis⁵⁸⁵. Il en est de même pour le CIRDI.

Toutefois, l'offre de consentement contenue dans les traités bilatéraux d'investissement et l'interprétation qu'en ont fait les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ont permis, à défaut de rendre la juridiction obligatoire, de lui donner un caractère quasi-systématique. L'interprétation retenue n'est, en effet, désormais plus mise en cause et l'explosion du nombre d'accords, contenant une clause CIRDI, permettent un recours à l'arbitrage pratiquement automatique, sur la simple demande de l'investisseur. Le consentement demeure, mais il n'est plus concerté. Même si la juridiction reste facultative, on

⁵⁸⁴ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 958.

⁵⁸⁵ CIJ, affaire *Ambatielos (Grèce contre Royaume-Uni)*, arrêt sur le fond du 19 mai 1953, *CIJ Rec.* 1953, p. 10.

assiste à un développement exponentiel du recours à la justice internationale, qui n'est pas sans bouleverser cet ordre juridique.

Ainsi, l'arbitrage en matière d'investissement s'éloigne de plus de plus en plus tant de la justice interétatique classique que de l'arbitrage commercial international pour devenir un système juridique autonome, se situant à mi-chemin entre la justice non institutionnalisée, typique de l'arbitrage, et la justice institutionnalisée. Certes, les tribunaux arbitraux statuant dans le cadre du Centre ne sont pas des organes permanents et sont simplement constitués par les parties pour un litige particulier, mais ils agissent dans le cadre d'une institution permanente, procédant d'une logique intergouvernementale et agissant selon une procédure préalablement déterminée⁵⁸⁶. Ces caractères vont influencer la conduite de l'arbitrage, ainsi que le contenu du droit international des investissements.

Dès lors, la relation entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI a permis de donner un « juge » au droit international des investissements (Section 1), contribuant ainsi grandement à la construction d'un système juridique spécifique (Section 2).

SECTION 1. LA « DECOUVERTE » D'UN CONSENTEMENT A L'ARBITRAGE DANS LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT

Le CIRDI est une institution dont la spécificité, tant *ratione materiae* que dans sa procédure, n'est plus à démontrer. Son évolution est également toute particulière, ce qui justifie qu'il faille y revenir. Ce système complet relatif aux investissements aurait dû connaître un succès rapide, mais, malgré la volonté des rédacteurs de la Convention de Washington de mettre en place un système ouvert et efficace, il n'en demeure pas moins que le Centre a mis de nombreuses années à parvenir à une activité notable.

On peut s'étonner de son manque d'activité durant ses premières années d'existence (Paragraphe 1), mais c'est bien par l'effet de la « découverte » d'un consentement anticipé, et donc des conventions bilatérales d'investissement, que le CIRDI va prendre vie (Paragraphe 2).

⁵⁸⁶ P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 959.

PARAGRAPHE 1. DES DEBUTS ETONNAMENT MODESTES

La mise en place par la Convention de Washington d'un organe de règlement des différends spécifique aux investissements, fonctionnant selon une procédure efficace et à l'avantage des Etats autant que des investisseurs, constituait une réelle avancée, mais le Centre est loin d'avoir connu, durant ses premières années, le succès escompté. Malgré tous ses atouts, certaines raisons apparaissent pouvant justifier la réticence initiale des acteurs économiques (A), la principale d'entre elles tenant aux conditions qui entourent le consentement des parties à l'arbitrage (B).

A. Les raisons de la faible activité initiale du CIRDI

Le constat est clair : le CIRDI a eu un commencement difficile (1). Les raisons le sont moins, même si certaines peuvent justifier cet état de fait (2).

1°) Le constat d'un relatif échec initial

Le CIRDI n'a, malgré tous ses avantages, connu qu'un faible succès à ses débuts. Philippe Ouakrat note que :

« à l'issue de deux décennies d'existence – au cours desquelles l'arbitrage commercial international connaissait généralement un développement sans précédent, et alors que des institutions concurrentes voyaient leurs activités s'accroître de manière considérable –, le CIRDI paraît n'avoir rencontré qu'un accueil bien timide »⁵⁸⁷.

La première demande d'arbitrage a été enregistrée en 1971. Durant ses vingt premières années d'existence, vingt différends ont été soumis à l'arbitrage CIRDI, mais seules six affaires ont donné lieu à une sentence sur le fond. Quant au mécanisme de conciliation, il n'a été utilisé

⁵⁸⁷ P. Ouakrat, "La pratique du CIRDI", *Droit et Pratique du Commerce International*, tome 13, n° 2, 1987, pp. 273-310, p. 273.

que deux fois lors de cette période. Aucun recours n'a été porté au titre du Mécanisme supplémentaire.

Or, si on prend, à titre de comparaison, la Chambre de commerce internationale, elle a eu à traiter, durant la période 1976-1982, près de 1 500 affaires, dont environ un tiers impliquait des Etats ou leurs démembrements⁵⁸⁸.

2°) Des raisons empiriques

La doctrine s'est posé la question du manque de succès de cette organisation qui, pourtant, avait dès le départ suscité l'intérêt autant des Etats que de la doctrine. Certains ont considéré que le CIRDI ne traversait qu'une « crise de jeunesse »⁵⁸⁹ ; d'autres, au contraire, soulignaient l'inadaptation d'un mécanisme profondément moderne aux problématiques en cause. Dans tous les cas, il est évident qu'on ne peut espérer qu'un nouveau mécanisme, créé de toutes pièces, connaisse un succès immédiat, surtout dans une matière aussi délicate que celle des investissements. Le manque d'information sur l'institution, l'absence d'expérience de celle-ci, le conservatisme des praticiens du droit dans le choix du for sont autant de raisons qui expliquent ce manque d'activité relatif. De plus, les opérations d'investissement entre un investisseur étranger et un Etat étant en général des contrats de coopération à long terme, il faut nécessairement un certain laps de temps entre la date de signature du ou des contrats et la possible apparition d'un litige⁵⁹⁰.

Il est également indéniable que l'originalité de l'institution a pu se retourner contre elle. En effet, contrairement aux organismes d'arbitrage traditionnels, le CIRDI est une organisation publique. Il a été élaboré dans le cadre d'une organisation intergouvernementale, ce qui va imprimer une nouvelle logique au règlement des différends. La Banque mondiale est souvent en charge de relations de coopération avec les pays en développement, ce qui peut éveiller la méfiance des investisseurs privés. A l'inverse, les pays du Tiers Monde ont tendance à considérer cette institution comme davantage favorable aux intérêts des pays du Nord⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ W. L. Craig, W. W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1990, XVI-952 p., part. 1, paragraphes 1.02 et 1.04.

⁵⁸⁹ P. Ouakrat, "La pratique du CIRDI", *Droit et Pratique du Commerce International*, tome 13, n° 2, 1987, pp. 273-310, p. 274.

⁵⁹⁰ V. sur les explications du relatif insuccès du CIRDI : G. R. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, 1982, pp. 775-843 ; P. Ouakrat, "La pratique du CIRDI", *Droit et Pratique du Commerce International*, tome 13, n° 2, 1987, pp. 273-310, p. 274.

⁵⁹¹ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299, p. 292 ; P. Rambaud explique la non-participation de certains Etats au système CIRDI comme étant la « conséquence logique du refus de la

Cette méfiance ne s'est pas atténuée avec les premières affaires sous l'égide du CIRDI. D'une part, les procédures atteignaient des délais démesurés, ce qui décourageait les investisseurs souhaitant utiliser le Centre. D'autre part, celui-ci a suscité de nombreuses critiques, notamment liées au manque de cohérence des sentences et surtout du fait de l'annulation de certaines d'entre elles. En effet, la double annulation des sentences rendues dans les affaires *Klöckner* et *Amco* par deux comités *ad hoc*, constitués en application de l'article 52 de la Convention de Washington, a suscité beaucoup de craintes. Cela s'explique par le comportement des comités, qui, bien que censés procéder au contrôle de la régularité des sentences, ont en réalité davantage agi comme des juridictions d'appel⁵⁹².

Enfin, la dernière raison et, sans doute, la plus importante tient aux conditions de compétence du Centre. Ces conditions, posées à l'article 25 de la Convention de Washington, sont particulièrement restrictives, notamment du fait de l'exigence d'un double consentement⁵⁹³.

B. Le consentement à l'arbitrage CIRDI, entre classicisme et modernité

La compétence du Centre est restreinte par l'exigence, exprimée par la Convention de Washington, d'un double consentement (1). Néanmoins, l'appréhension de celui-ci laisse une certaine marge de manœuvre aux arbitres, qui pourront découvrir la diversité des modalités de l'offre de ce consentement (2).

1°) L'exigence traditionnelle d'un double consentement

Comme dans tout mécanisme d'arbitrage, le principe du consensualisme est à la base des instances CIRDI⁵⁹⁴ et le Rapport des Administrateurs note à cet égard que « [l]e consentement

majorité d'entre eux d'être membres de l'institution de « tutelle » du Centre, la Banque mondiale, trop dépendante, à leurs yeux, des intérêts du capitalisme international ».

⁵⁹² E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 1.

⁵⁹³ V. *infra*, p. 158 et s.

⁵⁹⁴ P. Ouakrat, "La pratique du CIRDI", *Droit et Pratique du Commerce International*, tome 13, n° 2, 1987, pp. 273-310, p. 275.

des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre »⁵⁹⁵. Récemment, un tribunal arbitral a ainsi rappelé que :

« 110. It is an unquestionable fact that the basis for arbitration is consent. There cannot be an arbitration, national or international, ad hoc or institutional, before ICSID or any other entity that administers arbitration proceedings, if the parties do not agree to arbitrate.

111.(...) Even in the case of a dispute between private citizens, the rule is that they must settle their disputes in court. The exception is that, only if they agree, they may resolve their dispute through arbitration. If this is true in the ambit of private law, it is even more so when a State is involved, because when a State submits to arbitration proceedings, it is waiving the possibility of resorting to its own court.

112. As expressed in a well-known award : « Article 25 of the ICSID Convention is by no means an exception to the law of the land. It is limited to defining the conditions of ICSID jurisdiction, which include the fundamental condition of consent »⁵⁹⁶ »⁵⁹⁷.

La nature particulière des arbitrages CIRDI et, principalement le fait qu'il s'agisse d'un arbitrage mixte, imprime certaines spécificités en ce qui concerne le consentement. En effet, l'Etat ne pouvant être soumis à la justice internationale qu'avec son approbation, cela va entraîner des conséquences sur les conditions entourant le consentement.

Le Préambule de la Convention précise qu'

« aucun Etat contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier ».

Ainsi, l'Etat reste maître de son consentement, dont l'offre sera interprétée restrictivement, les limitations à la souveraineté ne se présument pas⁵⁹⁸. De nombreux tribunaux arbitraux ont rappelé ce principe⁵⁹⁹, affirmant que le consentement ne devait laisser aucun doute. Un

⁵⁹⁵ V. le paragraphe 23 Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, 18 mars 1965 (ci-après, Rapport des Administrateurs).

⁵⁹⁶ CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, paragraphe 4.09.

⁵⁹⁷ CIRDI, *Brandes Investment Partners, LP contre Venezuela* (ARB/08/3), sentence du 2 août 2011.

⁵⁹⁸ Cette position est traditionnelle en droit international public et découle de la doctrine volontariste reprise dans CPJI, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec. Série A – N°10*, p. 18 : « Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas ». Plus récemment, v. CIJ, *conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, 44 p. ; et l'opinion individuelle de M. le juge Simma jointe à l'avis sur le Kosovo, 3 p.

⁵⁹⁹ CIRDI, *Brandes Investment Partners, LP contre Venezuela* (ARB/08/3), sentence du 2 août 2011. V. également la sentence intervenue au titre du Traité sur la Charte de l'Energie, S.A., *Limited Liability Company Amto contre Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, paragraphe 46.

Tribunal constate, en se fondant sur les principes reconnus en droit international public, qu'en cas d'ambiguïté, il devra décliner sa compétence, le consentement à l'arbitrage ne pouvant être présumé :

« Moreover, a State's consent to arbitration shall not be presumed in the face of ambiguity. Consent to the jurisdiction of a judicial or quasi-judicial body under international law is either proven or not according to the general rules of international law governing the interpretation of treaties. The burden of proof for the issue of consent falls squarely on a given claimant who invokes it against a given respondent. Where a claimant fails to prove consent with sufficient certainty, jurisdiction will be declined.

This principle follows from the lack of a default forum for the presentation of claims under international law. Whereas the inherent jurisdiction or hermetic division of competence over claims before general courts is a common feature of municipal judicial systems, the default position under public international law is the absence of a forum before which to present claims. The absence of a forum before which to present valid substantive claims is thus a normal state of affairs in the international sphere. A finding of no jurisdiction should not therefore be treated as a defect in a treaty scheme that runs counter to its object and purpose in providing for substantive investment protection »⁶⁰⁰.

Le consentement est donc bien la pierre angulaire de l'arbitrage, ce qui justifie qu'une attention particulière soit prêtée à sa vérification.

Cependant, cela ne signifie pas pour autant que ce consentement pourra être retiré au bon gré des Etats. La Convention de Washington insiste sur la force juridique du consentement, qui, même s'il est donné par un Etat, ne pourra être retiré unilatéralement et implique un comportement de bonne foi de sa part en relation avec le CIRDI. C'est ce qui ressort du Préambule de la Convention :

« Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée »⁶⁰¹.

Cela est confirmé par l'article 25 de la Convention :

« Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement ».

⁶⁰⁰ S.A. CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited contre Argentine*, sentence sur la compétence du 10 février 2012, paragraphes 280 et 281.

⁶⁰¹ Alinéa 6 du Préambule de la Convention de Washington.

Cela est intéressant au regard de la qualité des parties. Même s'il s'agit d'un arbitrage mixte, l'Etat ne pourra déduire de sa souveraineté la possibilité de se dégager de son engagement de recourir au CIRDI, même si cet engagement a été pris à l'égard d'une personne privée⁶⁰².

Parallèlement, l'article 25 (1) de la Convention insiste sur le fait que

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

Il est exigé un double consentement, qui consiste, d'une part, dans le consentement des deux Etats – Etat hôte et Etat de nationalité – qui doivent avoir ratifié, à la date de lancement de la procédure, la Convention de Washington⁶⁰³ – si l'on exclut le cas particulier du Mécanisme supplémentaire ; et, d'autre part, dans le consentement écrit des deux parties au litige acceptant de soumettre le différend à l'arbitrage CIRDI.

Le consentement des Etats s'exprime donc par la ratification et l'entrée en vigueur de la Convention de Washington pour l'Etat de nationalité et l'Etat d'accueil de l'investissement. A la lecture de la Convention de Washington, on constate, cependant, une exception – certes limitée – à cette règle, du fait que l'article 72 oblige un Etat qui aurait dénoncé la Convention de Washington et qui n'y serait donc plus partie à accepter la compétence du Centre s'il avait donné son consentement et que son consentement avait été accepté avant la dénonciation⁶⁰⁴. Dès lors, la compétence du Centre s'étendrait à un litige où l'Etat de nationalité ou l'Etat hôte ne serait plus partie à la Convention⁶⁰⁵. Ce tempérament s'explique logiquement par la volonté de ne pas « porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat (...) qui découlent d'un

⁶⁰² Sur l'irrévocabilité du consentement, v. CIRDI, *Abaclat et autres contre Argentine* (ARB/07/5), décision du 4 août 2011, paragraphe 439 : « *With regard to the « irrevocability » of the consent, this irrevocability is not a prerequisite of a valid consent but rather a consequence of the existence of a valid consent : if a party has validly consented to ICSID arbitration, such consent is irrevocable. Thus, although irrevocability and validity go hand in hand, irrevocability does not constitute a separate validity requirement. Thus, whilst it is necessary, it is also sufficient that the party giving its consent be aware of and agrees with such irrevocable nature* ».

⁶⁰³ V. l'article 1(2) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats : « l'objet du Centre est d'offrir les moyens pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants ».

⁶⁰⁴ Sur la dénonciation de la Convention de Washington, voir, notamment, E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, p. 3 et s. ; S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358 ; J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration ?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 71-87 ; C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p. ; O. M. Garibaldi, "15. On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278 ; A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.

⁶⁰⁵ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 1279-1282.

consentement à la compétence du Centre »⁶⁰⁶. Ainsi, l'article 72 tente de préserver les droits tirés du consentement donné à la compétence du Centre, en empêchant l'Etat d'échapper à l'arbitrage du simple fait de sa dénonciation de la Convention de Washington. Si l'offre d'arbitrage par l'Etat a été acceptée avant la dénonciation, l'Etat demeure lié. *A contrario*, si l'Etat avait offert son consentement unilatéralement, sans que celui-ci soit accepté avant la dénonciation de la Convention, alors le CIRDI ne sera pas compétent. Le moment pris en considération pour la dénonciation est ici celui de la réception de la notification par le dépositaire⁶⁰⁷ et non celui prévu par l'article 71 de la Convention, intervenant six mois après la dénonciation⁶⁰⁸. Ainsi, par exemple, si le consentement de l'Etat à la compétence du Centre est contenu dans un traité bilatéral d'investissement ou dans une loi, l'investisseur devra avoir accepté l'offre avant le jour de la dénonciation par l'Etat de la Convention de Washington. Cela ne signifie pas nécessairement qu'un différend est apparu ou qu'un litige est déjà né : en fonction de la formulation du consentement de l'Etat, l'investisseur pourra très bien accepter l'offre en termes généraux et relativement à n'importe quel différend pouvant s'élever avec l'Etat hôte⁶⁰⁹.

Ainsi, tout converge vers la préservation des droits de l'investisseur qui, dans cet arbitrage mixte, pourrait se retrouver dans une position désavantageuse face à l'Etat.

Le premier consentement ne concerne donc que les Etats, d'accueil et de nationalité, qui doivent avoir ratifié la Convention de Washington conformément aux règles traditionnelles du droit international public. L'investisseur est exclu de ce premier processus et n'intervient que pour le second consentement, celui entre les parties au litige.

Les conditions entourant ce consentement sont plus souples. Il peut se trouver dans divers instruments : tant qu'il est écrit, aucune autre condition de forme n'est imposée. Cependant, cela ne signifie pas que le tribunal n'exercera aucun contrôle sur ce consentement, comme l'a rappelé le Tribunal dans l'affaire *Abaclat contre Argentine* :

« One could argue that a tribunal's role is limited to the examination of the existence of a written consent, incorporating the parties' consent to submit the dispute to ICSID arbitration, without further examination regarding other aspects of such consent.

However, the Tribunal's view is that such an approach may – depending on the circumstances – not give sufficient regard to the crucial role of consent, which constitutes the cornerstone of ICSID and BIT arbitration. Under the particular circumstances of the present case and the nature and scope of Respondent's

⁶⁰⁶ V. l'article 72 de la Convention de Washington.

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ V. *infra*, p. 837 et s.

⁶⁰⁹ C. Schreuer compare, à cet égard, les termes des articles 25 et 72 de la Convention de Washington et insiste sur le fait qu'alors qu'est mentionné le consentement des parties à l'article 25, l'article 72 évoque le « consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux » seulement. V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 1281.

objections, the Tribunal considers that it not only has the duty to examine the existence of a written document incorporating a consent to submit the present dispute to ICSID arbitration, but it should also ask itself whether such consent reflected Claimants' sincere intention »⁶¹⁰.

Le contrôle du tribunal ne sera donc pas purement formel et pourra être assez poussé. Dès lors, le Tribunal se fonde sur le droit international public pour vérifier si le consentement est véritable :

*« The Tribunal believes that in the present case its examination regarding consent should go beyond the mere formal existence of the consent. In this respect, the Tribunal finds that reference should be made to international law and in particular the general principles of law requiring that any consent be genuine and intended, i.e., free from coercion, fraud and/or any essential mistake »*⁶¹¹.

Le consentement doit, en outre, être explicite. Dans l'affaire *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. contre Fédération de Saint Kitts and Nevis*⁶¹², le tribunal a relevé qu'on ne pouvait conclure au consentement du défendeur, lorsque celui-ci n'était pas partie à l'accord contenant ce même consentement.

Hormis ce cas, il semble que les tribunaux examinent avec souplesse le consentement, dont les mécanismes d'offre peuvent diverger.

2°) Les modalités d'offre du consentement

Le consentement peut être donné de diverses façons. Bien évidemment, il peut s'agir d'un accord direct entre l'investisseur et l'Etat hôte, par exemple, par clause compromissoire dans le cadre d'un contrat d'investissement, prévoyant par avance de soumettre de possibles futurs différends relatifs à l'opération d'investissement au CIRDI, ou par compromis visant à régler un litige spécifique et actuel par l'arbitrage CIRDI⁶¹³. Il est très fréquent de trouver des « clauses CIRDI » dans les contrats entre Etat et investisseur étranger⁶¹⁴, ce qui explique que

⁶¹⁰ CIRDI, *Abaclat et autres contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence du 4 août 2011, paragraphes 434-435.

⁶¹¹ *Ibid.*, paragraphe 436.

⁶¹² V. CIRDI, *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. c. Fédération de Saint Kitts et Nevis* (ARB/95/2), sentence de 1998, ICSID Rev. - FILJ, pp. 328-394 et en particulier, pp. 354-361.

⁶¹³ De tels compromis sont rares. On en trouve, néanmoins, dans les affaires CIRDI, *MINE c. Guinée* (ARB/84/4) ; CIRDI, *Swiss Aluminium Ltd. and Icelandic Aluminium co. Ltd. c. Islande* (ARB/83/1) ; CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica* (ARB/96/1).

⁶¹⁴ V., par ex., les affaires CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc* (ARB/72/1) ; CIRDI, *Adriano Gardella c. Côte d'Ivoire* (ARB/74/1) ; CIRDI, *Kaiser Bauxite c. Jamaïque* (ARB/74/3) ; CIRDI, *AGIP c. Congo* (ARB/77/1) ; CIRDI,

le CIRDI a publié des clauses modèles visant à faciliter l'élaboration de tels contrats⁶¹⁵. Ces clauses sont de simples exemples et ne lient absolument pas les parties, qui peuvent les adapter aux circonstances spécifiques de leur relation. Là encore, aucune condition de forme spécifique n'est exigée, hormis le fait que le consentement doit être écrit. Il peut donc être contenu dans un instrument unique ou dans divers documents. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Amco contre Indonésie*. En effet, se posait un problème de compétence *ratione personae*, l'Indonésie considérant que la société Amco Asia, société mère d'Amco, ne pouvait se prévaloir de l'arbitrage CIRDI, étant donné qu'elle n'était pas visée par la clause d'arbitrage contenant le consentement écrit à la compétence du Centre. Le tribunal répond que :

« bien qu'un consentement écrit à l'arbitrage CIRDI soit indispensable puisqu'il est requis par l'article 25(1) de la Convention, un tel consentement par écrit n'a pas à être exprimé par une formulation solennelle, rituelle et unique. La convention d'investissement étant passée par écrit, il suffit d'établir que son interprétation de bonne foi montre que les parties ont consenti à l'arbitrage CIRDI, pour que le tribunal CIRDI ait compétence à leur égard »⁶¹⁶.

On constate donc qu'aucun formalisme n'entoure la condition de consentement écrit. Ainsi, dans l'affaire *CSOB c. Slovaquie*, le tribunal a considéré que la simple référence dans le contrat aux lois nationales et au traité bilatéral d'investissement entre la République tchèque et la Slovaquie emportait consentement écrit à l'arbitrage, en vertu de la clause CIRDI contenue dans le traité⁶¹⁷.

Benvenuti & Bonfant c. Congo (ARB/77/2) ; CIRDI, *Amco c. Indonésie* (ARB/81/1) ; CIRDI, *Klöckner c. Cameroun* (ARB/81/2) ; CIRDI, *SOABI c. Sénégal* (ARB/82/1) ; CIRDI, *LETSCO c. Libéria* (ARB/83/2) ; CIRDI, *Atlantic Triton c. Guinée* (ARB/84/1) ; CIRDI, *Vaccum Salt c. Ghana* (ARB/92/1) ; CIRDI, *Mobil Oil c. Nouvelle Zélande* (ARB/87/2).

⁶¹⁵ Ces clauses sont disponibles sur le site Internet du CIRDI. Par exemple, la Clause 1 suggère comme clause compromissoire : « Le [Gouvernement] / [nom de la collectivité publique ou de l'organisme] de nom de l'Etat contractant (dénommé ci-après l'« Etat d'accueil ») et nom de l'investisseur (dénommé ci-après l'« investisseur ») consentent par la présente à soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (dénommé ci-après le « Centre ») tout litige né du présent accord ou en relation avec lui en vue de son règlement par [conciliation] / [arbitrage] / [conciliation puis arbitrage si le litige n'a pas été réglé dans les délais de la communication du rapport de la Commission de conciliation aux parties] conformément aux dispositions de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (dénommée ci-après la « Convention »). La Clause 2, quant à elle, propose un modèle de compromis : « Le [Gouvernement] / [nom de la collectivité publique ou de l'organisme] de nom de l'Etat contractant (dénommé ci-après l'« Etat d'accueil ») et nom de l'investisseur (dénommé ci-après l'« investisseur ») consentent par la présente à soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (dénommé ci-après le « Centre »), en vue de son règlement par [conciliation] / [arbitrage] / [conciliation puis arbitrage si le litige n'a pas été réglé dans les délais de la communication du rapport de la Commission de conciliation aux parties] conformément aux dispositions de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, le différend suivant né de l'investissement décrit ci-après:... ».

⁶¹⁶ Traduction d'Emmanuel Gaillard in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., pp. 27-28.

⁶¹⁷ V. CIRDI, *CSOB c. Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence, 24 mai 1999, *ICSID Rev. - FILJ*, n°14, pp. 251-283, en particulier pp. 268-271.

L'accord peut également être constitué par une offre générale d'arbitrage de l'Etat hôte, qui sera ensuite acceptée par l'investisseur. Il y aura alors bien les deux consentements, même si ceux-ci sont dissociés. Une telle offre générale d'arbitrage peut se trouver dans la législation de l'Etat hôte – dans ce que l'on appelle souvent un code d'investissement – mais aussi dans un traité entre ce dernier et l'Etat de nationalité de l'investisseur.

Beaucoup de pays importateurs de capitaux ont adopté des législations sous forme de dispositions générales contenant le consentement de l'Etat à l'arbitrage CIRDI. Certains l'ont fait de façon très précise, comme par exemple l'Albanie :

« *the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes* »⁶¹⁸.

Il demeure que la majorité des Etats préfèrent inclure une référence à la Convention de Washington, parmi d'autres modes de règlement des différends. La question se pose de savoir quelle est la portée exacte d'une telle disposition. Certaines législations vont explicitement mentionner que cette référence constitue un consentement à la compétence du Centre. C'est, notamment, le cas pour la République Centrafricaine⁶¹⁹, la Côte d'Ivoire⁶²⁰ ou la Mauritanie⁶²¹. Cependant, certaines dispositions sont moins explicites, mais il peut quand même en être déduit l'expression du consentement de l'Etat. Ainsi, le droit camerounais autorise l'investisseur étranger à recourir au CIRDI pour régler un éventuel différend⁶²² ; le droit kazakh permet aux parties de faire régler un différend par plusieurs institutions, dont le CIRDI⁶²³, comme la législation somalienne ou zambienne qui propose le Centre au titre des diverses méthodes par lesquelles un différend peut être résolu⁶²⁴.

L'affaire *SPP contre Egypte*⁶²⁵, considérée comme essentielle pour l'appréhension du consentement en droit international des investissements, apporte un éclairage sur ce point. La demande d'arbitrage se fondait sur l'article 8 de la loi égyptienne n° 43 de 1974, relative à l'investissement de Fonds arabes et étrangers et la zone libre⁶²⁶. Cet article disposait :

⁶¹⁸ Article 8(2) de la loi albanaise sur les investissements étrangers, reproduite dans l'affaire CIRDI, *Tradex c. Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence, 24 décembre 1996, *ICSID Rev. - FILJ*, n°14, 1999, pp. 161 et s., p. 174. V. également les législations guinéenne (ordonnance n°001/PRG/87 du 3 janvier 1987 relative à l'établissement d'un Code d'Investissement), botswanaise (section 11 de la loi sur le règlement des différends relatifs aux investissements (Convention), 1970), sri lankaise (section 26 (1) de la loi relative à la *Greater Colombo Economic Commission*) ; togolaise (article 4 de la loi N°85-3 du 29 janvier 1985, portant révision du Code d'investissement).

⁶¹⁹ V. l'article 30 du Code d'investissement de la République Centrafricaine, 1988.

⁶²⁰ V. l'article 10 du Code d'investissement de la Côte d'Ivoire, 1984.

⁶²¹ V. l'article 7(2)(d) du Code d'investissement de la Mauritanie, 1989.

⁶²² V. l'article 45(1) du Code camerounais d'investissement, 1990.

⁶²³ V. l'article 27(2) de la loi kazakh sur l'investissement étranger, 1995.

⁶²⁴ V. l'article 19 de la loi somalienne sur l'investissement étranger, 1987, et la Section 40(6) de la loi zambienne sur l'investissement, 1991.

⁶²⁵ CIRDI, *SPP c. Egypte* (ARB/84/3), décision sur la compétence I, 27 novembre 198. Pour la traduction en français, v. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 353.

⁶²⁶ La loi égyptienne n°43 a, depuis, été remplacée par la loi d'investissement de 1989.

« Les contestations ayant trait à l'investissement, et concernant la mise en exécution des dispositions de la présente loi sont réglées par le moyen convenu avec l'investisseur, ou dans le cadre des conventions en vigueur entre la R.A.E. et l'Etat de l'investisseur, ou encore dans le cadre de la Convention de règlement des contestations des investissements entre l'Etat et les citoyens des autres Etats, convention à laquelle a adhéré la R.A.E. en vertu de la loi No. 90 de 1971, et ce dans le cas où ladite Convention est applicable »⁶²⁷.

L'Egypte considérait que la clause faisant référence au CIRDI n'avait pas de caractère auto-exécutoire et nécessitait donc un accord séparé avec l'investisseur, la loi étant trop ambiguë et équivoque pour établir le consentement de l'Egypte et ayant pour seul objet d'informer de possibles investisseurs que le CIRDI était l'un des mécanismes de règlement des différends proposé par cet Etat pour inclure dans un futur accord⁶²⁸.

Le tribunal a rejeté une telle argumentation, considérant que rien dans la loi n'exigeait une manifestation *ad hoc* du consentement de l'Egypte à la compétence du Centre⁶²⁹. Le tribunal conclut de la sorte :

*« 116. On the basis of the foregoing considerations, the Tribunal finds that Article 8 of Law N° 43 establishes a mandatory and hierarchic sequence of dispute settlement procedures, and constitutes an express "consent in writing" to the Centre's jurisdiction within the meaning of Article 25(1) of the Washington Convention in those cases where there is no other agreed-upon method of dispute settlement and no applicable bilateral treaty »*⁶³⁰.

Le CIRDI était donc compétent. Toutefois, l'interprète doit faire preuve de prudence, les références de la législation interne n'équivalant pas toujours à une offre d'arbitrage ou à un consentement à la compétence du Centre. Les dispositions doivent être étudiées attentivement ; parallèlement, le législateur doit faire attention à ne pas laisser subsister la moindre ambiguïté. Aussi, certaines législations précisent qu'il sera nécessaire de rechercher le consentement de l'Etat. Par exemple, la loi égyptienne relative à l'investissement, adoptée après l'affaire *SPP*, énonce dans son article 55 que :

*« The parties concerned may also agree to settle such disputes within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country or within the framework of the [ICSID] Convention... subject to the terms and conditions, and in the instances where such agreements do apply »*⁶³¹.

⁶²⁷ CIRDI, *SPP c. Egypte*, décision sur la compétence I, 27 novembre 1985. Cette loi a également été utilisée à l'appui d'une autre affaire CIRDI, *Manufacturers Hanover Trust Company contre Egypte et Autorité générale pour l'Investissement et les zones franches* (ARB/89/1). Finalement, un règlement amiable fut trouvé et une ordonnance de désistement adoptée le 24 juin 1993.

⁶²⁸ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, p. 235.

⁶²⁹ CIRDI, *SPP c. Egypte*, décision sur la compétence I, 27 novembre 1985.

⁶³⁰ *Id.*

⁶³¹ Article 55 de la loi égyptienne n° 230 de 1989. V. pour un commentaire, B. P. Marchais, "The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 4, n° 2, 1989, pp. 297-309.

On trouve des dispositions similaires dans les législations du Salvador⁶³², de Madagascar⁶³³, de Malawi⁶³⁴ et du Mozambique⁶³⁵. Il sera alors nécessaire que l'investisseur et l'Etat signent un accord spécifique contenant leur consentement à la compétence du CIRDI.

Face à l'offre générale d'arbitrage évoquée précédemment, l'investisseur devra révéler son acceptation de l'offre, de façon à parfaire l'accord des parties sur le consentement à l'arbitrage⁶³⁶. Cette acceptation de la compétence du Centre devra se faire par écrit, formalité nécessaire pour respecter les termes de la Convention de Washington. L'Etat hôte peut également imposer certaines conditions, notamment de forme ou de durée, dans sa législation, pour exprimer cette acceptation.

Ce consentement de l'investisseur peut donc s'exprimer de diverses façons, dans le cadre d'un accord d'investissement ou d'une simple communication avec l'Etat hôte. Le cas échéant, on considérera que cette condition est remplie par le simple fait de déposer une requête devant le CIRDI. Cela ressort de l'affaire *Tradex c. Albanie*, dans laquelle la loi albanaise de 1993 contenait une offre de l'Etat hôte. Le Tribunal a considéré que :

« Commençant avec l'article 25 de la Convention CIRDI, le Tribunal note que, bien que le consentement par accord écrit soit la méthode habituelle de soumission à la compétence du Centre, il est à présent considéré comme acquis, sans qu'il soit nécessaire de développer ce point, qu'un tel consentement peut aussi être donné unilatéralement par un Etat Contractant par le biais de ses lois nationales, le consentement prenant effet au plus tard si et quand l'investisseur étranger dépose sa requête auprès du CIRDI en invoquant la loi nationale en cause »⁶³⁷.

Dans l'affaire *SPP c. Egypte*, ce consentement fut exprimé par une lettre envoyée au Ministre du tourisme égyptien, en plus de la requête déposée devant le CIRDI⁶³⁸.

Malgré ces assouplissements très importants, le consentement est toujours nécessaire et appelle une démarche volontaire de l'Etat. Ces conditions peuvent donc être encore difficiles à remplir, ce qui explique le peu d'affaires dont le CIRDI a eu à connaître jusqu'aux années 1990. Néanmoins, par la suite, la situation s'est nettement améliorée : le CIRDI connaît une

⁶³² V. l'article 21 de la loi du Salvador sur la promotion et la garantie de l'investissement étranger, 1988.

⁶³³ V. l'article 33 du Code d'investissement de Madagascar, 1989.

⁶³⁴ V. la section 18 de la loi de promotion de l'investissement de Malawi, 1991.

⁶³⁵ V. l'article 25 de la loi sur l'investissement du Mozambique, 1993.

⁶³⁶ V., par ex., S.A. CNUDCI, *Ethyl contre Canada*, sentence sur la compétence du 24 juin 1998 (paragraphe 59) ; l'arbitrage dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Energie, *Amto contre Ukraine*, sentence du 26 février 2008 (paragraphe 46) ; l'arbitrage CNUDCI, *Eureko contre Slovaquie*, décision sur la compétence, 26 octobre 2010 (paragraphe 220-223).

⁶³⁷ CIRDI, *Tradex c. Albanie*, décision sur la compétence I, 24 décembre 1996. V. la traduction in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 498.

⁶³⁸ CIRDI, *SPP c. Egypte*, décision sur la compétence I, 27 novembre 1985. La lettre était, pour ce qui nous intéresse, rédigée de la sorte : « we hereby notify you that we accept and reserve the opportunity of availing ourselves of the uncontested jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, under the auspices of the World Bank, which is open to us as a result of Law N° 43 of 1974, Article 8 of which provides that investment disputes may be settled by ICSID arbitration ».

croissance exponentielle du nombre d'affaires qui lui sont présentées, qui résulte de la multiplication des conventions bilatérales relatives à la promotion et la protection de l'investissement, qui contiennent toutes « la clause CIRDI » concernant les recours en cas de différend.

PARAGRAPHE 2. LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT, MOTEUR DU DEVELOPPEMENT DE L'ARBITRAGE CIRDI

La conjonction de deux facteurs a changé la donne. D'une part, la prolifération des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements – il en existe désormais près de 3 000⁶³⁹ – contenant toutes des clauses d'arbitrage mixte, sous la forme de clauses CIRDI, a abouti à un développement rapide de la jurisprudence du Centre, avec environ trente nouvelles affaires introduites chaque année⁶⁴⁰. D'autre part, la découverte dans les conventions bilatérales d'investissement du consentement de l'Etat, après la jurisprudence *AAPL*, a permis l'élimination de la condition du second consentement. La conjonction de ces éléments fait que le CIRDI n'a, aujourd'hui, plus la même configuration que lors de ses premières années d'existence. C'est ce que note Emmanuel Gaillard :

« Le phénomène le plus marquant de l'histoire du CIRDI a été le développement spectaculaire qu'a connu récemment l'arbitrage sur le fondement d'instruments de protection des investissements dans lesquels le consentement de l'Etat d'accueil et celui de l'investisseur sont dissociés »⁶⁴¹.

Cet impact incontestable se justifie par le fait que, dès lors, l'ouverture de l'arbitrage CIRDI était bien plus aisée, permettant au nombre d'affaires de connaître une croissance exponentielle et facilitant ainsi

⁶³⁹ A la fin de l'année 2011, il existait 3 164 accords relatifs aux investissements, dont 2 833 traités bilatéraux d'investissement. V. CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 84-92.

⁶⁴⁰ En 2011, au moins 46 requêtes en arbitrage sur le fondement d'un traité relatif aux investissements ont été déposées, ce qui constitue le plus grand nombre de recours en une année. Ainsi, à la fin de l'année 2011, 450 affaires relatives aux investissements étaient fondées sur un accord international. V. CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 86-88.

⁶⁴¹ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 2.

« *the establishment of a genuine arbitration case law specific to the field of investment* »⁶⁴².

Ce développement, entraîné par la jurisprudence *AAPL* et la prolifération des traités bilatéraux d'investissement (A), a été accueilli avec suspicion, certains considérant que l'arbitrage n'était dès lors plus consenti, mais forcé, et qu'il déséquilibrait la situation à la faveur de l'investisseur (B).

A. Un consentement révélé

La question du consentement occupe une place essentielle dans les clauses de règlement des différends mixtes contenues dans les traités bilatéraux d'investissement. Tantôt voilée, tantôt affirmée, la recherche de la volonté des parties n'est pas toujours aisée et demande une étude approfondie des conventions (1°). Cependant, la question semble aujourd'hui moins se poser, le consentement ayant été découvert ou affirmé avec la jurisprudence *AAPL* (2°).

1°) La vérification de l'existence d'un consentement dans les conventions bilatérales d'investissement

Malgré l'existence de modèles de traités bilatéraux d'investissement et l'inclusion systématique de clauses de règlement des différends mixtes, il faut constater l'absence d'uniformité dans la pratique conventionnelle et les différences notables existant dans la formulation des clauses de règlement des différends entre investisseur et Etat hôte de l'investissement, en particulier sur la question du consentement, d'autant plus que l'offre de consentement par l'Etat a fait l'objet d'une évolution importante ces dernières années.

Ainsi, certains traités donnent un consentement ferme et définitif, mais d'autres ne font que mentionner la possibilité de recourir à l'arbitrage, notant bien que le consentement de l'Etat devra être obtenu le cas échéant. C'était souvent le cas dans les précédents modèles de traités

⁶⁴² P. Duprey, "Do Arbitral Awards Constitute Precedents? Should Commercial Arbitration Be Distinguished in this Regard from Arbitration Based on Investment Treaties" in E. Gaillard, *Towards a Uniform International Arbitration Law*, Juris Publishing, Huntington, 2005, p. 251 et s., pp. 276-277.

bilatéraux d'investissement. Par exemple, le traité entre la Malaisie et la Suède de 1979 prévoit que :

« En cas de différend entre un ressortissant ou une société d'une Partie Contractante et l'autre Partie Contractante concernant un investissement sur le territoire de cette autre Partie Contractante, le différend sera soumis pour arbitrage, sous réserve de l'accord des deux parties, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats »⁶⁴³.

Ce type de disposition a alors simplement vocation à informer les parties au différend qu'elles peuvent conclure un accord ou un compromis d'arbitrage donnant compétence au CIRDI, mais n'inclut pas de consentement préalable de la part des Etats.

On assiste alors à une gradation de la force du consentement envisagé ou donné : certains accords vont encourager les Etats à le donner⁶⁴⁴, ne contenant qu'une obligation de moyen ; d'autres vont rendre cette offre tout simplement obligatoire⁶⁴⁵. C'est ce qui ressort de l'article 5 du traité entre la France et la Malaisie :

« Si les investisseurs en font la demande, chacune des Parties contractantes consentira à insérer dans ledit accord spécial une disposition prévoyant le recours, en cas de différend, au Centre international de Règlement des Différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) »⁶⁴⁶.

Cette disposition n'autorise pas l'investisseur à avoir directement recours au CIRDI et les conditions seront fixées par l'accord signé avec l'Etat. Il s'agit donc simplement d'une obligation conventionnelle envers l'autre Etat partie à l'accord, dont la violation aura pour seule conséquence la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat et un possible recours à l'arbitrage interétatique, prévu par les traités bilatéraux d'investissement pour l'application du traité.

Il convient donc, dans chaque cas, de procéder à une analyse précise des dispositions pour vérifier la portée réelle du consentement.

⁶⁴³ Article 9 du TBI Suisse – Sri Lanka (1981). V. également l'article 6 du TBI Malaisie – Suède, 1979 : « Au cas où un différend relatif à un investissement sur le territoire d'une Partie contractante pourrait opposer cette Partie contractante et un ressortissant ou une société de l'autre Partie contractante, ce différend sera soumis par accord entre les deux Parties en cause, à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements établi par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». V. encore les traités conclus par la Suède avec l'Egypte (1978) ou la Yougoslavie (1978).

⁶⁴⁴ V., par ex., l'article XI du TBI Pays-Bas – Kenya, 1970 : « The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of 18 March 1965, any dispute that may arise in connection with the investment ».

⁶⁴⁵ V., not., R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 133.

⁶⁴⁶ Article 5, alinéa 2, du TBI France – Malaisie, 1975. V. également TBI France – Corée, 1977.

Ceci n'est pas toujours une tâche aisée, certains traités demeurant assez ambigus, notant que l'investisseur devrait pouvoir recourir à l'arbitrage :

« Any dispute which may arise between an Investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment on the Territory of that other Contracting Party shall be subject to negotiations between the Parties in dispute.

If any dispute between an Investor of one Contracting Party and the other Contracting Party continues to exist after a period of three months, the Investor shall be entitled to submit the case (...) to the international centre for settlement of investment disputes »⁶⁴⁷.

La formule « *shall be entitled to* » n'est pas très précise sur la portée du consentement, l'investisseur devant pouvoir accéder au CIRDI, sans qu'on sache s'il s'agit d'une obligation pour l'Etat ou d'une simple possibilité. Il n'est donc pas aisé de savoir si, dans ce cas, il s'agit d'un consentement réel de la part des Etats.

Dans les traités plus récents, des efforts sont faits pour davantage de clarté. Ainsi, dans la majeure partie des cas, les clauses de règlement mixte des différends incluses dans les accords d'investissement contiennent un consentement réel et ferme à recourir à l'arbitrage, donné par avance⁶⁴⁸.

C'est le cas, depuis un certain temps, du modèle français. Par exemple, l'accord entre la France et le Nigeria de 1990 dispose :

« 1. Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie est, autant que possible, réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces Parties à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965 »⁶⁴⁹.

Cette disposition est claire sur le consentement donné par l'Etat. Néanmoins, la question se pose de savoir si réellement la demande peut être faite par l'une ou l'autre des parties au différend, sachant qu'il faudra dans tous les cas que l'investisseur consente par écrit à l'arbitrage, ce qu'il pourrait tout à fait refuser. Les traités plus récents ont renoncé à cette

⁶⁴⁷ Article IX du TBI Norvège - Lituanie, 16 août 1992.

⁶⁴⁸ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 45 et s. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 238-253 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 433-434

⁶⁴⁹ TBI France – Nigeria, 1990.

formule quelque peu équivoque, selon laquelle aussi bien l'investisseur que l'Etat pouvait recourir à l'arbitrage, pour plus de clarté :

« Si ce différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des parties au différend, il est soumis, à la demande de l'investisseur, soit aux tribunaux de la Partie contractante considérée soit à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) »⁶⁵⁰.

La plupart des modèles récents reprennent très clairement ce type de disposition et prévoient, sans équivoque, le consentement de l'Etat à l'arbitrage. Ainsi, dans le modèle canadien, l'article 28 traite du consentement à l'arbitrage et note :

« Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage fait conformément aux procédures établies dans le présent accord »⁶⁵¹.

De même, dans le modèle allemand de 2008, l'article 10 insiste également sur le fait que :

*« The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms »*⁶⁵², dont le Centre.

Le modèle américain de 2004, quant à lui, reprend de façon similaire l'affirmation du consentement des Etats :

« Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage en vertu de cette section du présent accord »⁶⁵³.

Deux dispositions sont particulièrement intéressantes, au regard de l'évolution de la jurisprudence du CIRDI. En effet, elles ont donné lieu à ce qui pourrait être qualifié de « révolution » dans l'arbitrage relatif aux investissements, permettant à l'investisseur de se fonder exclusivement sur le traité bilatéral d'investissement pour que le CIRDI se reconnaisse compétent.

La première se trouve dans le traité unissant le Royaume-Uni au Sri Lanka⁶⁵⁴ ; l'autre est issue d'un accord conclu par les Etats-Unis d'Amérique et se lit ainsi :

« Chaque partie consent par les présentes à soumettre les différends relatifs aux investissements au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux

⁶⁵⁰ Article 8(2) du TBI France – Turquie, 2006.

⁶⁵¹ Modèle canadien de 2004. Certes, le Canada n'est pas encore partie à la Convention de Washington, étant donné qu'il a signé le traité, mais ne l'a pas encore ratifié ; mais son modèle d'accord prévoit expressément le recours au CIRDI, même si cette clause ne peut pour l'instant être mise en action.

⁶⁵² Article 10 (2) du modèle allemand.

⁶⁵³ Article 25(1) du modèle des Etats-Unis.

⁶⁵⁴ V. *infra*, p. 158 et s.

investissements (Centre) aux fins de règlement par conciliation ou arbitrage exécutoire »⁶⁵⁵.

Ces dispositions ne laissent aucun doute sur la portée du consentement et l'on peut s'étonner qu'on n'en ait pas tiré les conséquences plus tôt. C'est ce qu'a fait la jurisprudence *AAPL*.

2°) La « révolution »⁶⁵⁶ *AAPL*

L'article 25 de la Convention de Washington traite de la compétence du Centre et prévoit un certain nombre de conditions de forme et de fond, s'appliquant à la fois aux procédures de conciliation et d'arbitrage, dont la première est que les parties doivent avoir consenti par écrit à soumettre le différend au Centre. A la naissance du CIRDI, les consentements de l'Etat et de l'investisseur étaient exigés simultanément pour s'assurer de la compétence. S'est alors posé la question de la conciliation entre le besoin d'expression du consentement de l'Etat, condition qui découle tout naturellement de sa souveraineté, et la volonté d'établir une compétence obligatoire du CIRDI, permettant l'efficacité de l'institution⁶⁵⁷. La solution se trouvait dans les conventions bilatérales d'investissement, comme l'avait évoqué le Rapport des administrateurs et, surtout, comme l'a révélé la jurisprudence du CIRDI elle-même⁶⁵⁸.

En effet, la prolifération des conventions bilatérales d'investissement a modifié la portée de l'exigence du second consentement. Il y a, dans les conventions bilatérales, des dispositions sur le règlement mixte, qui prévoient que les deux Etats contractants s'engagent par avance à recourir à l'arbitrage pour les réclamations soulevées par les investisseurs ressortissant de l'autre partie.

Or, comme pour les lois de protection des investissements, l'on considère depuis longtemps que l'Etat peut faire une offre générale d'arbitrage prenant une forme unilatérale. La première affaire d'arbitrage répondant à cette définition a été introduite sur le fondement d'une loi de

⁶⁵⁵ Article VII(2)(a) du TBI Etats-Unis d'Amérique – Zaïre, 1984. V., à cet égard, CIRDI, *AMT contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997.

⁶⁵⁶ Brigitte Stern qualifie ainsi les sentences *SPP* et *AAPL* de « vraie révolution copernicienne ». V. P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero (Table ronde), "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 347.

⁶⁵⁷ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 98.

⁶⁵⁸ V. le paragraphe 10 du Rapport des administrateurs : « Le consentement des Parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi ; mais la Convention ne contient aucune précision quant à la date à laquelle le consentement doit être donné. Il peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né ».

protection des investissements dans l'affaire *SPP c. Egypte* enregistrée en 1984⁶⁵⁹. Cette affaire concernait l'annulation par l'Égypte d'accords conclus avec une société pour l'aménagement d'un complexe touristique. Suite à cette annulation, la société Southern Properties Ltd avait eu recours à l'arbitrage, devant un tribunal constitué sous les auspices de la CCI, qui avait condamné l'Etat égyptien, avant que les juridictions du lieu de l'arbitrage – les juridictions françaises en l'espèce – n'annulent la sentence⁶⁶⁰. La société SPP s'était alors fondée sur la loi égyptienne 43/74, relative aux investissements étrangers, qui mentionnait l'arbitrage CIRDI au titre de recours possible pour le règlement des différends, afin d'obtenir l'arbitrage du Centre. SPP considérait que l'Etat avait clairement exprimé son consentement à l'arbitrage dans la loi⁶⁶¹, ce que le Tribunal arbitral a reconnu en admettant sa compétence en l'absence de clause compromissoire⁶⁶².

La plupart des traités bilatéraux d'investissement contiennent également des clauses ouvrant la possibilité aux ressortissants d'un des Etats contractants de recourir au CIRDI si un différend l'oppose à l'autre Etat⁶⁶³. On a, néanmoins, considéré pendant longtemps que le traité ne pouvait en lui-même constituer un consentement valable de l'Etat hôte à recourir au CIRDI dans le cadre d'un différend avec un investisseur, étant donné que le traité réglait les relations entre l'Etat hôte et l'Etat de nationalité et non l'investisseur. La jurisprudence *AAPL* a changé la donne.

L'affaire *Asian Agricultural Products Limited (AAPL) contre Sri Lanka*⁶⁶⁴, enregistrée en 1987 au CIRDI, était fondée sur un traité bilatéral de protection des investissements et a donné lieu à une sentence sur le fond en 1990. L'investisseur, une société de Hong Kong, avait pris une participation dans le capital d'une société de production de crevettes du Sri

⁶⁵⁹ CIRDI, *SPP c. Egypte* (ARB/84/3), décision sur la compétence I, 27 novembre 1985.

⁶⁶⁰ CA Paris, *République arabe d'Égypte contre Southern Pacific Properties Ltd*, 12 juillet 1984 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987.

⁶⁶¹ CIRDI, *SPP c. Egypte* (ARB/84/3), décision sur la compétence I, 27 novembre 1985, paragraphe 75. Le Tribunal, se fondant sur la loi égyptienne, constate que : « les mots « sont réglés » ont clairement un caractère impératif et, dans le contexte de l'article 8, indiquent une obligation de soumettre des différends à l'une ou à l'autre des trois méthodes de règlement si l'une de ces méthodes est applicable ». V. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 354.

⁶⁶² P. Leboulanger, "État, politique et arbitrage – L'affaire du Plateau des Pyramides", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1986, pp. 3-28 ; G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68 ; L. Lankarani, "Quelques remarques sur la sentence SPP c/ la République arabe d'Égypte", *Revue belge de droit international*, vol. 27, n°2, 1994, pp. 533-558 ; N. Rawding, "Protecting Investments Under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues", *Arbitration International*, vol. 11, n° 4, 1995, pp. 341-369 ; N. Nassar, "Internationalization of State Contracts : ICSID, The Last Citadel", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n° 3, 1997, pp. 185-208 ; Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15 ; G. Rosenberg, "State as Party to Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 387-409 ; P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361.

⁶⁶³ N. Gara, "Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006), Pedone, Paris, 2006, pp. 45-52.

⁶⁶⁴ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

Lanka et se plaignait des dommages subis par son investissement du fait des agissements des forces de sécurité sri-lankaises, qui avaient détruit ses installations.

L'investisseur se fondait sur la clause de règlement des différends contenue dans un accord bilatéral d'encouragement et de protection des investissements entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka et étendu à Hong Kong par un échange de notes, sans qu'il y ait entre la société et l'Etat hôte aucun lien contractuel ou compromis d'arbitrage. Dans le cas du traité unissant le Royaume-Uni au Sri Lanka de 1980, le consentement était clair et indéniable :

« Chacune des Parties contractantes consent à soumettre au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après dénommé le « Centre »), aux fins de règlement par voie de conciliation ou d'arbitrage par application de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, tout différend juridique s'élevant entre cette Partie contractante et un ressortissant ou une société de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement effectué par ce ressortissant ou cette société sur le territoire de la première Partie contractante »⁶⁶⁵.

Le tribunal a conclu à la recevabilité de la requête, considérant la clause de règlement des différends comme une offre permanente de recourir à l'arbitrage CIRDI. Ainsi, le Sri Lanka avait accepté le règlement des litiges par l'arbitrage dans son traité bilatéral d'investissement, sans qu'il soit nécessaire que ce consentement soit répété dans une clause compromissoire contenue dans un contrat entre l'investisseur et l'Etat ou dans un compromis d'arbitrage⁶⁶⁶. Etant donné que, pour qu'un consentement se forme, il faut une offre d'arbitrage, d'une part, et une acceptation, d'autre part ; et puisque l'offre était constituée par la clause d'arbitrage, il suffisait que l'investisseur dépose une requête en arbitrage – valant acceptation – pour que le consentement se forme. Le consentement apparaît alors comme dissocié.

Cette jurisprudence a été confirmée par la sentence rendue dans l'affaire *AMT contre Zaïre*, dans laquelle une société américaine se plaignait du fait que des membres de l'armée zaïroise avaient partiellement détruit et pillé son complexe industriel. Dans cette sentence, le tribunal explicite l'admission du consentement donné dans les traités bilatéraux d'investissement et précise le rôle fondamental de l'investisseur dans le déclenchement de la procédure. A la question de savoir s'il est nécessaire que l'investisseur consente à l'arbitrage ou si l'on peut se contenter des consentements exprimés par l'Etat hôte et par son Etat de nationalité – en l'espèce, les Etats-Unis d'Amérique⁶⁶⁷ – le tribunal répond :

⁶⁶⁵ Article 8, paragraphe 1, du TBI Royaume-Uni – Sri Lanka, 1980.

⁶⁶⁶ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

⁶⁶⁷ CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. contre République Démocratique du Congo* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997 : « 5.17. Le Tribunal doit maintenant, comme il l'a prévu, se demander s'il y a eu

« 5.19. Dans ce même ordre d'idées, il convient de se reporter à l'article VII, paragraphe 2 du traité. Il y est indiqué que « chaque partie consent par les présentes à soumettre les différends relatifs aux investissements au Centre international pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (Centre) aux fins de règlement par conciliation ou arbitrage exécutoire ». Cette disposition est éclairée par le paragraphe 3, *in fine*, du même article VII qui se lit ainsi : « si le différend ne peut pas être réglé au moyen de consultation et négociations, le différend est alors soumis pour règlement, conformément aux procédures applicables, dont les parties au différend auraient convenu à l'avance ».

5.20. Il apparaît nettement que si le Zaïre et les Etats-Unis sont convenus que les différends de la nature de celui qui est soumis au tribunal pourraient être portés devant le C.I.R.D.I., ils ont ainsi, chacun de son côté, accepté la compétence du C.I.R.D.I. pour y être éventuellement attrait par un ressortissant de leur cocontractant. Mais cette acceptation n'est pas automatique pour tous les différends, les parties en cause (c'est-à-dire un Etat et le ressortissant d'un autre Etat) restant maîtresses de la procédure qu'il convient d'appliquer pour résoudre le différend naissant (...).

5.23. Il se trouve précisément en l'espèce qu'AMT (le ressortissant visé au paragraphe 4) a voulu que soit suivie la procédure devant le C.I.R.D.I. Il l'a exprimé sans équivoque ; cette volonté jointe à celle du Zaïre exprimée dans le traité crée le consentement nécessaire à la validité de la saisine du Centre »⁶⁶⁸.

Ces décisions revêtent une importance fondamentale étant donné que la plupart des affaires enregistrées par la suite étaient fondées sur un traité bilatéral d'investissement⁶⁶⁹.

Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que tous les traités bilatéraux d'investissement contiennent une offre d'arbitrage et il faudra toujours se prêter à une interprétation attentive des clauses CIRDI, le consentement à l'arbitrage pouvant s'exprimer de différentes façons⁶⁷⁰.

consentement des parties à soumettre le différend au Centre. Une telle question est d'ailleurs directement liée au premier moyen examiné.

La première interrogation qui vient à l'esprit est celle-ci : est-il nécessaire, dans le cas d'espèce, qu'il y ait un consentement entre l'État (le Zaïre) et le ressortissant (AMT) de l'autre État (États-Unis), pour soumettre le différend au Centre ? Le traité bilatéral n'y suffit-il pas puisqu'il prévoit que les différends de la nature de celui que le tribunal examine doivent être portés devant le C.I.R.D.I. ?

Autrement dit, le consentement de l'État américain s'impose-t-il à son ressortissant ? Est-ce qu'il ne faut pas, en plus de ce consentement, le consentement de AMT, lui-même, relativement à un différend spécifique ? L'État américain peut-il imposer à son ressortissant le passage au C.I.R.D.I. ? Ou encore, est-ce qu'en l'absence d'un consentement de AMT, le traité signé par les États-Unis d'Amérique avec le Zaïre suffit à y faire place ?

5.18. Le Tribunal estime qu'à cette question, il faut répondre par la négative. L'exigence d'un consentement des parties ne disparaît pas avec l'existence du traité. La Convention prévoit un échange de consentements entre les parties. Quand l'article 25 dit en son paragraphe 1 que « les parties » doivent avoir consenti par écrit à soumettre le différend au Centre, il ne parle pas des États ou plus précisément, il parle d'un État et du ressortissant d'un État. Il apparaît donc que deux États ne peuvent pas, en application de l'article 25 de la Convention, obliger un de leurs ressortissants à se présenter devant le Centre ; ce serait un pouvoir que la Convention ne leur accorde pas ».

⁶⁶⁸ CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. contre République Démocratique du Congo* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997.

⁶⁶⁹ D. Asiedu-Akrofi, "ICSID Arbitral Decision", *AJIL*, vol. 86, n° 2, 1992, pp. 371-376, p. 371. Il note : « *This decision is important because it is the first case submitted to arbitration under the auspices of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) based upon a consent provision in a bilateral investment treaty. A majority of the disputes that have thus far been submitted for ICSID arbitration have been based primarily on clauses in investment agreements and occasionally on national investment laws* ».

⁶⁷⁰ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, spéc. pp. 236-238.

La diversité des clauses de règlement des différends mixtes contenues dans les traités bilatéraux d'investissement doit pousser les tribunaux à s'interroger sur leur portée exacte⁶⁷¹.

Par exemple, parfois le consentement ne pourra être que déduit de certaines expressions. C'était le cas dans l'affaire *CSOB contre Slovaquie*, dans laquelle le Tribunal s'est interrogé sur la formulation de la clause du traité bilatéral, qui se lisait ainsi :

« 2. *If the dispute between the investor of one Party and the other Party continues after a period of three months, the investor and the Party shall have the right to submit the dispute to either :*

*1) the International Center for the Resolution of Investment-Related Disputes with special regard to the applicable provisions of the Treaty on the Resolution of Investment-Related Disputes arising between States and nationals of other States »*⁶⁷².

La question de l'interprétation de l'article 8 du traité bilatéral d'investissement, relatif au règlement des différends⁶⁷³, posait problème, la Slovaquie soutenant que « le mode de règlement des différends prévu à son article 8 ne p[ouvait] être invoqué que par une soumission conjointe du différend par les parties à un tribunal arbitral CIRDI ou à un tribunal établi selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI »⁶⁷⁴. En l'absence de demande d'arbitrage conjointe, le CIRDI devrait décliner sa compétence. Se fondant sur l'effet utile de la clause, le Tribunal rejette une telle interprétation :

⁶⁷¹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 205-214.

⁶⁷² Article 8 du TBI République tchèque - Slovaquie pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 23 novembre 1992. V. également, par ex., l'article 11 du TBI Allemagne – Burkina Faso, 1996 : « (2) Si la divergence de vues ne peut être réglée dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'une des deux parties au différend l'aura soulevée, elle sera soumise à une procédure d'arbitrage sur demande du ressortissant ou de la société de l'autre partie contractante. A moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, la divergence de vues sera soumise à une procédure d'arbitrage dans le cadre de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965 ».

⁶⁷³ V. la traduction de E. Gaillard de l'article 8 dans l'affaire CIRDI, *CSOB c. Slovaquie* in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 578 : « 1. Tout différend qui s'élèverait entre l'investisseur d'une Partie et l'autre Partie relativement à un investissement quelconque réalisé sur le territoire de cette autre Partie, fera l'objet de négociations entre les parties au différend.

2. Si le litige entre l'investisseur d'une Partie et l'autre Partie perdure après une période de trois mois, l'investisseur et la Partie auront le droit de soumettre leur litige soit :

1) au Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements, eu égard aux dispositions applicables du Traité sur le règlement des différends relatifs aux investissements s'élevant entre les Etats et les ressortissants d'autres Etats, ouvert à la signature à Washington DC le 18 mars 1965, à la condition toutefois, que les deux Etats soient parties à ce Traité ; soit

2) à un arbitre ou à un tribunal arbitral international *ad hoc* constitué conformément au règlement d'arbitrage de la Commission de l'Organisation des Nations Unies pour le droit commercial international.

Les parties au litige peuvent convenir par écrit de modifier ces règles. La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire pour les deux parties au litige.

3. Le litige doit être résolu par le premier des organes mentionnés à l'article 2 ci-dessus qui a été saisi aux fins de résolution du litige ».

⁶⁷⁴ Point 56 de l'affaire CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 24 mai 1999, tel que traduit in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 590.

« soutenir que les parties doivent soumettre leur différend à l'arbitrage conjointement revient à constater que les termes de l'article 8 du BIT, même s'ils satisfont par ailleurs les conditions de compétence du CIRDI, ne prévoient pas d'arbitrage obligatoire à moins que les parties ne conviennent de recourir à l'arbitrage lorsqu'un conflit surgit (...).

Une telle interprétation laisserait les investisseurs sans la protection que procure l'arbitrage international, contrairement au principal objectif des traités bilatéraux de protection des investissements. Le fait que certains de ces traités contiennent des dispositions prévoyant une soumission conjointe des litiges à l'arbitrage n'impose pas la conclusion que des dispositions dont la formulation est au mieux ambiguë doivent être interprétées en ce sens »⁶⁷⁵.

Chaque partie était donc en droit d'introduire séparément l'instance.

Dans d'autres cas, les références au CIRDI dans les conventions bilatérales d'investissement ne pourront être considérées comme des offres générales d'arbitrage de la part de l'Etat hôte. Dans certaines clauses, l'Etat s'engage seulement à donner un consentement futur à l'arbitrage, dans un accord d'investissement avec la personne privée⁶⁷⁶ ou en cas de recours au Centre par l'investisseur⁶⁷⁷. Dans ces cas, l'investisseur ne disposera que d'un droit médiat d'accès au Centre. En effet, si l'Etat refuse de donner son consentement, le Secrétaire général du CIRDI rejettera d'office la requête et il reviendra à l'Etat de nationalité de faire en sorte que l'Etat hôte remplisse son engagement conventionnel de donner son consentement.

Parfois encore, l'accord bilatéral d'investissement n'obligera l'Etat qu'à prendre en considération de façon bienveillante la demande de recours au CIRDI⁶⁷⁸. Il faudra alors rechercher le consentement de l'Etat, par un accord direct entre l'investisseur et l'Etat en cause, soit au moment de l'investissement, soit après la naissance du différend, la seule obligation de l'Etat étant d'examiner la requête de bonne foi.

L'offre générale d'arbitrage au travers de traités bilatéraux d'investissement est, cependant, aujourd'hui devenue une donnée courante, ce qui ressort des générations récentes de modèles

⁶⁷⁵ CIRDI, *CSOB contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphes 56-58, tels que traduits in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 591.

⁶⁷⁶ V. not. l'article 5 du TBI France – Malaisie, 1975 : « Si les investisseurs en font la demande, chacune des Parties contractantes consentira à insérer dans ledit accord spécial une disposition prévoyant le recours, en cas de différend, au Centre international de Règlement des Différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.) ».

⁶⁷⁷ V. not. l'article 10 du TBI Pays-Bas – Pakistan, 1988 : « La Partie contractante sur le territoire de laquelle un ressortissant de l'autre Partie contractante effectue ou envisage d'effectuer un investissement consent, à la demande dudit ressortissant, à soumettre, par voie de conciliation ou d'arbitrage, au Centre établi par la Convention de Washington du 18 mars 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, tout différend qui peut survenir au sujet de l'investissement ».

⁶⁷⁸ V., par ex., l'article XI du TBI Pays-Bas – Kenya, 1970 : « The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of 18 March 1965, any dispute that may arise in connection with the investment ».

d'accords⁶⁷⁹. Aujourd'hui, les clauses CIRDI, exprimant le consentement des deux Etats contractants à recourir au CIRDI en cas de différend avec un investisseur, sont incluses dans la très grande majorité des traités et l'interprétation du CIRDI est bien établie⁶⁸⁰. Cela ne signifie pas pour autant que le consentement sera reconnu dans toutes les clauses de règlement mixte et il faudra, en tout cas, prêter une attention particulière à ces dispositions⁶⁸¹, étant donné que l'action se fonde sur elles et qu'elles en déterminent les conditions.

Par exemple, le CIRDI n'est souvent pas le seul forum ouvert par les traités bilatéraux d'investissement, qui mentionnent en général plusieurs alternatives, comme les tribunaux de l'Etat hôte ou d'autres possibilités d'arbitrage – institutionnalisés ou *ad hoc*. Les modalités de choix sont diverses⁶⁸² : il faudra parfois que le consentement à la procédure choisie soit exprimé spécifiquement, alors que dans d'autres cas il sera considéré comme acquis ; de même, dans certains cas, le choix appartiendra à chacune des parties, d'autres fois, il ne pourra être que le fait de l'investisseur.

Parallèlement, les conventions bilatérales d'investissement pourront déterminer un certain nombre de conditions, comme, par exemple, l'obligation d'une tentative de règlement amiable du différend, et imposer des restrictions. Il se peut, notamment, que le consentement de l'Etat à la juridiction du CIRDI ne vaille que pour certains différends ou certaines matières ou encore que l'introduction de l'instance soit soumise à un délai de prescription⁶⁸³.

Néanmoins, il faut relever que, dans la majorité des cas, les conditions de saisine du CIRDI sont tout à fait imprécises dans les conventions bilatérales d'investissement. Par exemple, dans l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Turquie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 15 juin 2006, l'article 8 dispose :

⁶⁷⁹ C'est également le cas pour des traités multilatéraux. V., par ex., pour l'ASEAN S.A., *Yaung Chi Oo Trading contre Myanmar*, sentence du 31 mars 2003, paragraphes 36-39 ; pour le Traité sur la Charte de l'Energie, SCC, *Amto contre Ukraine*, sentence du 26 mars 2008, paragraphe 45.

⁶⁸⁰ V., par ex., CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphe 35 : « *The Center can only have jurisdiction if there is mutual consent. It is now established beyond doubt that a general reference to ICSID arbitration in a BIT can be considered as being the written consent of the State, required by Article 25 to give jurisdiction to the Centre, and that the filing of a request by the investor is considered to be the latter's consent* ». V. également, CIRDI, *SGS contre Paraguay* (ARB/07/29), décision sur la compétence du 12 février 2010, paragraphes 60-73.

⁶⁸¹ V., par ex., l'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm SCC, *RosInvestCo UK Ltd contre Russie*, décision sur la compétence du 1^{er} octobre 2007, paragraphe 72 : « *The Tribunal does not see great difficulty in interpreting Article 8 in this context. That provision (...) contains express and unambiguous language in its 2nd paragraph: first, by using the word "shall", which makes clear that it is mandatory; and second, by adding the words "if either party to the dispute wishes", which clearly indicates that the initiation of the arbitration proceedings depend solely on the unilateral decision by either party and that the other party does not have to agree again in order to permit the arbitration to start* ».

⁶⁸² V., pour une étude complète, C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 205-214.

⁶⁸³ V. *infra*, p. 311 et s.

« 1. Tout différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante relatif à un investissement réalisé par ce dernier sur le territoire de la première Partie contractante dans le cadre de cet accord est réglé à l'amiable entre les deux Parties concernées.

2. Si le différend n'a pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une des Parties au différend, il est soumis, à la demande de l'investisseur, soit aux tribunaux de la Partie contractante considérée, soit à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) »⁶⁸⁴.

On en déduit qu'il s'agit là d'un consentement de portée générale et donné par avance à la compétence du CIRDI. La formulation de cette clause pousse à s'interroger sur la position des parties et à distinguer les situations selon que l'investisseur est demandeur ou défendeur. Si l'investisseur est demandeur devant le CIRDI, l'Etat défendeur ne peut se dérober : il a donné de façon générale et par avance son consentement à la conciliation ou à l'arbitrage CIRDI. A l'opposé, si l'Etat est demandeur devant le CIRDI, l'investisseur, défendeur, peut échapper à l'arbitrage : il peut refuser de donner son consentement écrit et spécial. L'investisseur et l'Etat se trouvent en situation de dissymétrie, grande problématique du droit international des investissements⁶⁸⁵.

L'ambiguïté de certaines clauses CIRDI a donné lieu à une appréciation par les tribunaux arbitraux, qui, même s'ils s'en sont toujours défendus⁶⁸⁶, ont retenu une interprétation extensive de celles-ci. Par exemple, dans l'affaire *CSOB contre Slovaquie*⁶⁸⁷, le problème se posait de savoir s'il existait un consentement à la compétence du CIRDI, étant donné qu'il était difficile de déterminer si le traité bilatéral d'investissement était entré en vigueur. En l'espèce, le tribunal se fonde sur la référence faite au traité dans un Accord de consolidation entre les parties à l'instance pour conclure qu'« en l'absence d'une clause de règlement des différends distincte, la référence au BIT satisfait à la condition que l'arbitrage international (...) soit le mode de règlement des différends convenu »⁶⁸⁸ et « qu'en éliminant l'expression

⁶⁸⁴ TBI France – Turquie, 2006.

⁶⁸⁵ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38 ; M. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202 ; W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272.

⁶⁸⁶ CIRDI, *Amco Asia c. Indonésie*, décision sur la compétence du 25 septembre 1983, traduction d'Emmanuel Gaillard de l'original en langue anglaise in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 22 : « Une Convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée restrictivement, ni du reste extensivement ou de manière libérale. Elle doit être interprétée d'une manière qui conduise à trouver et à respecter la commune intention des parties », citation reprise au paragraphe 34 de la décision in CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 24 mai 1999.

⁶⁸⁷ CIRDI, *CSOB c. Slovaquie*, décision sur la compétence du 24 mai 1999, traduction d'Emmanuel Gaillard de l'original en langue anglaise in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., pp. 585-591.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 590, paragraphe 54.

relative à la ratification du BIT, les parties ont rendu la référence au BIT et le consentement à l'arbitrage exprimé par celui-ci efficaces et inconditionnels »⁶⁸⁹. Dès lors, l'investisseur pouvait se fonder sur la clause CIRDI d'un traité bilatéral d'investissement non entré en vigueur.

Enfin, il ne faut pas oublier que l'offre de l'Etat ne pourra donner lieu à arbitrage que si elle est acceptée par l'investisseur étranger, ressortissant de l'Etat avec lequel le traité bilatéral d'investissement a été conclu. Cette acceptation n'est pas soumise à d'autres conditions formelles que le fait qu'elle doive être donnée par écrit et peut très bien être déduite d'un recours devant le CIRDI⁶⁹⁰.

Dès lors, on constate que l'exigence du second consentement, condition classique en matière d'arbitrage, a pratiquement disparu du fait de la prolifération des conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements. On en vient à considérer le consentement de l'Etat comme « une question banale qui ne suscite plus aucune discussion devant les tribunaux »⁶⁹¹, comme l'ont révélé certaines sentences. Récemment, un Tribunal a ainsi noté que :

« Although it was the subject of some discussion in the early years of investment treaty arbitration, it is now uniformly accepted that the ratification of a bilateral investment treaty containing such provisions constitutes a State's written consent to arbitration of covered disputes. The State's consent in a BIT is often described as an « open invitation » or a « standing offer » to covered investors to submit such disputes to international arbitration, which the investor « accepts » by giving its own written consent to resort to such arbitration (whether prior to or in its Request for Arbitration) »⁶⁹².

⁶⁸⁹ *Id.*

⁶⁹⁰ V. le paragraphe 5.23 de CIRDI, *AMT c. Zaïre*, sentence du 21 février 1997, traduction d'Emmanuel Gaillard de l'original en langue anglaise in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 437 : « Il se trouve, en l'espèce, qu'AMT (...) a opté pour la procédure CIRDI. Il a exprimé son choix sans équivoque ; cette volonté, jointe à celle du Zaïre exprimée dans le Traité, crée le consentement nécessaire pour justifier la compétence du Centre ». Voir également, pour un exemple récent, CIRDI, *Hochtief AG contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphes 22-27.

⁶⁹¹ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

⁶⁹² CIRDI, *SGS contre Paraguay* (ARB/07/29), décision sur la compétence, 12 février 2010, paragraphe 70 (références omises). V. également, par exemple, CIRDI, *AMT c. Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997 ; CIRDI, *Fedax NV c. Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 ; CIRDI, *Lanco International c. Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998 ; CIRDI, *Wena c. Egypte* (ARB/98/4), 1999 ; CIRDI, *A. Goetz c. Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999 ; CIRDI, *Compañia de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine* (ARB/97/3), 21 novembre 2000 ; CIRDI, *Genin, Eastern Credit Ltd, Inc, AS Balto contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001 ; CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003, paragraphe 31 ; CIRDI, *Impregilo contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 108 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphe 35 ; CIRDI, *Hochtief AG contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphes 22-27 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 866.

Cela n'est pas sans susciter, toutefois, quelques controverses, certains considérant cela comme un arbitrage forcé ou *arbitration without privity*⁶⁹³. En tout cas, comme le note le Professeur Juillard :

« la convention bilatérale (...) devient « la pierre angulaire » de la compétence du CIRDI. La Convention de Washington ne comporte pas de « volet promotionnel ». Elle n'en demeure pas moins un instrument puissant – bien qu'indirect – d'incitation à la conclusion d'accords de protection entre les parties »⁶⁹⁴.

Le lien entre le CIRDI et les conventions bilatérales d'investissement est ainsi établi, ce qui a, cependant, suscité certaines critiques, les conventions bilatérales d'investissement apparaissant comme bien trop favorables aux investisseurs⁶⁹⁵.

B. Arbitrage consenti ou arbitrage forcé ?

Cette question n'est pas aisée. Certes, d'une part, l'hypothèse avait été envisagée dès les travaux préparatoires de la Convention de Washington, le Rapport des administrateurs y faisant référence ; mais, d'autre part, les Etats ou la doctrine ne l'avaient pas réellement admis, ceux-ci étant habitués à des conditions tellement strictes pour attirer l'Etat devant une juridiction internationale qu'ils n'avaient pas mesuré la portée du consentement donné dans les traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, même si l'on admet aujourd'hui que ce consentement est simplement dissocié et certainement pas forcé (2°), celui-ci a initialement pu surprendre, tant la doctrine, que les Etats (1°).

⁶⁹³ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257.

⁶⁹⁴ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 99.

⁶⁹⁵ Il ne faut, toutefois, pas oublier que la protection de l'investissement peut être dans l'intérêt de l'Etat d'accueil, puisqu'elle permet d'accroître les flux en direction de son territoire.

1°) La surprise née de la découverte d'un consentement à l'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement

Au moment où ont été rendues les sentences *SPP* et *AAPL*, une grande partie de la doctrine n'était pas prête à voir dans les traités bilatéraux d'investissement un consentement de l'Etat à l'arbitrage⁶⁹⁶. Ainsi, par exemple, en 1985 – cinq ans seulement avant la jurisprudence *AAPL* – Patrick Rambaud, après avoir évoqué les clauses CIRDI dans les traités bilatéraux d'investissement, précisait que :

« L'engagement pris sur le plan international est ensuite matérialisé dans les accords conclus avec l'investisseur »⁶⁹⁷.

Il n'était pas envisageable que l'offre faite dans l'accord international soit un blanc-seing permettant à tout investisseur d'attirer l'Etat devant une juridiction internationale, sans même qu'il existe un lien entre eux. Gilbert Guillaume, quant à lui, note que la déduction d'un consentement de l'Etat des traités bilatéraux d'investissement ou aux lois nationales « n'allait pas de soi au vu des textes applicables »⁶⁹⁸.

En effet, même s'il était entendu que le consentement des deux parties pouvait être donné à des moments différents et, notamment pour l'Etat dans le cadre d'une loi⁶⁹⁹, il ne pouvait être réellement envisagé qu'une clause d'un traité pouvait suffire à exprimer le consentement de l'Etat. Il est aisé de comprendre que cette évolution ne s'est pas faite sans heurts : de nombreux Etats considéraient que les clauses CIRDI contenues dans les traités bilatéraux d'investissement devaient nécessairement être confirmées par une convention d'arbitrage avec l'investisseur. Comme le note Yves Derains :

⁶⁹⁶ Certes, certains auteurs avaient envisagé la portée du consentement donné dans les traités bilatéraux d'investissement, mais ils demeuraient minoritaires. V. M. Amadio, *Le Contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p., p. 128 ; P. Reuter, "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" in P. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, P. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées : la Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 14 ; P. Juillard, "Les Conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *JDI*, n° 2, 1979, pp. 274-325.

⁶⁹⁷ P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299, p. 294. V. également B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, p. 226 : « La grande majorité de la doctrine – et de la jurisprudence jusque vers la fin des années quatre-vingt – a considéré cette formulation [de l'article 25 de la Convention de Washington] comme signifiant la nécessité d'un accord écrit bilatéral dans lequel le consentement était explicitement donné, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire intégrée dans un contrat ou d'un compromis d'arbitrage ».

⁶⁹⁸ G. Guillaume, "Le précédent dans la justice et l'arbitrage international (Lalive Lecture, 2 juin 2010)", *JDI*, n° 3, 2010, pp. 685-703.

⁶⁹⁹ V. le paragraphe 24 du Rapport des Administrateurs.

« Le refus de conclure une telle clause pouvait engager la responsabilité internationale de l'Etat mais, en aucun cas, un arbitrage international ne pouvait lui être imposé »⁷⁰⁰.

On a ainsi pu parler d'arbitrage forcé ou d'« *arbitration without privity* »⁷⁰¹, pour reprendre l'expression de Jan Paulsson. Jacques Werner note, quant à lui, que :

« *We enter the era of arbitration without contractual relationship* »⁷⁰².

Une telle évolution ne serait absolument pas critiquable si les parties au traité bilatéral d'investissement ou si l'Etat à l'origine de la législation nationale en cause avaient bien eu l'intention de soumettre tout différend à l'arbitrage CIRDI. Pour certains instruments, cela semble être le cas, une telle ouverture ayant été prédite par des experts⁷⁰³. Le problème est tout autre dans les lois ou traités qui prévoient volontairement un certain nombre de limitations ou ne mentionnent pas un consentement explicite.

On comprend alors facilement la méfiance des Etats, d'autant plus que la Convention de Washington avait fait preuve, à cet égard, d'une relative timidité⁷⁰⁴. Tant le Préambule que l'article 25 insistent sur la nécessité, en plus du consentement de l'Etat hôte lié à la ratification, d'obtenir un consentement spécifique entre les parties au litige :

« Il était donc bien établi que la Convention de Washington ne créait pas un arbitrage automatique pour l'Etat à partir du moment où naissait un litige relatif à un investissement privé dans un Etat contractant »⁷⁰⁵.

Certes, le Rapport des administrateurs mentionne la possibilité d'un consentement dissocié :

« La convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte juridique. C'est ainsi qu'un Etat pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit »⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15, p. 10, paragraphe 6.

⁷⁰¹ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257. V. également C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁷⁰² J. Werner, "The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, pp. 5-16.

⁷⁰³ A. Broches, "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes" in J. C. Schultz et A. J. van den Berg, *The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1982, XXI-320 p., p. 63 et s.

⁷⁰⁴ B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244.

⁷⁰⁵ Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15, p. 10, paragraphe 4.

⁷⁰⁶ Paragraphe 24 du Rapport des Administrateurs.

Toutefois, les rédacteurs n'avaient pas prévu l'automatisme de l'arbitrage qu'allait entraîner la possibilité du consentement dissocié, comme l'a noté Brigitte Stern⁷⁰⁷. Commentant précisément cet extrait du Rapport des Administrateurs, elle note qu' :

« en effet, ce seul extrait peut aussi signifier que l'investisseur devrait donner expressément son consentement avant la soumission d'une affaire au Cirdi et pas implicitement par la seule soumission de l'affaire au Centre ; ne doit pas être ignorée la prise de position particulièrement explicite des administrateurs en ce sens dans ce même rapport sur le fait que « (l)e consentement des parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi », ce qui n'est pas l'interprétation donnée par la jurisprudence récente ; enfin, ce résumé de la solution adoptée fait par les administrateurs occulte largement les oppositions très violentes et les arrière-pensées des uns et des autres qui se sont manifestées au cours des débats »⁷⁰⁸.

Analysant les travaux préparatoires de la Convention de Washington, elle note que le consentement spécifique de l'Etat pour un litige particulier devait rester la règle, même si l'hypothèse d'un engagement unilatéral est envisagée comme exception marginale⁷⁰⁹. Aron Broches évoquait trois possibilités d'expression du consentement, soit dans une clause compromissoire avec un investisseur particulier, soit dans un compromis d'arbitrage pour un différend spécifique, soit encore dans un engagement unilatéral, notant cependant :

« (o)ne hardly ever likely to obtain, was the situation in which a government when accepting the Convention or parallel therewith, made a general statement that it would submit a defined class of disputes with all comers »⁷¹⁰.

Et même si l'on pouvait admettre que le consentement de l'Etat s'affirme par un engagement unilatéral, celui-ci ne pouvait valoir que pour certains litiges prédéterminés et non pas pour tous les litiges⁷¹¹.

Cette hypothèse d'engagement unilatéral, susceptible d'inquiéter les pays en développement qui refusaient d'être soumis à un arbitrage obligatoire ne se fondant pas sur un engagement

⁷⁰⁷ B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 227.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 229.

⁷¹⁰ CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, p. 59, reproduit in B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, p. 229.

⁷¹¹ Le Président des administrateurs notait, en 1961 : « *Adherence to the agreement would not by itself obligate any State to submit itself to the jurisdiction of the Center ; use of the Center would be entirely voluntary. Jurisdiction might be conferred on the Center either by a unilateral declaration of a State agreeing in advance to the submission of particular types of disputes to arbitration or conciliation by the Center, or by agreement between a State and a particular investor* ». V. CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, p. 5.

spécifique, a été volontairement minimisée, voire occultée, par les rédacteurs de la Convention de Washington, comme le reconnaît Aron Broches :

« (L)a Banque s'est (...) gardée d'isoler ce mode de consentement afin d'éviter de créer parmi les pays en développement l'impression que ceci devrait être le mode normal de traiter avec les investisseurs étrangers »⁷¹².

Dès lors, il faut s'interroger sur l'intention des Etats qui ratifiaient la Convention de Washington, mais aussi et surtout les traités bilatéraux d'investissement. Certains n'étaient pas dupes et notaient :

« la Convention déroge au principe qui veut que l'arbitrage international soit subordonné au consentement (...) par le fait qu'elle crée une forme de procédure arbitrale obligatoire ou quasi obligatoire. Aucun Etat importateur de capital qui a accepté la Convention n'a le loisir de refuser son consentement à un arbitrage que les investisseurs exigeront invariablement et le capital cessera d'affluer vers les pays qui n'adhèrent pas à la Convention »⁷¹³.

Le délégué de Ceylan, qui s'est exprimé dans ces termes lors des travaux préparatoires de la Convention de Washington, met en lumière un autre problème lié à la volonté des parties : en effet, les pays en développement, se situant sur le marché extrêmement concurrentiel de l'investissement international, subissent une forme de contrainte économique les obligeant à ratifier tant la Convention de Washington que les traités bilatéraux d'investissement et, ainsi, à se soumettre à l'arbitrage organisé par le Centre. Est-il alors possible d'envisager un consentement libre ?

Il demeure, par ailleurs, qu'avant les jurisprudences *SPP* et *AAPL*, peu d'Etats avaient pris la mesure de leur engagement et il n'était peut-être, dès lors, pas dans leur intention d'accorder leur consentement unilatéral à l'arbitrage. Si l'on se replace dans le contexte et si l'on compare avec les modes de règlement des différends mixtes qui avaient été utilisés à l'époque, comme les Commissions mixtes ou le Tribunal irano-américain, on comprend que l'originalité du système CIRDI ne pouvait permettre aux Etats d'envisager la portée de leur engagement. Brigitte Stern note encore à cet égard :

« Il s'agit là en général [avec les exemples précédant le CIRDI] d'un avatar de la protection diplomatique, les Etats prenant fait et cause pour leurs ressortissants respectifs et se mettant d'accord pour confier, en leur nom propre et au nom de ces ressortissants, le règlement des différends à des instances arbitrales spécifiquement créées à cet effet. Mais, toutes ces instances étaient, malgré tout, des systèmes d'exception, qui n'étaient compétentes qu'à l'égard d'un certain nombre de litiges très précisément définis. L'Etat pouvait avoir une bonne perception de ce à quoi il

⁷¹² CIRDI, Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, p. 23.

⁷¹³ *Ibid.*

s'engageait, du type de dommage dont réparation allait pouvoir lui être demandée devant l'instance arbitrale »⁷¹⁴.

A l'aune de ces expériences, les Etats ne pouvaient envisager la mise en place d'un système général d'arbitrage ayant une compétence quasi-obligatoire et tel n'était en tout cas pas leur intention.

Certains n'hésitent ainsi pas à qualifier l'arbitrage en matière d'investissement d'arbitrage forcé, comme l'évoque implicitement Eric Loquin :

« L'arbitrage forcé est également un phénomène bien connu des relations économiques internationales »⁷¹⁵.

2°) L'admission de l'arbitrage unilatéral

Dès les années 1990, certains auteurs avaient compris l'ampleur du changement occasionné par la jurisprudence *AAPL*, sans le regretter pour autant. Jan Paulsson, père de la notion d'« *arbitration without privity* » notait simplement que :

*« What is already clear however is that this is not a subgenre of an existing discipline. It is dramatically different from anything previously known in the international sphere. It could presage an epochal extension of compulsory arbitral jurisdiction over States, at the behest of private litigants who wish to rely on governmental undertakings even though they have not contracted for a forum. The aim here is not to take anything away from States, but to help ensure that foreigners have faith in their promises. The objective is not arbitration that favors the foreigners, but one that simply favors neutrality (...) if the mechanism is applied judiciously, it will help fill a void that now exists in the absence of compulsory jurisdiction, and thus contribute to enhancing the legal security of international economic life »*⁷¹⁶.

Ainsi, Jan Paulsson est loin de critiquer cette jurisprudence et considère, au contraire, que celle-ci pourrait avoir un impact très positif. De même, Pierre Lalive note que :

« it may well seem to constitute an extraordinary progress, of the Rule of Law and of international relations in general, that so many modern States have been willing to

⁷¹⁴ B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, pp. 240-241.

⁷¹⁵ E. Loquin, "Note sur l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 1er juillet 1999", *JDI*, 2000, p. 370 et s., p. 381.

⁷¹⁶ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, pp. 256-257.

enter into binding commitments (of course in the exercise of their sovereignty, and not as an “abandonment” of their sovereignty as was sometimes contended!). It is remarkable that so many States are or seem ready to accept, under certain conditions, to submit disputes with a foreign private investor to outside adjudication »⁷¹⁷.

Si l'interprétation donnée aux clauses de règlement mixte des différends contenues dans les traités bilatéraux d'investissement par les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI a pu initialement surprendre⁷¹⁸, tel n'est plus le cas désormais, cette interprétation étant admise. Les Etats auraient très bien pu choisir de modifier leurs traités bilatéraux d'investissement afin de limiter la portée de leur consentement à l'arbitrage ou de le retirer⁷¹⁹, conformément aux règles du droit international public, comme le demandent certains :

« il est plus que nécessaire de réadapter la formule du consentement sur la base d'un traité. On peut penser directement à une formule restrictive où le consentement de l'Etat ne joue que pour les investissements agréés par lui. Une telle formule élimine les effets néfastes de la formule large du consentement »⁷²⁰.

A l'inverse, les nouveaux modèles de traités bilatéraux d'investissement sont encore plus clairs et précis et expriment fermement le consentement de l'Etat à l'arbitrage. Ces dispositions, loin de renier la jurisprudence *AAPL*, expriment l'assentiment des Etats et contribuent à transformer la condition du consentement pour qu'on admette aujourd'hui une compétence automatique du CIRDI, qui perd alors en partie sa nature consensuelle⁷²¹. C'est ce que note Antonio Parra :

« With the huge and still growing number of highly generalized consents by States, this puts the requirement of mutual consent in a new light, quite far removed from traditional contractual conceptions of arbitration »⁷²².

Dès lors, on ne peut que répondre par l'affirmative à la question de Geneviève Burdeau, qui s'interroge :

⁷¹⁷ P. Lalive, "Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration", *Procès-verbaux du 16e Congrès de l'ICCA*, 2002, 25 p.

⁷¹⁸ C'est ce que reconnaît Bernard Audit, même s'il rappelle que « le droit des contrats connaît depuis longtemps des processus de décalage dans l'échange des consentements entre deux parties » (M. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 185).

⁷¹⁹ Comme le note Jan Paulsson : « *What States have done, they may undo* » (J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, p. 254).

⁷²⁰ N. Gara, "Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006), Pedone, Paris, 2006, pp. 45-52, pp. 51-52.

⁷²¹ Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15.

⁷²² A. R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 287-364 ; A. R. Parra, "The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 13, n° 1, 1998, pp. 85-100.

« L'évolution de l'arbitrage transnational : vers une banalisation de la saisine unilatérale par l'investisseur ? »⁷²³.

Certaines questions se posent, toutefois, surtout si l'on compare l'évolution actuelle à ce qui était envisagé durant les travaux préparatoires. Aron Broches, loin d'une réunion des experts à Bangkok en 1964 précisait la notion d'engagement antérieur :

« les mots « engagement antérieur » comportent deux cas. Le premier cas est la clause coutumière d'arbitrage dans un accord. Le second sera une déclaration unilatérale par un gouvernement au moyen d'une loi sur les investissements ou par n'importe quel moyen par lequel il s'engage à l'avance pour tous les investissements approuvés aux termes de cette loi à soumettre certains problèmes particuliers à l'arbitrage. En limitant ainsi son engagement, c'est-à-dire son consentement, il limitera par là même la juridiction du Centre »⁷²⁴.

L'offre de consentement antérieur permettait alors à l'Etat de savoir quels investisseurs pourraient l'attirer devant le CIRDI et pour quels litiges. Aujourd'hui, les conditions d'admission des investissements internationaux sont si minimales – voire inexistantes – qu'il n'est pas possible pour l'Etat d'avoir conscience du nombre ou de la qualité des investisseurs étrangers présents sur son territoire et susceptibles d'engager un arbitrage international. De plus, les consentements figurant dans les nouveaux traités bilatéraux d'investissement sont si larges que n'importe quel différend pourra être soumis à l'arbitrage dans le cadre du Centre, à condition qu'il soit en rapport avec un investissement – cette condition étant elle-même définie⁷²⁵ et interprétée de façon extensive⁷²⁶.

Qu'il soit ou non considéré comme forcé, cet arbitrage est en tout cas unilatéral⁷²⁷, ne pouvant être déclenché que par l'investisseur.

Cette considération est encore amplifiée par l'extension de l'interprétation de ce consentement, qui apparaît parfois très virtuel⁷²⁸. Il en a été ainsi dans l'affaire *Tradex Hellas contre Albanie*, dans laquelle le Tribunal s'est fondé sur le consentement contenu dans une loi... qui n'était pas encore en vigueur⁷²⁹ ! De même, dans l'affaire *CSOB contre République slovaque*, le Tribunal a utilisé un renvoi fait dans un accord entre les parties à un traité

⁷²³ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, p. 4.

⁷²⁴ CIRDI, Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, propos tenus lors de la réunion des experts à Bangkok en février-mars 1964.

⁷²⁵ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, pp. 238-239.

⁷²⁶ V. *infra*. p. 177 et s.

⁷²⁷ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38 ; W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

⁷²⁸ P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 348.

⁷²⁹ CIRDI, *Tradex Hellas S.A. contre Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence, 24 décembre 1996.

bilatéral d'investissement qui n'est jamais entré en vigueur⁷³⁰. La question de la réalité du consentement se pose alors.

Il demeure qu'en ce qui concerne l'Etat, cela ressemble beaucoup à l'admission d'un règlement obligatoire des différends, alors qu'en général, la justice internationale demeure facultative. En effet, si l'on compare avec la juridiction de la Cour internationale de Justice, on constate que la portée des consentements n'est pas du tout la même. Comme toute juridiction internationale, la compétence de la Cour internationale de Justice est facultative⁷³¹ et implique un consentement exprès de l'Etat⁷³², mais les Etats peuvent s'y soumettre en souscrivant, par une déclaration d'acceptation adressée au Secrétaire général des Nations Unies⁷³³, à la clause facultative de juridiction obligatoire⁷³⁴, définie à l'article 36, paragraphe 2, du Statut :

« Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international ; c) la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ; d) la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international »⁷³⁵.

⁷³⁰ CIRDI, *CSOB contre République Slovaque* (ARB/97/4), décision sur la compétence, 24 mai 1999.

⁷³¹ Les Etats ont toujours refusé d'admettre que la Cour mondiale ait une juridiction obligatoire, malgré les efforts du Comité des juristes dans l'avant-projet de statut de la CPIJ en 1920 ou lors de la Conférence de San Francisco en 1945. V. P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 992.

⁷³² V. not. CPIJ, *Droits de minorités en Haute-Silésie*, arrêt du 26 avril 1928, *Série A*, n° 15, p. 22 ; CPIJ, *Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928, *Série A*, n° 17, pp. 37-38 ; CIJ, *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt du 15 juin 1954, *CIJ Rec.* 1954, p. 19, p. 32 ; CIJ, *Plateau continental de la mer Egée (Grèce contre Turquie)*, arrêt sur la compétence du 19 décembre 1978, *CIJ Rec.* 1978, p. 3, p. 9 ; CIJ, *Timor oriental (Portugal contre Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Rec.* 1995, p. 90, p. 101, paragraphe 26 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC contre Rwanda)*, arrêt du 3 février 2006 sur la compétence et la recevabilité, *CIJ Rec.* 2006, p. 6, p. 32, paragraphes 64 et 125 ; CIJ, *Application de la Convention sur le génocide (Bosnie-Herzégovine contre Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *CIJ Rec.* 2007, p. 43, paragraphes 76 et 147.

⁷³³ La Cour internationale de Justice apprécie la condition formelle avec souplesse. V. not. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité du 26 novembre 1984, *CIJ Rec.* 1984, p. 392, p. 413.

⁷³⁴ V. not. S. Prasasvinitchai, *La clause facultative de juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice (article 36 paragr. 2 du statut)*, Thèse de droit, Université de Paris, 1962 ; J. Crawford, "The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the ICJ", *BYBIL*, 1979, pp. 63-86 ; J. Merrills, "The Optional Clause Today", *BYBIL*, vol. 50, n° 1, 1980, pp. 87-116 ; J. I. Charney, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *AJIL*, vol. 81, 1987, pp. 855-887 ; S. Oda, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases", *ICLQ*, 1992, pp. 251-277 ; R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, XII-189 p. ; S. A. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, X-176 p. ; N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum et B. Baker Röben, *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, La Haye, 2002, XXXV-1635 p., en particulier, pp. 419-434 (M. Kawano), pp. 435-450 (J. G. Merrills) et pp. 463-479 (F. Orrego Vicuna) ; F. Gharbi, "Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice", *Cahiers de Droit*, vol. 43, 2002, p. 433 et s. ; S. A. Alexandrov, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, 2006, pp. 29-38 ; P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., pp. 992-997.

⁷³⁵ Article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice.

Les Etats étant autorisés à faire des réserves et l'application de cette clause étant soumise à une stricte réciprocité, le champ du consentement de l'Etat se trouve très limité, mais surtout, contrairement au cas de l'arbitrage CIRDI, les Etats sont informés de la nature des différends pouvant être soumis pour jugement à la Cour internationale de Justice et des Etats pouvant déposer une requête contre eux⁷³⁶. Dans le cas du CIRDI, le consentement de l'Etat s'étend en général à tous les différends relatifs à un investissement sur son territoire et il peut être attrait par n'importe quel investisseur ressortissant d'un Etat avec lequel il aura conclu un traité bilatéral exprimant son consentement.

On assiste alors à une banalisation du droit de recourir de façon unilatérale à l'arbitrage contre un Etat, ce qui peut choquer dans l'ordre international, mais qui ne peut en tout cas plus surprendre aujourd'hui, les Etats ayant bien conscience de la portée de l'engagement pris dans les conventions bilatérales d'investissement. Plus que forcé, le règlement CIRDI est devenu obligatoire.

*

Conclusion de la section. Le rôle du CIRDI a profondément évolué durant son existence, passant du statut d'un Centre d'arbitrage classique à celui de véritable juridiction du droit des investissements internationaux. Force est de constater qu'alors que la justice internationale repose sur des caractères peu institutionnalisés, facultatifs et sur l'affirmation de la souveraineté des Etats, l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement s'éloigne profondément de ces traits, en s'appuyant sur une institution, dont la compétence est quasiment obligatoire pour statuer sur des différends opposant les Etats à des personnes privées. On comprend, dès lors, l'évolution quantitative des arbitrages dans le cadre du CIRDI, qui n'a d'abord connu que l'activité marginale d'un centre d'arbitrage classique, avant de devenir la juridiction de droit commun en matière d'investissements internationaux. Une telle transformation dans le rôle du Centre impliquait nécessairement un bouleversement de l'arbitrage.

⁷³⁶ V. *infra*, p. 177 et s.

SECTION 2. L'APPARITION D'UN NOUVEAU SYSTEME NE DE LA RELATION ENTRE LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT ET LA JURISPRUDENCE DU CIRDI

L'arbitrage en matière d'investissement est souvent appelé arbitrage transnational, ce qui le distingue de l'arbitrage commercial international ou interétatique. Cette spécificité du règlement des différends en matière d'investissement n'a cessé de s'affirmer, en particulier du fait que les actions sont fondées sur les traités bilatéraux d'investissement (Paragraphe 1), mais aussi étant donné les nombreux autres caractères qui font l'originalité de l'institution (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. UNE EVOLUTION DE L'ARBITRAGE RELATIF AUX INVESTISSEMENTS

La « découverte » d'un consentement anticipé a fait couler beaucoup d'encre et a été l'objet de sérieuses critiques, tant de la part des Etats que de la doctrine. Il demeure qu'aujourd'hui, celui-ci semble être admis, mais a, sans nul doute, entraîné une modification de l'arbitrage relatif aux investissements et peut-être même de l'arbitrage international en général, tant du point de vue quantitatif (A) que qualitatif (B).

A. Un recours systématisé au CIRDI

La prolifération des traités bilatéraux contenant une clause CIRDI et la jurisprudence audacieuse des tribunaux ont, par leur dynamique, développé l'arbitrage en matière d'investissement. En effet, au fur et à mesure que se développait la référence au CIRDI dans les clauses de règlement des différends, exprimant toujours plus clairement le consentement à l'arbitrage (1°), le CIRDI s'affirmait comme l'institution incontournable pour les différends relatifs aux investissements internationaux et connaissait un véritable succès (2°).

1°) Un recours organisé par les accords relatifs aux investissements

Il existe aujourd'hui plus de 2 500 traités bilatéraux d'investissement donnant systématiquement compétence au CIRDI, même si les accords ouvrent en général une option de compétence permettant de s'adresser également aux tribunaux de l'Etat d'accueil ou à un tribunal arbitral, *ad hoc* ou institutionnalisé. On comprend alors que cette prolifération des traités, alliée à la jurisprudence *AAPL*, a occasionné un bouleversement du droit international des investissements.

Quantitativement, d'abord. En effet, la jurisprudence *AAPL* comprenait en elle un potentiel de litiges, qui n'a pas tardé à exploser⁷³⁷. A la suite de l'affaire *AAPL*, on a tout de suite constaté que « l'effet de cette jurisprudence [était] d'étendre considérablement le champ potentiel de l'arbitrage CIRDI »⁷³⁸. Le développement d'un réseau de plus en plus dense de conventions bilatérales d'investissement devait mener à une « expansion considérable »⁷³⁹ de ce type d'arbitrage. Même s'il aura fallu attendre 1993, soit trois ans après la sentence *AAPL c. Sri Lanka*, pour qu'une deuxième affaire sur le fondement d'un traité bilatéral soit introduite, l'affaire *AMT c. Zaïre* ; et l'année 1997 pour que les saisines sur ce fondement deviennent régulières, on a assisté à une progression régulière du nombre d'affaires introduites sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement par rapport aux autres fondements. Ainsi, le nombre de litiges soumis au CIRDI était de un à trois avant la jurisprudence *AAPL*, mais a été décuplé à la fin de la décennie quatre-vingt-dix, une fois que les investisseurs avaient assimilé l'existence cette nouvelle possibilité⁷⁴⁰.

Dans les faits, si l'on s'attache à l'évolution de l'activité du CIRDI au regard du fondement des affaires⁷⁴¹, on constate que le nombre d'instances introduites grâce à une convention d'arbitrage classique est resté relativement stable – de zéro à cinq par an – tout comme celles sur le fondement d'une législation nationale. A l'inverse, les arbitrages CIRDI induits par un traité bilatéral de promotion et de protection des investissements ont augmenté de façon exponentielle, passant de huit en 1998, à seize en 2002 et à trente en 2003⁷⁴². Sur les trente-

⁷³⁷ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

⁷³⁸ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, p. 14.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁷⁴⁰ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

⁷⁴¹ V. les figures 1 et 3 en annexe.

⁷⁴² E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 854.

huit nouvelles affaires introduites devant le CIRDI durant l'année 2011, 76% se fondaient sur un traité bilatéral d'investissement, 10% sur une loi d'un Etat hôte, 10% sur un contrat d'investissement et 4% sur d'autres accords internationaux. Si l'on considère l'ensemble de l'exercice du CIRDI jusqu'au 1^{er} janvier 2012, sur environ 369 affaires enregistrées, 63% se fondaient sur un traité bilatéral d'investissement, 6% sur une loi d'un Etat hôte, 20% sur un contrat d'investissement et le reste – soit 11% – sur divers accords internationaux, comme l'ALENA (4%), le Traité sur la Charte de l'Energie (4%), le Traité d'amitié et de coopération en Asie du Sud-Est (1%) ou d'autres accords de libre-échange (2%)⁷⁴³.

Les traités multilatéraux ont également contribué à l'accroissement du nombre d'affaires devant le CIRDI. L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) de 1994, le Traité sur la Charte de l'Energie de 1998 ou le Protocole de Colonia dans le cadre du MERCOSUR⁷⁴⁴ prévoient le recours au CIRDI⁷⁴⁵, ce qui a occasionné une saisine de plus en plus importante de cette institution. Le nombre d'affaires ALENA varie de zéro à deux chaque année et l'on peut attendre une importante évolution des arbitrages fondés sur le Traité sur la Charte de l'Energie à l'avenir. Au début de l'année 2012, 11% des affaires soumises au CIRDI – soit environ 40 affaires sur 369 – l'étaient sur le fondement d'un traité régional relatif aux investissements⁷⁴⁶.

Le Traité sur la Charte de l'Energie est très classique : il ne comprend qu'une seule disposition relative au règlement des différends entre l'Etat et l'investisseur d'un autre Etat et prévoit le recours en priorité au CIRDI, si l'arbitrage international est choisi⁷⁴⁷. A cet égard, l'Accord de libre-échange nord-américain semble plus original, une section complète de 24 articles étant consacrée au Règlement des différends entre une Partie et un investisseur⁷⁴⁸. Contrairement aux clauses des traités bilatéraux d'investissement, qui sont rédigées en termes très généraux, toute la procédure d'arbitrage est particulièrement détaillée, même si cela peut paraître redondant étant donné que le recours au CIRDI est prévu⁷⁴⁹. Cependant, ce renvoi n'est pas, en l'état actuel, opérationnel, deux des trois parties à l'ALENA n'ayant pas ratifié la Convention de Washington. Dès lors, les seuls recours au CIRDI se feront en vertu du Mécanisme supplémentaire. Les parties au différend pourront également décider de se

⁷⁴³ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, 2012, Washington, 27 p.

⁷⁴⁴ V. l'article 9 du Protocole de Colonia.

⁷⁴⁵ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257.

⁷⁴⁶ CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, 2012, Washington, 27 p., p. 10.

⁷⁴⁷ V. l'article 26, paragraphe 4, a) i) du Traité sur la Charte de l'Energie, 1994.

⁷⁴⁸ V. la Section B de l'ALENA. V. également G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38.

⁷⁴⁹ L'article 1120 de l'ALENA prévoit ainsi que : « 1. Sauf disposition de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu : a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention ; b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention du CIRDI ; ou c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI ».

soumettre au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Cet accord est, toutefois, très intéressant, du fait de la modernité de certaines de ces clauses – comme celles sur la jonction ou la participation d'une partie, mais surtout car il a été en grande partie repris dans les nouveaux modèles de traités bilatéraux d'investissement des Etats-Unis et du Canada, qui se distinguent des autres accords par leur précision.

Si l'on parvenait à un accord multilatéral relatif aux investissements, une telle clause soumettant l'arbitrage au CIRDI serait nécessairement incluse. Ainsi, par exemple, le Projet consolidé d'Accord multilatéral sur l'investissement prévoyait, au titre des modalités de règlement des différends :

« Ces différends sont, si possible, réglés par voie de négociation ou de consultations. A défaut d'un tel règlement, l'investisseur peut choisir de soumettre le différend pour règlement :

- a. aux juridictions judiciaires ou administratives compétentes de la partie contractante qui est partie au différend ;
- b. conformément à toute procédure applicable au règlement des différends convenue préalablement au différend ; ou
- c. par arbitrage conformément au présent article dans le cadre :
 - i. de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ci-après dénommée « convention du CIRDI ») si la convention du CIRDI est utilisable ;
 - ii. du règlement régissant le mécanisme supplémentaire du Centre pour le règlement des différends relatifs aux investissements(...), si le mécanisme supplémentaire du CIRDI est utilisable ;
 - iii. des règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après dénommée « CNUDCI ») ; ou
 - iv. des règles d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale »⁷⁵⁰.

Le CIRDI jouit donc de la priorité en matière d'arbitrage international. Le Projet d'Accord était très précis quant au règlement des différends mixtes, gouvernant précisément la conduite de l'arbitrage – notamment la désignation du tribunal arbitral, les objections préliminaires, l'indemnisation, le droit applicable, les mesures provisoires *etc.* – et prévoyait des éléments assez modernes, comme la jonction des plaintes ou le droit des tiers.

Ces accords multilatéraux ont bénéficié de l'expérience des traités bilatéraux d'investissement et expriment désormais clairement leur consentement à l'arbitrage, évitant ainsi tout doute sur la portée des clauses de règlement des différends mixtes⁷⁵¹. Ainsi, par exemple, le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement prévoit que :

⁷⁵⁰ OCDE, L'Accord multilatéral sur l'investissement - Projet de texte consolidé, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p., pp. 75-76.

⁷⁵¹ Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15. V. également A. R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 287-364.

« chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à ce qu'un différend soit soumis à un arbitrage international (...). Le consentement donné par une partie contractante (...) et la demande écrite de règlement des différends soumise par l'investisseur (...) ou le consentement qu'a donné préalablement par écrit l'investisseur à une telle demande constituent le consentement écrit et l'accord écrit des parties au différend à l'effet de soumettre le différend à règlement aux fins du chapitre II de la convention du CIRDI »⁷⁵².

De même, l'article 26 prévoit, à son paragraphe 3, que « chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage » ; mais aussi que :

« le consentement prévu au par. 3, ainsi que le consentement écrit de l'investisseur donné en application du par. 4, sont considérés comme satisfaisant aux exigences suivantes :

i. l'existence d'un consentement écrit des parties à un différend aux fins du chap. II de la Convention CIRDI »⁷⁵³.

L'article 1122 de l'ALENA, relatif au consentement à l'arbitrage, suit également le même schéma :

« 1. Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord.

2. Le consentement donné en vertu du paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisferont à la nécessité :

a) d'un consentement écrit des parties aux termes du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du Mécanisme supplémentaire (...) ».

Ces précisions, loin de renier la compétence du CIRDI, l'affirment clairement, sans que puisse subsister le moindre doute, révélant ainsi le succès de l'institution.

2°) Le succès du CIRDI

Le succès des arbitrages sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement a entraîné un développement de l'arbitrage CIRDI. Le Centre n'a connu qu'assez récemment un réel succès. Durant ses débuts, le Centre a été particulièrement inactif, connaissant moins d'une affaire par an pendant ses dix premières années d'existence. Depuis, le CIRDI est devenue la

⁷⁵² OCDE, L'Accord multilatéral sur l'investissement - Projet de texte consolidé, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p., p. 76.

⁷⁵³ Article 26, paragraphe 5, du Traité sur la Charte de l'Energie, 1994.

première institution de règlement des différends en matière d'investissement. La jurisprudence *AAPL* et la possibilité de recourir au CIRDI en se fondant sur un traité bilatéral d'investissement ont, sans nul doute, permis son succès au regard d'autres institutions d'arbitrage⁷⁵⁴, un mouvement de spécialisation des instances arbitrales semblant en marche.

Ainsi, par exemple, si le rôle de la Cour d'arbitrage de la CCI est désormais très restreint lorsque l'arbitrage se fonde sur une convention bilatérale d'investissement⁷⁵⁵, il est, à l'inverse, bien plus important que celui du CIRDI quand est en jeu un contrat d'Etat⁷⁵⁶. Selon la CNUCED, en 2004, sur 160 litiges sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement et donnant lieu à arbitrage, 106 étaient portés devant le CIRDI – soit 66 % – 39 devant des tribunaux appliquant le règlement de la CNUDCI – soit 24 % – neuf ont relevé de la Chambre de commerce de Stockholm et quatre de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale⁷⁵⁷. A la fin de l'année 2010, sur 390 arbitrages connus se fondant sur un traité international, 245 avaient été soumis au CIRDI, 109 à un arbitrage selon le Règlement de la CNUDCI, 19 à la Chambre de commerce de Stockholm, 8 à la Cour Permanente d'Arbitrage, 6 à la Chambre de commerce internationale et 4 avaient été soumis à un arbitrage strictement *ad hoc*⁷⁵⁸. Il faut, toutefois, noter que la confidentialité entourant la plupart des arbitrages – à l'exception du CIRDI – ne permet pas de disposer des chiffres précis ou exhaustifs.

De plus, le succès du CIRDI ne peut se résumer au nombre de sentences rendues. En effet, un grand nombre d'affaires se finissent par un arrangement amiable entre les parties, en vertu de l'article 48 de la Convention de Washington. Or, il n'est pas évident que, sans le recours au CIRDI, les parties auraient été si enclines à parvenir à ce règlement amiable. De même, l'efficacité ne se révèle pas au nombre d'affaires enregistrées, la seule existence du système ayant un effet dissuasif et affectant le comportement des parties. La Convention de

⁷⁵⁴ V. la figure 2 en annexe.

⁷⁵⁵ En 2004, la Cour d'arbitrage de la CCI n'avait reçu que quatre affaires d'arbitrage introduites sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement. De plus, sur ces quatre affaires, deux se fondaient sur un traité bilatéral d'investissement, ne prévoyant pas l'arbitrage CIRDI et toutes impliquaient des Etats non parties à la Convention de Washington. V. E. S. Romero, "Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 331-344.

⁷⁵⁶ E. S. Romero, "Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 331-344.

⁷⁵⁷ CNUCED, *Occasional Note - International Investment Disputes on the Rise*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, Publications des Nations Unies, 29 novembre 2004, Genève, 7 p.

⁷⁵⁸ A la fin de l'année 2009, sur 357 arbitrages connus se fondant sur un traité international, 225 avaient été soumis au CIRDI, 91 à un arbitrage selon le Règlement de la CNUDCI, 19 à la Chambre de commerce de Stockholm, 8 à la Cour Permanente d'Arbitrage, 5 à la Chambre de commerce internationale et quatre avaient été soumis à un arbitrage strictement *ad hoc*. V. CNUCED, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, 16 p. En 2008, 317 arbitrages se fondant sur un traité international étaient connus. Parmi eux, 201 avaient été soumis au CIRDI, 83 à un arbitrage selon le Règlement de la CNUDCI, 17 à la Chambre de commerce de Stockholm, 5 à la Chambre de commerce internationale et cinq avaient été soumis à un arbitrage strictement *ad hoc*. V. CNUCED, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement - IIA Monitor n° 1*, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/6/Rev1, Publications des Nations Unies, 2009, Genève, 16 p., p. 2.

Washington ne sert donc pas seulement à régler les différends, mais a aussi un effet préventif, permettant de les éviter⁷⁵⁹.

Les traités offrant, dans la grande majorité des cas, des options pour l'organisation de l'arbitrage à la disposition des parties, ces bons résultats soulèvent nécessairement la question des avantages du CIRDI au regard des autres instances arbitrales⁷⁶⁰, d'autant plus que dans la majorité des cas où le CIRDI n'est pas choisi, cela est dû au fait que l'un des Etats en cause n'est pas partie à la Convention de Washington⁷⁶¹. La grande particularité du CIRDI se situe dans le système conventionnel complet organisé par la Convention de Washington, qui permet à l'arbitrage CIRDI d'être pleinement indépendant et autonome. Cela va avoir un impact important sur divers aspects de la procédure.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité des arbitres⁷⁶², même si le principe est systématiquement prévu, il ne reçoit pas les mêmes applications en fonction du choix de l'instance d'arbitrage. Ainsi, les arbitres devront tous faire une déclaration relative aux relations avec les parties afin de mettre en lumière de possibles conflits d'intérêts⁷⁶³. Si naît un doute sur l'indépendance d'un arbitre, tous les règlements d'arbitrage prévoient la possibilité d'introduire une requête en récusation⁷⁶⁴. Une différence de taille apparaît

⁷⁵⁹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 8. V. également S. J. Rubin et R. W. Nelson, *International investment disputes: avoidance and settlement*, West Group, 1985, 112 p.

⁷⁶⁰ P. Bernardini, "ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188.

⁷⁶¹ Il existe, cependant, quelques exceptions où les parties ont choisi une autre instance d'arbitrage malgré la possibilité de recourir au CIRDI. V., par ex., les arbitrages CNUDCI dans les affaires *National Grid P.L.C. contre Argentine* ou *AWG Group Ltd contre Argentine*.

⁷⁶² P. Bernardini, "ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188. Sur la récusation des arbitres, v. D. Bishop et L. Reed, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, vol. 14, 1998, pp. 395-430 ; B. M. Cremades et D. J. A. Cairns, "The Brave New World of Global Arbitration", *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, pp. 173-209 ; G. Guillaume, "Some Thoughts on the Independence of International Judges Vis-à-Vis States", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 163-168 ; O. L. O. de Witt Wijnen, N. Voser et N. Rao, "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *Business Law International*, vol. 5, 2004, pp. 433-458 ; L. Malintoppi, "Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, n° 3, 2008, pp. 351-356 ; L. Malintoppi, "Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 789 et s. ; A. Sheppard, "Arbitrator Independence in ICSID Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 131-156.

⁷⁶³ V. l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) ; les articles 5 et 10 du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (1998) ; les articles 11 à 13 du Règlement de la CNUDCI (2010) ; l'article 14 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2010). V. également l'article 14 de la Convention de Washington et l'article 6, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage. Les amendements au Règlement d'arbitrage du CIRDI, entrés en vigueur en 2006, prévoient, à cet égard que l'obligation des arbitres de divulguer toute relation ou circonstance qui pourrait susciter un doute sur leur indépendance n'est plus limitée au début de l'instance, mais s'étend à toute sa durée.

⁷⁶⁴ V. l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) ; l'article 10 du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (1998) ; les articles 12 et 13 du Règlement de la CNUDCI (2010) ; l'article 15 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2010). V. les articles 57 et 58 de la Convention de Washington. V., pour commentaire, C.

cependant au regard de l'arbitrage CIRDI : même s'il est de la compétence d'une institution arbitrale ou du tribunal arbitral de statuer sur la possible récusation d'un arbitre, cette décision pourra toujours être contestée devant les juridictions nationales⁷⁶⁵, sauf dans le cadre d'un arbitrage CIRDI⁷⁶⁶.

Cette autonomie du CIRDI va également s'affirmer au regard des recours autorisés contre les sentences arbitrales rendues sous son égide. Alors que les sentences arbitrales peuvent être soumises à des recours devant les juridictions du lieu de l'arbitrage, le système CIRDI apparaît comme totalement autonome. Il prévoit trois possibilités d'action contre une sentence arbitrale. En premier lieu, la sentence pourra être soumise à révision « en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer »⁷⁶⁷. Le même Tribunal – sauf en cas d'impossibilité, ce qui appelle à la constitution d'un nouveau tribunal – est alors appelé à statuer au regard du fait nouveau et pourra soit confirmer, soit réviser la sentence. Très peu de sentences arbitrales ont été ainsi révisées⁷⁶⁸. Si l'arbitrage a été soumis à un autre règlement d'arbitrage que le CIRDI, il faudra, en cas d'apparition d'un fait nouveau, passer par les juridictions nationales et vérifier si le droit interne du lieu de

Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 1197-1213.

⁷⁶⁵ V., par ex., CA, S.A. *J&P AVAX S.A. contre Société Tecnimont SPA*, arrêt du 17 février 2009, dans lequel la Cour d'appel a annulé une sentence de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, conformément à l'article 1502.2 du Code civil, en se fondant sur le manque d'indépendance de l'un des arbitres, alors même que la CCI avait précédemment analysé ce motif et l'avait rejeté. V. également, Tribunal du District de La Haye, affaire *Telekom Malaysia Berhad contre Ghana*, arrêt du 18 octobre 2004, dans laquelle le Tribunal a demandé la démission d'un arbitre, alors que la requête en récusation avait été rejetée par la Cour Permanente d'Arbitrage.

⁷⁶⁶ V. les articles 57 et 58 de la Convention de Washington. V., pour commentaire, C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 1197-1213. V. également les affaires CIRDI, *Amco contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la requête de récusation du 24 juin 1982 et décision sur la compétence du 25 septembre 1983, paragraphe 2 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi contre Argentine* (ARB/97/3), décision sur la récusation du Président du Comité *ad hoc*, 3 octobre 2001 ; CIRDI, *SGS S.A. contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la récusation d'un arbitre, 19 décembre 2002 ; CIRDI, *Zhinvali contre Géorgie* (ARB/00/1), sentence du 24 janvier 2003, paragraphes 19-24 ; CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence du 29 novembre 2004, paragraphes 5 et 9 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), décision sur la récusation du Président du Tribunal, 25 février 2005 et sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 33 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 31 et 35 à 38 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la demande en récusation du 11 octobre 2005 et décision sur la compétence du 21 mars 2007.

⁷⁶⁷ V. l'article 51 de la Convention de Washington.

⁷⁶⁸ Jusqu'au 1^{er} avril 2012, seulement quatre demandes en révision avaient été enregistrées dans le cadre du CIRDI : CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. contre République Démocratique du Congo* (ARB/93/1), demande de révision du 29 janvier 1999, mais la demande a abouti à un règlement amiable le 26 juillet 2000 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), demande de révision du 9 juillet 2008 (règlement amiable du 9 septembre 2009) ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), demande de révision du 21 janvier 2011 (règlement amiable du 21 décembre 2011) ; CIRDI, *Ron Fuchs contre Géorgie* (ARB/07/15), demande de révision du 21 janvier 2011 (règlement amiable du 21 décembre 2011).

l'arbitrage prévoit une possibilité de révision. Cependant, la plupart des systèmes juridiques rejette une telle possibilité⁷⁶⁹, en tout cas pour les arbitrages internationaux⁷⁷⁰.

La différence la plus flagrante concerne la procédure d'annulation d'une sentence arbitrale. En vertu de la Convention de Washington, la sentence ne peut être annulée que dans des cas très précis et pour des motifs exhaustivement mentionnés à l'article 52 de la Convention de Washington, à savoir le vice dans la constitution du Tribunal, l'excès de pouvoir manifeste⁷⁷¹, la corruption d'un membre du Tribunal, l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure⁷⁷² et le défaut de motifs⁷⁷³. En dehors de ces cas, la sentence ne pourra être annulée. De plus, on constate, au regard des qualificatifs employés – comme le fait que l'excès de pouvoir doive être « manifeste » ou que l'inobservation d'une règle doive être « grave », règle qui devra elle-même être « fondamentale » – que l'annulation n'a vocation à intervenir que dans des cas très rares et ne doit en aucune façon s'apparenter à un système d'appel. Si la

⁷⁶⁹ C'est le cas, notamment, du Royaume-Uni, de la Suisse ou de la Suède. V. P. Bernardini, "ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188.

⁷⁷⁰ En France, la révision est possible, mais seulement si l'arbitrage n'était pas international.

⁷⁷¹ Ce motif a très souvent été invoqué, par ex. dans les affaires CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. contre Cameroun* (ARB/81/2), décision du Comité *ad hoc* 3 mai 1985 ; CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc* du 16 mai 1986 ; CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), décision du Comité *ad hoc* 22 décembre 1989 ; CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002 ; CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chile S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} juin 2005 ; CIRDI, *Patrick Mitchell contre République Démocratique du Congo* (ARB/99/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006 ; CIRDI, *Hussein Nauman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision du Comité *ad hoc* du 5 juin 2007 ; CIRDI, *Lucchetti S.A. et Lucchetti Perou, S.A. contre Pérou* (ARB/03/4), décision d'annulation du 5 septembre 2007 ; CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), décision sur la demande d'annulation du 16 avril 2009 ; CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), décision du Comité *ad hoc* du 23 décembre 2010.

⁷⁷² Ce motif est également très souvent invoqué. V., par ex., CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. contre Cameroun* (ARB/81/2), décision du Comité *ad hoc* 3 mai 1985 ; CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), décision du Comité *ad hoc* du 22 décembre 1989 ; CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002 ; CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chile S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} juin 2005 ; CIRDI, *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), sentence du 28 mars 2011, faisant référence à ce motif au paragraphe 38 ; CIRDI, *Hussein Nauman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision du Comité *ad hoc* du 5 juin 2007 ; CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), décision du Comité *ad hoc* du 23 décembre 2010.

⁷⁷³ V., par ex., CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. contre Cameroun* (ARB/81/2), décision du Comité *ad hoc* 3 mai 1985 ; CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), décision du Comité *ad hoc* du 22 décembre 1989 ; CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision du Comité *ad hoc* du 5 février 2002 ; CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chile S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} juin 2005 ; CIRDI, *CDC Group plc contre Seychelles* (ARB/02/14), décision du Comité *ad hoc* du 29 juin 2005 ; CIRDI, *Patrick Mitchell contre République Démocratique du Congo* (ARB/99/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007 ; CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), décision du Comité *ad hoc* du 23 décembre 2010. Il a été précisé au paragraphe 65 de la décision dans l'affaire *Vivendi* que : « *the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale ; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision* ».

requête est acceptée, le Comité *ad hoc* pourra annuler la sentence, soit dans son intégralité, soit en partie. Il ne pourra ni modifier le contenu de la décision, ni décider de la soumettre à un autre tribunal arbitral. Suite à l'annulation, seules les parties pourront décider de soumettre le différend à un nouveau tribunal arbitral.

L'annulation des sentences rendues par d'autres instances arbitrales ne dépend pas des règlements d'arbitrage, mais des règles de droit interne de l'Etat du lieu de l'arbitrage. Dès lors, la procédure semble plus souple, les parties au différend pouvant choisir le siège de l'arbitrage en fonction des règles qui leur conviennent. Il existe une grande diversité, tant sur les possibles motifs d'annulation, que sur la compétence des tribunaux ou la portée de la vérification⁷⁷⁴. On comprend alors tout l'intérêt du CIRDI qui permet davantage de stabilité et de sécurité juridique et fournit un système complet et autonome jusqu'à l'exécution de la sentence.

Parallèlement, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sont également soumises au droit conventionnel, tel qu'il ressort de la Section 6 du Chapitre IV de la Convention de Washington, et non au droit interne de l'Etat du lieu de l'arbitrage. Ses trois articles rappellent le caractère obligatoire de la sentence arbitrale, qui doit être exécutée de plein droit sur les territoires des Etats parties comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un de leurs tribunaux, sans qu'il faille demander aux juridictions nationales l'*exequatur*, mais sous réserve de l'immunité d'exécution des Etats, qui continue de s'appliquer. Ce système évite tout contrôle par les juridictions internes de la sentence arbitrale, tout en assurant de façon automatique sa reconnaissance et, dans la majorité des cas, son exécution. Les autres organisations d'arbitrage ne prévoient pas si précisément l'exécution de la sentence arbitrale et renvoient, en la matière, au droit interne. Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit simplement que :

« Toute sentence arbitrale revêt un caractère obligatoire pour les parties »⁷⁷⁵.

Dès lors, la partie qui cherche à obtenir exécution devra s'en remettre au droit interne de l'Etat en cause et aux juridictions nationales qui devront émettre l'*exequatur*. Dans la majorité des cas, les Etats n'ont que transposé la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York en 1958, qui prévoit bien la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales⁷⁷⁶, mais les soumet à un certain nombre

⁷⁷⁴ P. Bernardini, "ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188. V. également l'article 34 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avec les amendements tels qu'adoptés en 2006.

⁷⁷⁵ Article 34, paragraphe 6, du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) ; l'article 26. 9 du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (1998) ; l'article 34 du Règlement de la CNUDCI (2010) ; l'article 40 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2010).

⁷⁷⁶ Au 1^{er} octobre 2012, 147 Etats étaient parties à la Convention de New York.

d'exceptions, prévues à l'article V. Aussi, même si la reconnaissance et l'exécution seront quasiment systématiquement accordées, le système CIRDI semble plus simple et offre davantage de sécurité de par son caractère automatique.

Si l'on s'attache aux mesures provisoires et conservatoires⁷⁷⁷, on constate que cette possibilité est systématiquement prévue⁷⁷⁸, mais que la procédure diverge, cette fois à la défaveur du CIRDI. En effet, le recours au CIRDI excluant la compétence de toute juridiction interne conformément à l'article 26 de la Convention de Washington, il n'était pas possible d'obtenir des mesures conservatoires devant les juridictions nationales, sauf accord exprès des parties, et il fallait donc attendre que le tribunal arbitral soit constitué. Les amendements au Règlement d'arbitrage entrés en vigueur en 2006 améliorent la procédure en permettant au Secrétariat de fixer un délai dans lequel les parties présentent leurs observations de façon à ce que le Tribunal puisse statuer dès sa constitution et dans les plus brefs délais⁷⁷⁹. Toutefois, la procédure prévue par d'autres règlements d'arbitrage semble plus efficace, le recours aux juridictions internes étant toujours possible. Par exemple, l'article 28, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit :

« Avant la remise du dossier au tribunal arbitral et même postérieurement si les circonstances s'y prêtent, les parties peuvent demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires. La saisine d'une autorité judiciaire pour obtenir de telles mesures ou pour faire exécuter des mesures semblables prises par un tribunal arbitral ne contrevient pas à la convention d'arbitrage, ne constitue pas une renonciation à celle-ci, et ne préjudicie pas à la compétence du tribunal arbitral à ce titre »⁷⁸⁰.

En plus de la possibilité de recourir aux juridictions internes, les règlements d'arbitrage prévoient en général une procédure afin de pouvoir accorder des mesures conservatoires et provisoires avant la constitution du tribunal arbitral. Par exemple, les Règlements d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm et de la Cour internationale d'arbitrage⁷⁸¹ de la Chambre de commerce internationale⁷⁸² prévoient le recours à un Arbitre d'urgence, nommé par l'organisation elle-même, qui doit rendre une décision d'urgence sur les mesures provisoires.

⁷⁷⁷ P. Bernardini, "ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188.

⁷⁷⁸ V. l'article 28 du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) ; l'article 25 du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (1998) ; l'article 26 du Règlement de la CNUDCI (2010) ; l'article 32 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2010). V. l'article 47 de la Convention de Washington.

⁷⁷⁹ V. l'article 35 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

⁷⁸⁰ Article 25. 3 du Règlement de la *London Court of International Arbitration* (1998) et l'article 26, paragraphe 9, du Règlement de la CNUDCI (2010).

⁷⁸¹ V. l'Annexe II du Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (2010).

⁷⁸² V. l'article 29 et l'Appendice V du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012).

Il demeure, toutefois, qu'en cas d'option prévue dans la clause de règlement des différends contenue dans le traité bilatéral d'investissement, à la disposition de l'investisseur pour le choix de son régime d'arbitrage, la préférence va souvent vers le système CIRDI. La Convention de Washington a, en effet, permis de dépolitiser un arbitrage impliquant un Etat, pour parvenir à une organisation strictement juridique⁷⁸³ très efficace, indépendante et autonome, excluant tout recours aux ordres juridiques nationaux.

Ce champ d'action limité, ainsi que la procédure particulière instituée dans le cadre du CIRDI, sont probablement les raisons principales du succès de l'institution, mais c'est surtout sa jurisprudence audacieuse qui a permis, avec le concours des traités bilatéraux d'investissement, l'émergence d'un droit international des investissements comme système distinct du droit international général. Les caractères particuliers de l'arbitrage international en matière d'investissement révèlent bien cette spécificité.

B. Le changement de configuration de l'arbitrage CIRDI

L'admission d'un consentement différé à l'arbitrage a entraîné d'importantes évolutions concernant l'arbitrage international en matière d'investissement et contribuant à le distinguer encore davantage des autres modes de règlement des différends mixtes. Ainsi, l'arbitrage international en matière d'investissement semble avoir, en partie, perdu son fondement consensuel (1°), ce qui bouleverse tout l'équilibre du droit international des investissements (2°).

1°) Un consentement « en blanc »

La découverte d'un consentement dans les lois nationales, puis dans les conventions bilatérales d'investissement, a bouleversé l'arbitrage international. Si l'on s'attache à l'évolution qualitative de l'arbitrage international en matière d'investissement, on constate

⁷⁸³ I. Shihata, "Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 1, 1986, p. 4 et s.

que le fait que le consentement de l'Etat se trouve dans un traité, instrument traditionnel de droit international public, emporte un certain nombre de conséquences.

Tout d'abord, les relations entre l'Etat et l'investisseur sont bouleversées. La compétence du CIRDI ne se fonde plus sur un accord direct entre les parties, mais sur une clause contenue dans un traité⁷⁸⁴ : il n'est alors nullement nécessaire que l'investisseur se trouve dans une relation contractuelle avec l'Etat. Même s'il avait pu être envisagé que « la convention bilatérale, bien qu'étant dans la nature d'un accord interétatique, n'en produi[sait] pas moins des effets directs dans le chef des particuliers »⁷⁸⁵, on voit que dorénavant le contentieux se fonde sur le droit international et se distingue de l'arbitrage économique traditionnel⁷⁸⁶.

De plus, l'Etat ne peut avoir aucune connaissance de la portée de son engagement lorsqu'il ratifie le traité. Là encore, Geneviève Burdeau constate l'ampleur de cette conséquence issue de la jurisprudence *AAPL* :

« des investisseurs privés étrangers auxquels ils ont éventuellement donné un simple agrément, ou même avec lesquels ils n'ont aucun lien juridique, pourront les attraire par voie de requête unilatérale devant un tribunal CIRDI pour toutes sortes de différends qu'ils n'avaient pu envisager à l'avance »⁷⁸⁷.

L'impossibilité de connaître à l'avance les possibles parties adverses – c'est « l'absence d'*intuitu personae* » évoquée par Emmanuel Gaillard⁷⁸⁸ – ou la nature des différends fait de l'engagement pris par l'Etat par la signature d'une clause CIRDI contenue dans un traité bilatéral d'investissement, un engagement beaucoup plus contraignant que celui pris en souscrivant la clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour Internationale de Justice. L'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice prévoit ainsi :

« 2. Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plus droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a. l'interprétation d'un traité ;
- b. tout point de droit international ;
- c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ;
- d. la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.

⁷⁸⁴ J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257., p. 232.

⁷⁸⁵ P. Juillard, "Les Conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *JDI*, n° 2, 1979, pp. 274-325, p. 289.

⁷⁸⁶ V. sur ce point G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁷⁸⁸ E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 858.

3. Les déclarations ci-dessus visées pourront être faites purement et simplement ou sous condition de réciprocité de la part de plusieurs ou de certains Etats, ou pour un délai déterminé ».

Cette clause est très précise et ne ressemble en rien au consentement offert dans les traités bilatéraux d'investissement. De plus, les Etats peuvent soumettre leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour à certaines réserves pour des domaines sensibles et à la condition de réciprocité. La Cour a une interprétation stricte de la portée du consentement, comme cela ressort de l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* :

« En examinant ce motif de l'exception, la Cour constate tout d'abord que le cas présent a été porté devant elle sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut ainsi que des déclarations correspondantes d'acceptation de sa juridiction obligatoire ; que, dans le cas présent, la compétence de la Cour dépend des déclarations faites par les Parties conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut sous condition de réciprocité ; et que, comme il s'agit de deux déclarations unilatérales, cette compétence lui est conférée seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer. Or, la comparaison des deux déclarations montre que la déclaration française accepte la juridiction de la Cour dans des limites plus étroites que la déclaration norvégienne ; par conséquent, la volonté commune des Parties, base de la compétence de la Cour, existe dans ces limites plus étroites indiquées par la réserve française. (...). Conformément à la condition de réciprocité, mise à l'acceptation de la juridiction obligatoire dans les deux déclarations et prévue à l'article 36, paragraphe 3, du Statut, la Norvège est fondée, dans les mêmes conditions que la France, à exclure de la compétence obligatoire les différends que la Norvège considère comme relevant essentiellement de sa compétence nationale »⁷⁸⁹.

Ainsi, lorsque l'Etat accepte la clause facultative de juridiction obligatoire, il sait dans quelle mesure il s'engage et à l'égard de quels Etats – la compétence de la Cour se limitant aux différends interétatiques – celui-ci étant de toute façon informé de la souscription par un autre Etat de la clause facultative de juridiction obligatoire. A l'opposé, l'Etat qui consent à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI dans un traité bilatéral d'investissement s'engage à l'égard de tout investisseur, sans avoir nécessairement une relation contractuelle avec eux et même sans les connaître. De plus, étant donné la formulation large des clauses CIRDI, tous les différends pourront être soumis à l'arbitrage, l'Etat ne pouvant savoir à l'avance à quelles catégories de litiges il s'expose, et ne pouvant pas lui-même engager une procédure contre l'investisseur, mais seulement faire des demandes reconventionnelles⁷⁹⁰. Dès lors, l'arbitrage CIRDI sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement semble plus proche du mécanisme de recours individuel prévu dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁸⁹ CIJ, *Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France contre Norvège)*, arrêt du 6 juillet 1957 (exceptions préliminaires), *CIJ Rec.* 1957, p. 9, pp. 23-24.

⁷⁹⁰ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, pp. 15-16.

Ce consentement anticipé de l'Etat a ainsi pu être qualifié de « consentement en blanc »⁷⁹¹, l'Etat pouvant être soumis à l'arbitrage par n'importe quel investisseur et pour n'importe quel différend, faute de rapport contractuel existant. Dès lors, la portée de l'arbitrage est totalement modifiée.

Cela emporte également des conséquences en ce qui concerne le retrait de l'offre : le retrait unilatéral par l'Etat de son consentement donné dans un traité bilatéral d'investissement serait une violation de son engagement, menant à sa responsabilité sur la scène internationale. On peut, dès lors, considérer qu'une clause CIRDI demeure valide dans tous les cas, jusqu'à la terminaison du traité, terminaison devant intervenir conformément au droit international public régissant la matière.

Cette admission d'un consentement en blanc au profit de l'investisseur nuit à l'équilibre de l'arbitrage transnational, qui devient une arme au seul bénéfice de la personne privée.

2°) Un bouleversement de l'équilibre de l'arbitrage

Depuis la modification de la condition du consentement à l'arbitrage CIRDI et l'admission d'un consentement dissocié, l'arbitrage transnational semble avoir perdu son équilibre initial, qui faisait son succès, au profit de l'investisseur. Cela touche directement l'activité des tribunaux, le développement de l'arbitrage CIRDI ayant pour pendant la baisse du nombre d'actions en matière d'investissement devant les juridictions internes, d'autant plus que la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas une condition pour accéder au CIRDI⁷⁹², sauf si l'Etat le spécifie de façon expresse dans l'instrument exprimant son consentement⁷⁹³.

⁷⁹¹ L'expression a été pour la première fois utilisée par Brigitte Stern *in* B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?" *in* *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244. V. également Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15 ; P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" *in* C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 348.

⁷⁹² V. *infra*, p. 287 et s.

⁷⁹³ V. l'article 26 de la Convention de Washington : « Le consentement des parties à l'arbitrage est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés ».

Le fondement des obligations des parties ne sera pas forcément le même que dans le cas d'un simple contrat d'investissement. La distinction est de taille, pour fonder la compétence du CIRDI. Il faudra alors distinguer l'ordre interne et l'ordre international. Seules les violations du dernier permettront le recours au Centre. C'est ce qui ressort de l'affaire *AES c. Argentine* :

« 92. *As a matter of fact, Argentina's argumentation is inaccurate inasmuch as it establishes confusion between two distinct legal orders: the international and the national one. What is at stake is an alleged breach of Argentina's obligations in international law as set out in the US-Argentina BIT, of which AES, as a national company of the United States, may seek immediate reparation through the special ICSID system of settlement of disputes; this is an exception to the classical and ordinary means provided under general international law by the display of diplomatic protection exercise by the national State of the company alleging to have suffered damage* »⁷⁹⁴.

L'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement s'est, dès lors, transformé pour passer d'un instrument de contrôle du respect des obligations contractuelles à un « instrument de contrôle du respect par les Etats de la légalité dans le domaine économique »⁷⁹⁵. Dès lors que le consentement ne se fonde plus sur un contrat, la compétence du Centre s'étend à tous les différends nés du comportement de l'Etat, y compris lorsque celui-ci adopte une modification de la législation relative à l'investissement⁷⁹⁶. Cette hypothèse, envisagée lors des travaux préparatoires de la Convention de Washington, avait été violemment rejetée :

« (l)e Centre ne peut naturellement pas se transformer en un organisme de révision de la législation des différents pays »⁷⁹⁷.

Pourtant, il existe bien aujourd'hui un contrôle de légalité, l'arbitre exerçant

« une fonction de contrôle, à la demande des particuliers, du respect par les Etats de leurs obligations selon le droit international conventionnel ou général »⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ CIRDI, *AES Corporation contre Argentine* (ARB/02/17), sentence du 26 avril 2005, paragraphes 90 et 92.

⁷⁹⁵ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38 ; B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244.

⁷⁹⁶ Cette hypothèse avait été envisagée, mais volontairement minimisée, Aron Broches notant que : « Ce genre de situation [contrat entre un Etat et un investisseur étranger] couvrira 90-95% des différends que les parties pourront désirer soumettre au Centre, mais il pense néanmoins qu'il est essentiel de prévoir en outre les cas où un différend surgira sans qu'il y ait un accord antérieur ». V. CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, p. 298. V. également B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, p. 234.

⁷⁹⁷ CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, p. 668.

On ne peut que conclure, avec Geneviève Burdeau, que l'on se situe dans un contentieux intermédiaire, qui peut être résumé comme

« un contentieux qui se présente comme un contentieux de la légalité en ce sens qu'est mis en cause le non-respect du droit par une des parties, mais on ne va pas jusqu'à demander à cette partie de revenir sur sa décision. Ce qu'on lui demande c'est en réalité d'indemniser, et on débouche alors sur un contentieux de la responsabilité »⁷⁹⁹.

Or, le contentieux de la légalité est un progrès du droit, dont on doit davantage se réjouir que s'inquiéter. La source des préoccupations naît de ses conséquences tenant à une possible asymétrie des relations entre les parties. L'Etat ayant donné, unilatéralement et préalablement à tout différend, son consentement à l'arbitrage CIRDI, il semble qu'il soit condamné à occuper la position de défendeur⁸⁰⁰. C'est ce que note Geneviève Burdeau :

« le déclenchement de la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non pas des deux puisque seul l'Etat a accepté par le traité de se soumettre à l'arbitrage CIRDI vis-à-vis de n'importe quel investisseur ressortissant de l'autre partie qui en ferait la demande »⁸⁰¹.

En effet, on comprend aisément qu'en cas de litige et de violation par l'investisseur de ses obligations, celui-ci soit peu enclin à accepter la compétence du CIRDI. La preuve en est que l'Etat n'est pratiquement jamais demandeur⁸⁰². On peut, néanmoins, envisager – et c'est parfois le cas – que l'investisseur soit lui-même amené à donner son consentement. Ainsi, par exemple, l'investisseur pourra être obligé d'accepter l'offre, condition de l'admission de son investissement ou condition pour l'application du traité bilatéral d'investissement à ce dernier, ce qui permettra aux deux parties d'initier une procédure devant le CIRDI. Mais, hormis ces cas, même si la formulation des clauses CIRDI dans les conventions bilatérales d'investissement est symétrique par souci de réciprocité, il faut noter qu'il ne s'agit en réalité

⁷⁹⁸ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, p. 37.

⁷⁹⁹ B. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 188.

⁸⁰⁰ Certains ont pu parler de « privilège de juridiction unilatéral ». V., not., A. Pinna, "Réflexions sur l'arbitrage forcé", *Gazette du Palais*, n° 351, 2008, p. 6. V. également J. Paulsson, "Arbitration Without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, p. 232 ; H. Hellio, "L'Etat, un justiciable de second ordre ? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers", *RGDIP*, vol. 113, n° 3, 2009, pp. 589-620 ; F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI", *RGDIP*, vol. 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

⁸⁰¹ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, p. 15.

⁸⁰² On dénombre deux affaires où l'Etat est demandeur dans un arbitrage CIRDI. La première a été enregistrée très tôt, en 1976, et a abouti à un règlement amiable (CIRDI, *Gabon contre Société Serete S.A.* (ARN/76/1), règlement amiable du 27 février 1978). La seconde a été initiée par le Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental et a abouti à une sentence le 28 décembre 2009 (CIRDI, *Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental contre PT Kaltim Prima Coal et al.* (ARB/07/3), sentence du 28 décembre 2009). V. également G. Laborde, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 97-122.

que d'un « simple trompe-l'œil »⁸⁰³, l'investisseur étant le seul à pouvoir profiter de telles clauses.

Parallèlement au choix qui revient à l'investisseur d'initier une procédure, il lui appartient également de décider de la nature de celle-ci au regard des options qui lui sont ouvertes par les traités bilatéraux d'investissement, comme par exemple l'arbitrage CIRDI ou CCI ou encore en application du règlement de la CNUDCI. Ainsi, si la convention bilatérale d'investissement prévoit des options pour l'organisation de l'arbitrage, l'investisseur bénéficie d'un véritable *forum shopping in favorem*⁸⁰⁴.

On comprend alors que l'admission du consentement dissocié ait eu pour conséquence la multiplication des exceptions préliminaires⁸⁰⁵, les Etats n'ayant que ce moyen à leur disposition. Lorsqu'on exigeait le double consentement, de l'investisseur et de l'Etat, à la procédure d'arbitrage, les deux parties reconnaissaient nécessairement la compétence du Centre et il ne pouvait y avoir pas de place pour ces objections. Maintenant qu'il n'y a plus de double consentement, mais un consentement dissocié, les exceptions préliminaires se multiplient nécessairement et le contentieux change de configuration. Cela se justifie aisément par la réticence des Etats à être soumis à une juridiction quasi-obligatoire, comme le note Pierre Lalive :

*« the deep and traditional reluctance of Governments to undertake binding arbitration commitments (in the broad sense of the term « arbitration ») is perfectly understandable and indeed sometimes justified, on the part of responsible State authorities. Be that as it may, in spite of the remarkable progress accomplished by some pioneers like the late Aron Broches, it is unlikely that the tendency of States or Governments to object to arbitral jurisdiction will diminish »*⁸⁰⁶.

En dehors de la réticence naturelle exprimée par les Etats, de nombreuses questions de compétence restent posées et doivent faire l'objet d'une interprétation prétorienne, comme le relève Emmanuel Gaillard :

« le développement des contentieux soumis au Centre sur le fondement de ces textes [suscite] de nombreuses questions d'interprétation de la portée exacte de la référence qu'ils font au CIRDI, comme cela avait été le cas dans l'affaire *SPP c. Egypte* (...). Il soulèvera également de plus en plus fréquemment la question du respect des

⁸⁰³ G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, p. 20.

⁸⁰⁴ E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 862.

⁸⁰⁵ K.-H. Böckstiegel, "Arbitration of Foreign Investment Disputes - An Introduction" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 125-131.

⁸⁰⁶ P. Lalive, "Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration", *Procès-verbaux du 16e Congrès de l'ICCA*, 2002, 25 p., p. 2. V. également H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-Claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "Without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.

conditions objectives de compétence du Centre du type de celle qui avait été débattue – et finalement tranchée par la négative – dans l'affaire *Vacuum Salt Products c. Ghana* »⁸⁰⁷.

Ces réponses appartiennent aux tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI, conformément au principe de la *Kompetenz-Kompetenz* et comme le précise l'article 41 de la Convention de Washington :

« 1. Le Tribunal est juge de sa compétence.

2. Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal doit être examiné par le Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond ».

A ce titre ont pu être soulevées des objections⁸⁰⁸ quant à la nationalité de l'investisseur⁸⁰⁹, à l'existence d'un investissement conformément à la Convention de Washington et au traité bilatéral d'investissement en cause⁸¹⁰, à l'absence de tentative de négociation et de consultations préalables⁸¹¹ ou d'épuisement des voies de recours internes conformément à l'accord sur lequel l'investisseur se fondait ou encore, de façon plus générale sur les relations entre les juridictions internes et l'arbitrage international⁸¹². En dehors de l'issue de ces questions, ce qui est intéressant, ce sont les modifications que la prolifération des objections préliminaires entraîne sur l'arbitrage en matière d'investissement, comme le note Charles Chatterjee :

« *Despite the judicial guidelines developed by ICSID tribunals on the competence of those tribunals over their relatively long history, challenges to the jurisdiction of those tribunals under Article 25 Washington Convention have become common phenomenon* »⁸¹³.

On ne peut, en définitive, que tomber d'accord avec Emmanuel Gaillard lorsqu'il note :

⁸⁰⁷ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 423.

⁸⁰⁸ Pour un certain nombre d'exemples, v. P. Lalive, "Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration", *Procès-verbaux du 16e Congrès de l'ICCA*, 2002, 25 p.

⁸⁰⁹ V., par ex., CIRDI, *American Manufacturing and Trading contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997 ; CIRDI, *Banro American Resource et SAKIMA contre République Démocratique du Congo* (ARB/98/7), sentence du 1^{er} septembre 2000.

⁸¹⁰ V., par ex., CIRDI, *Tradex Hellas S.A. contre Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence du 24 décembre 1996 ; CIRDI, *American Manufacturing and Trading contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997.

⁸¹¹ *Id.*

⁸¹² CIRDI, *Holiday Inns S.A. et autres contre Maroc* (ARB/72/1), ordonnance de désistement de l'instance du 17 octobre 1978 ; CIRDI, *Waste Management Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), sentence du 2 juin 2000 ; CIRDI, *Compañia de Aguas des Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/), sentence du 21 novembre 2000.

⁸¹³ C. Chatterjee, "The Arbitration between American Manufacturing & Trading Inc. and the Republic of Zaire - When Challenges to the Jurisdiction of an ICSID Tribunal are not Valid", *Journal of International Arbitration*, vol. 16, 1999, pp. 37-46.

« la pratique de l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements a déjà développé des caractères propres qui ne manqueront pas d'avoir à leur tour une incidence sur le droit commun de l'arbitrage. Ces caractères sont l'affaiblissement de la confidentialité, l'usage de la procédure d'*amicus curiae* et le développement d'une véritable jurisprudence arbitrale, plus nourrie et plus cohérente que dans tout autre domaine »⁸¹⁴, parmi d'autres.

Ces caractères propres de l'arbitrage transnational contribuent à affirmer la spécificité des recours dans le cadre du CIRDI et du droit international des investissements en général.

PARAGRAPHE 2. L’AFFIRMATION DE LA SPECIFICITE DE L’ARBITRAGE CIRDI

L'arbitrage transnational organisé dans le cadre du CIRDI a, à l'origine, pris pour modèle l'arbitrage commercial international, mais aussi le règlement des différends interétatiques. Sa nature hybride liée à la différence dans la qualité des parties en litige en a fait sa spécificité, qui n'a cessé de s'affirmer, au point qu'on le qualifie aujourd'hui d'élément du *global administrative law* (A). Qu'on adhère ou non à cette conception, il est indéniable que le droit international des investissements est traversé par des mouvements d'institutionnalisation et de juridictionnalisation faisant sa particularité (B).

A. Le droit international des investissements, composante du *global administrative law* ?

Le droit administratif global est une doctrine récente, ayant vocation à prendre en considération les bouleversements que connaît le droit international public du fait de la mondialisation. Cette théorie est intéressante au regard du droit international des investissements, du fait qu'elle considère l'arbitrage CIRDI comme la démonstration la plus probante du *global administrative law* (1°) ; mais il semble encore trop tôt pour démontrer l'existence de cette nouvelle branche du droit (2°)

⁸¹⁴ E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 855.

1°) L'intégration du droit international des investissements au *global administrative law*

Le *global administrative law* est apparu récemment dans le paysage juridique. Son statut reste douteux, oscillant entre discipline juridique à part entière ou simple doctrine, certains s'interrogeant encore sur son existence.

Le droit administratif global est né dans deux écoles, une première à l'Université de New York avec comme chef de file Benedict Kingsbury⁸¹⁵, et une seconde en Italie menée par Sabino Cassese⁸¹⁶, qui ont collaboré pour le développement de cette théorie⁸¹⁷. Sabino Cassese considère que le droit administratif global est né de l'affaire du *Thon à nageoire bleue*⁸¹⁸ qui met en scène une organisation jouissant de pouvoirs administratifs – à l'égard de ceux qui y sont parties, mais aussi des autres – ainsi que des juges à même de régler les différends entre les divers acteurs. Cette affaire révèle l'apparition d'un droit administratif global, qui se distingue des droits administratifs nationaux par nombre de ses traits. Premièrement, il n'existe pas un régime international exclusif, mais le *global administrative law* est composé des règles et principes de plusieurs systèmes. Deuxièmement, le droit administratif global se fonde principalement sur la coopération et l'autorégulation, du fait que ses sujets ne sont pas nécessairement hiérarchisés. La troisième différence tient à la moindre place du politique, les décisions étant souvent prises par des comités d'experts se fondant sur des critères scientifiques. Enfin, le droit administratif global ne fait pas la distinction entre public et privé. Le *global administrative law* se distingue ainsi du droit administratif interne et a vocation à étudier les droits nationaux, transnationaux et internationaux qui fondent ce droit

⁸¹⁵ B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31 ; B. Kingsbury et S. Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009, 53 p. V. également N. Krisch et B. Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 1-13 ; N. Krisch, "The Pluralism of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 247-278.

⁸¹⁶ S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694 ; S. Cassese, *Global Administrative Law Cases, Materials, Issues*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione/New York University Institute for International Law and Justice, Rome-New York, 2008, 246 p. ; S. Cassese, "Is There a Global Administrative Law?" in A. von Bogdandy et al., *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Berlin, 2010, pp. 761-776.

⁸¹⁷ V. également C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 187-214 ; G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150 ; S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford, 2009, XLIV-416 p.

⁸¹⁸ S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694 ; S. Cassese, *Global Administrative Law Cases, Materials, Issues*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione/New York University Institute for International Law and Justice, Rome-New York, 2008, 246 p.

administratif « plural »⁸¹⁹ de la gouvernance globale, caractérisé par son aspect coopératif, l'absence de hiérarchisation de ses normes et son caractère spontané.

Cette doctrine se fonde sur deux constatations : l'une ressort du besoin d'un droit global, seul à même d'appréhender certains objets transnationaux par nature, qui échappent au contrôle des Etats ou que les Etats ne peuvent réguler de façon efficace ; la seconde tient à l'existence d'opérateurs, de nature hybride – publique, privée ou les deux – ayant des pouvoirs de régulation et agissant au niveau global⁸²⁰. Le problème qui se pose est que ces opérateurs, particulièrement puissants, jouissent d'une sorte d'impunité du fait d'un déficit de responsabilité ou « *accountability deficit* »⁸²¹, pour reprendre les termes de Benedict Kingsbury.

Ces opérateurs globaux peuvent être divisés en cinq catégories⁸²², qualifiées d'administrations globales. La première, l'administration internationale, est constituée d'organisations intergouvernementales classiques, comme par exemple le Conseil de Sécurité des Nations Unies⁸²³, le Haut Commissaire aux Réfugiés des Nations Unies⁸²⁴, l'Organisation Mondiale de la Santé ou encore la Banque mondiale. La deuxième catégorie est composée de réseaux transnationaux et d'accords de coordination⁸²⁵, à savoir de structures créées en l'absence de traités internationaux, au travers de coopérations informelles des opérateurs nationaux, comme le Comité de Bâle qui réunit des exécutifs des Banques Centrales. La troisième catégorie, l'« administration distribuée »⁸²⁶, est constituée d'opérateurs nationaux, qui peuvent avoir un rôle extraterritorial. La quatrième catégorie est l'« administration hybride gouvernements-secteur privé »⁸²⁷. Elle est constituée d'opérateurs publics, mais aussi privés,

⁸¹⁹ S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694, p. 673.

⁸²⁰ *Ibid.*, pp. 671-672 : « *These needs lead to the establishment of global regulatory bodies, called international or intergovernmental organizations. Their current number varies according to the criteria used to define them. According to an assessment based on more restrictive criteria, there were 245 such organizations in 2004; according to surveys based on more open-ended criteria, there were 1988; and according to a count based on even more liberal criteria, there exist 7306. To appreciate the meaning of these numbers, consider that there are more of such organizations than there are states* ».

⁸²¹ B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31, p. 16.

⁸²² Kingsbury précise ainsi la nature de ces opérateurs globaux : « *Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance* » (B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31, p. 17).

⁸²³ Le Conseil de Sécurité des Nations Unies a, par exemple, joué un rôle fondamental en matière de terrorisme, avec l'adoption des *smart sanctions* ou sanctions ciblées, consistant à identifier des personnes suspectées d'activités de terrorisme sur des listes noires, qui subissent des sanctions, comme le gel de leurs avoirs ou l'interdiction de voyager.

⁸²⁴ Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés joue un rôle essentiel au regard du *global administrative law*, étant donné que ses décisions affectent directement les individus.

⁸²⁵ B. Kingsbury, N. Krisch et D. P. Stewart, "L'émergence du droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

⁸²⁶ *Id.*

⁸²⁷ *Id.*

comme par exemple l'ICANN pour Internet⁸²⁸ ou la Commission du *Codex Alimentarius* pour la sécurité alimentaire. Enfin, la cinquième catégorie est purement privée, mais a la capacité d'adopter des normes globales, comme l'Organisation ISO – *International Standardization Organization* – ou certaines organisations non gouvernementales⁸²⁹. On voit donc une ouverture de la scène transnationale au niveau de ses acteurs, accueillant désormais des sujets hybrides ou strictement privés, contrairement au droit international, qui se fonde essentiellement sur les relations interétatiques.

Ces opérateurs agissent dans un espace administratif global, composé non seulement d'Etats, mais aussi d'individus, d'entreprises et d'organisations non-gouvernementales. Il se distingue à la fois de l'ordre interne et de l'ordre international, à l'égard desquels il jouit d'une certaine autonomie. Cet espace administratif global naît des interactions entre les différents opérateurs administratifs globaux, qui ne sont sous l'emprise ni du droit interne, ni du droit international. Il doit donc être lui-même régulé.

Les missions et pouvoirs de ces opérateurs globaux les font ressembler à des organes administratifs agissant pour la gouvernance mondiale, qui constitue elle-même une action administrative⁸³⁰. Malgré leur puissance tirée de leur pouvoir de régulation, il n'existe pas de contrôle sur ces organes. L'absence de contrôle exercé sur eux a abouti à un développement des droits administratifs nationaux, mais aussi au développement de nouveaux mécanismes de droit administratif à l'échelle globale. C'est ainsi que cette lacune justifie l'existence du *global administrative law*, seule à même d'imposer des règles de responsabilité à ces opérateurs globaux, contrairement au droit interne et au droit international qui demeurent insuffisants en la matière.

Selon Sabino Cassese, le droit administratif global est ainsi un ensemble de normes, structures et procédures relatives à l'activité de régulation globale. Benedict Kingsbury, quant à lui, définit le droit administratif global:

*« as comprising the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make »*⁸³¹.

⁸²⁸ Il s'agissait initialement d'une structure exclusivement privée, qui a par la suite accueilli une représentation publique.

⁸²⁹ C'est le cas not. des organisations non gouvernementales qui définissent des normes du commerce équitable et certifient certains produits.

⁸³⁰ V. B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31, p. 17 : « we are also proposing that much of global governance can be understood and analyzed as administrative action: rule-making, administrative adjudication between competing interests, and other forms of regulatory and administrative decision and management ».

⁸³¹ *Id.*

L'essentiel de la notion se fonde alors sur la responsabilité ou, plus précisément, l'*accountability*. Le droit administratif global serait ainsi constitué de tous les principes organisant cette *accountability*. Dès lors, il s'agirait simplement d'un *corpus* normatif relatif à la gouvernance mondiale. Les sources du droit administratif global sont constituées du droit international public au sens classique – avec les traités, la coutume et les principes généraux – des droits internes, mais également d'un autre élément, qualifié par Benedict Kingsbury de version moderne du *jus gentium*, composée des normes émergeant entre les différents opérateurs de la société internationale *lato sensu*. Même si ces principes rappelés par Benedict Kingsbury sont facilement définis, la question des sources précises de ce droit se pose, notamment face à la possible critique de l'arbitraire de ces principes ou même d'impérialisme. Pour répondre à ces critiques, Benedict Kingsbury précise que la norme globale pour devenir juridique doit avoir un caractère de *publicness* correspondant à un fait social ou à une pratique et doit avoir été adoptée conformément à un ensemble de standards et de procédures lui conférant sa validité⁸³².

Ce *global administrative law* a ainsi vocation à permettre l'élaboration d'un régime de responsabilité des opérateurs globaux, mais aussi à promouvoir les droits, autant individuels qu'étatiques, et la démocratie.

Ce *corpus* de règles du droit administratif global toucherait tant des principes substantiels que des règles procédurales. On retrouve parmi les principes procéduraux la transparence, la publicité, l'ouverture consistant en la possibilité d'être entendu et la participation de tiers, le principe de motivation des décisions et la possibilité de contrôle de la décision d'une autorité administrative par un tribunal indépendant. Au titre des principes substantiels, sont mentionnés les principes de proportionnalité, d'adéquation des moyens aux fins, de non-utilisation de moyens inutilement restrictifs et de respect des attentes légitimes⁸³³. Sabino Cassese mentionne également le principe de l'égalité, l'obligation de consultation, le droit d'accéder aux documents administratifs et le droit d'obtenir des décisions fondées sur des données objectives et scientifiques⁸³⁴.

Les partisans du *global administrative law* considèrent que la gouvernance mondiale peut être analysée comme une administration, à laquelle participe pleinement le CIRDI. Ils retiennent ainsi l'arbitrage en matière d'investissement comme l'une de ses expressions les plus patentes. Gus Van Harten va encore plus loin et note que :

⁸³² B. Kingsbury et S. Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009, 53 p.

⁸³³ V. not. B. Kingsbury, N. Krisch et D. P. Stewart, "L'émergence du droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

⁸³⁴ S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694, pp. 690-691.

« *the regime of international investment arbitration which has been rapidly developing since the 1990s provides not simply a singularly important and under-appreciated manifestation of an evolving system of global administrative law but that, owing to its unique features, it may in fact offer the only exemplar of global administrative law, strictly construed, yet to have emerged* »⁸³⁵.

De même, Sabino Cassese qualifie le Centre de « *global administrative court* »⁸³⁶. Benedict Kingsbury insiste, quant à lui, sur le rôle essentiel de l'arbitrage CIRDI sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement dans l'organisation d'un contrôle du comportement de l'Etat – et donc l'*accountability* de ceux-ci – au regard des principes du droit administratif global. Le Centre contribue ainsi pleinement à l'affirmation de ce nouveau champ juridique :

« *This is also the rationale behind the far-reaching arbitral review established under investment treaties, via the ICSID system (...). Under such mechanisms, investors can challenge administrative action of the host state before international arbitral tribunals if they believe their rights under the relevant investment treaty have been violated. Increasingly, decisions of these tribunals have extended procedural, as well as substantive, limitations on domestic regulators* »⁸³⁷.

Cette intégration de l'arbitrage en matière d'investissement au droit administratif global a été affirmée par de nombreux auteurs, dont Gus Van Harten et Martin Loughlin, qui la fondent sur quatre caractères. Premièrement, cet arbitrage fondé sur les traités bilatéraux d'investissement permet à l'investisseur d'attirer directement un Etat devant une juridiction internationale sans avoir à se soumettre aux limitations que l'on connaît d'ordinaire pour les personnes privées sur la scène internationale, en particulier l'obligation d'avoir épuisé les voies de recours internes. Deuxièmement, il permet à l'investisseur de réclamer des dommages-intérêts à l'Etat, ce qui reste encore rare dans l'ordre juridique international⁸³⁸. Troisièmement, l'arbitrage CIRDI autorise l'investisseur à réclamer directement l'application des sentences arbitrales. Enfin, les traités bilatéraux d'investissement favorisent le *forum shopping* en définissant largement la nationalité et en permettant aux investisseurs, par le biais de leurs filiales, d'étendre le champ de l'arbitrage et ainsi d'assurer leur protection juridique⁸³⁹. Ainsi, la conjonction entre les traités bilatéraux d'investissement et le CIRDI permet de soumettre la conduite de l'Etat à un contrôle juridictionnel international obligatoire

⁸³⁵ G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150, p. 122. V. également p. 121 : « *international investment arbitration – pursuant to regional and bilateral investment treaties – offers the clearest example of global administrative law, strictly construed, yet to have emerged* ».

⁸³⁶ S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694, p. 692.

⁸³⁷ B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31, p. 36.

⁸³⁸ Il n'existe, en effet, pas de régime international de dommages-intérêts à destination des individus, à l'exception de certains régimes régionaux spécifiques comme ceux mis en place par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la Cour Interaméricaine et surtout l'Union européenne avec la jurisprudence *Francovitch*.

⁸³⁹ G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150.

dans une mesure encore jamais envisagée. Ce contrôle systématisé exerce alors une influence non négligeable sur les Etats, forcés à une certaine forme de discipline. Dès lors, l'arbitrage en matière d'investissement ressemble davantage au droit administratif interne qu'à l'arbitrage commercial international. C'est ce que note Gus Van Harten :

« Viewed as a species of global administrative law, the investment arbitration tribunal must be treated as a semi-autonomous international adjudicative body that reviews and controls state conduct in the public sphere. It is an administrative review agency because, but for its establishment in the international sphere, it would be performing a role similar to that of a semi-autonomous domestic tribunal charged with resolving regulatory disputes. Being constituted at the international level for the purpose of disciplining the governmental action of states, the investment arbitral tribunal forms a novel and unique extension to the conceptual architecture of administrative law »⁸⁴⁰.

Dès lors, l'arbitrage entre investisseur et Etat n'est pas seulement un moyen de régler un différend ponctuel, mais participe pleinement à la gouvernance globale, en déterminant des standards d'action pour les Etats, qui influencent leur comportement et celui des tribunaux qui seront amenés à statuer sur les mêmes questions. Comme le note Sabino Cassese :

« the evolving « jurisprudence » of ICSID Tribunals at once reflects and constitutes an emerging transnational regime for foreign investments »⁸⁴¹.

Des instruments de droit public, comme par exemple l'application du principe de proportionnalité, sont ainsi utilisés, contribuant encore davantage à intégrer le droit international des investissements au *global administrative law*⁸⁴². De même, le CIRDI, grâce à la jurisprudence de ses tribunaux arbitraux, développe des standards généraux permettant d'évaluer la conduite de l'Etat en termes de bonne administration. Par exemple, selon Benedict Kingsbury, la jurisprudence relative au traitement juste et équitable a permis de mettre en lumière les principes devant diriger l'administration publique, comme notamment, la sécurité et la stabilité juridiques, la protection de la confiance légitime, l'interdiction du déni de justice, l'organisation régulière de la procédure, la transparence et la proportionnalité. Enfin, certains considèrent que le droit administratif global peut servir l'arbitrage en matière d'investissement, du fait qu'il permettrait d'en accroître la légitimité⁸⁴³.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 149.

⁸⁴¹ S. Cassese, *Global Administrative Law Cases, Materials, Issues*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione / New York University Institute for International Law and Justice, Rome-New York, 2008, 246 p., p. 153.

⁸⁴² B. Kingsbury et S. Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009, 53 p.

⁸⁴³ *Id.*

Néanmoins, malgré tous ces arguments, il est encore trop tôt pour conclure à l'existence du droit administratif global, d'autant plus que ceux-ci prouvent davantage la spécificité du droit international des investissements.

2°) Des doutes demeurant quant à l'existence du *global administrative law*

La théorie relative au *global administrative law* n'a pas été sans susciter quelques critiques. Les aspirations évoquées soulèvent la question de la légitimité des principes du *global administrative law*. De même, l'opportunité et la réalité du droit administratif global n'est pas si évidente. Les partisans de cette théorie se fondent sur le dépassement du droit international qui, selon eux, n'a pu prendre en compte les évolutions de la société globale en restant dans une sphère interétatique. Cette analyse n'est pas tenable, le droit international lui-même ayant permis le développement de cette société globale et étant en constante évolution⁸⁴⁴. En effet, on ne peut considérer aujourd'hui que la société internationale n'est composée que des Etats.

De plus, Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart reconnaissent eux-mêmes que le droit administratif global n'est qu'émergent et que :

« Etant donné que ce domaine en est encore à ses premiers balbutiements, toutes les questions (...) soulevées nécessitent plus de recherches et de débats – ni les questions structurelles et empiriques, ni les questions doctrinales et normatives, ni les questions relatives à la conception institutionnelle et à la théorie politique positive, n'ont pour l'instant reçu de réponses satisfaisantes. De manière plus fondamentale, il reste la possibilité d'une réelle contestation relativement à la question de savoir s'il est utile de parler d' « administration globale » et d' « espace administratif global » ou encore de défendre le « droit administratif global » en tant que domaine d'étude »⁸⁴⁵.

Certains s'interrogent même sur l'existence de ce concept, du fait de l'absence d'unité des phénomènes qu'il tente de couvrir :

« *This variety rather suggests that, diverse as it is, globalization is regulated by several legal systems which could hardly be reduced to one single legal order. If each institution generates a legal order (as S. Romano lucidly demonstrated), then there simply cannot be a single 'global law' – and limiting it to its so-called 'administrative' branch does not help solving the problem: it is precisely when*

⁸⁴⁴ D. Mockle, "Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global", *Les cahiers de droit*, vol. 53, n° 1, 2012, pp. 3-48.

⁸⁴⁵ B. Kingsbury, N. Krisch et D. P. Stewart, "L'émergence du droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

studying this more limited phenomenon that our 'global administrative lawyers' encounter the diversity they describe »⁸⁴⁶.

En effet, les principes évoqués au titre du *global administrative law* ne correspondent pas toujours à la réalité et ne semblent même pas pouvoir être partagés par l'ensemble des Etats, en particulier les pays émergents⁸⁴⁷. C'est pourquoi certains critiques ont reproché au droit administratif global sa tendance impérialiste.

La question se pose avec une particulière acuité pour le droit international des investissements, ce qui justifie que les pères fondateurs du *Global administrative law* l'aient toujours évoqué comme élément de leur démonstration de son existence. Cela semble assez logique, étant donné l'affirmation du rôle des tribunaux arbitraux comme juges de la légalité du comportement de l'Etat. Ainsi, le CIRDI apparaît comme une organisation de droit public qui, à l'instar d'une juridiction administrative, a vocation à contrôler la légalité de l'exercice de la puissance publique et à en sanctionner les excès⁸⁴⁸.

Cependant, la théorie du droit administratif global se heurte, toutefois, à la réalité du droit international des investissements. Tout d'abord, le droit international des investissements se fonde essentiellement sur les traités internationaux, instrument par excellence du droit international, mais aussi de l'inter-étatisme. De plus, les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI n'agissent pas sur le fondement d'un droit administratif global, mais bien en vertu de traités bilatéraux d'investissement, qui déterminent en grande partie le droit applicable. Dès lors, les arbitres ne font qu'interpréter les dispositions qui leur sont soumises, certes de façon extensive, mais pas en fonction d'un nouvel ordre juridique qui leur imposerait les principes de bonne gouvernance. De plus, même si certaines normes se dégagent de la jurisprudence des tribunaux arbitraux et, notamment, de leur interprétation des standards contenus dans les traités bilatéraux d'investissement, on comprend mal pourquoi l'on ne pourrait considérer ces règles au travers des sources traditionnelles du droit international public, en particulier la coutume et les principes généraux, plutôt que de recourir à une nouvelle discipline encore douteuse. Toutefois, il ne faut pas exclure que l'œuvre essentielle qui est en train d'être accomplie par l'action conjointe des tribunaux arbitraux et des traités bilatéraux d'investissement puisse aboutir à confirmer cette théorie, mais cela ne semble pas pour l'instant être le cas.

⁸⁴⁶ Propos d'Alain Pellet in B. Kingsbury et A. Pellet, "Regards croisés sur le développement d'un droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

⁸⁴⁷ Alain Pellet met en garde « *when analysing the legal system, the scholar must resist the temptation to mix *lex lata* and *lex feranda*, the law as it stands with the law as it should be (...) the authors too easily take for granted that general principles of good governance are already rooted in positive law although they reflect only – or mainly – their aspirations* ». V. B. Kingsbury et A. Pellet, "Regards croisés sur le développement d'un droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012 (à paraître).

⁸⁴⁸ G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150.

Que l'on soit convaincu ou non par la théorie du *global administrative law*, cette démarche est positive pour l'évolution du droit international des investissements. Contrairement à ce que notait Benedict Kingsbury, le droit international des investissements n'est pas seulement un instrument aux mains des investisseurs⁸⁴⁹. En effet, l'intégration de certains principes de gouvernance peut contribuer à rééquilibrer le système CIRDI, souvent perçu comme davantage favorable aux investisseurs plutôt qu'aux Etats. Cela ressort de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, ceux-ci semblant davantage attentifs à l'intention des parties dans l'interprétation des traités bilatéraux d'investissement⁸⁵⁰ ou ayant à cœur de préserver le pouvoir d'appréciation des Etats au regard de considérations d'intérêt général.

Dès lors, le CIRDI apparaît comme un régulateur de la mondialisation, lui insufflant ses normes et principes. La publicité entourant l'arbitrage permet non seulement de contrôler le comportement de l'Etat *ex post*, mais aussi *ex ante*, en influençant celui d'autres Etats pouvant se trouver dans la même situation. Les standards ainsi développés par la jurisprudence des tribunaux arbitraux reflètent des principes d'exercice de la puissance publique, créant ainsi une forme de gouvernance globale. Dès lors, la jurisprudence développée en droit international des investissements ne se cantonne pas à ce domaine, mais influence également le droit commercial, voire même la reconnaissance des droits de l'homme. De même, la jurisprudence des tribunaux va non seulement influencer le droit conventionnel en incitant les Etats à revoir leurs traités bilatéraux d'investissement, mais également le droit international coutumier. Il est donc indéniable que le droit international des investissements jouit de caractères spécifiques, mais il est encore trop tôt et probablement inutile de le placer sous la coupe du droit administratif global pour les reconnaître. En effet, si l'initiative doctrinale doit être saluée et peut contribuer à la diffusion de principes de bonne gouvernance, il est encore difficile de démontrer l'existence du *global administrative law*, alors que le droit international des investissements existe bien, sans ce qualificatif supplémentaire.

Ces raisons ont, en tout cas, poussé certains auteurs à considérer le CIRDI comme un juge de la mondialisation⁸⁵¹. Son caractère juridictionnel est en tout cas irréfutable.

⁸⁴⁹ V. B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31, pp. 36-37 : « *This gives investors a very powerful tool, probably not always balanced by sufficient representation of public and other interests* ».

⁸⁵⁰ V., par ex., CIRDI, *Telenor Mobile Communications AS contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006, paragraphe 95 : « ce qui doit être appliqué n'est pas un vague principe abstrait de protection de l'investissement en faveur d'un investisseur potentiel qui n'est pas partie au traité et qui, au moment de sa conclusion, n'est pas même connu mais l'intention des Etats contractants ». V. également F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI", *RGDIP*, vol. 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

⁸⁵¹ L'expression est notamment utilisée in P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in G. Farjat, *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, p. 386 et s. ; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, 127 p. ; P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361.

B. L'indéniable juridictionnalisation de l'arbitrage CIRDI

L'arbitrage en matière d'investissement revêt un certain nombre de caractères très spécifiques, qui – qu'on les rattache ou non au droit administratif global – le rendent unique au regard d'autres systèmes d'arbitrage et, en particulier, de l'arbitrage commercial international. Ainsi, l'arbitrage CIRDI, par sa forte institutionnalisation, ressemble beaucoup à une juridiction (1°), dont la jurisprudence s'affirme toujours davantage (2°).

1°) Une juridiction au service des investissements internationaux

La place prépondérante du CIRDI dans le contentieux de l'investissement⁸⁵² comme « centre par excellence de traitement des litiges sur les investissements internationaux »⁸⁵³ conduit à s'interroger sur le rôle acquis par cette institution. En effet, l'arbitrage CIRDI a subi une forte juridictionnalisation liée, d'une part, à son institutionnalisation et, d'autre part, au fait qu'il concerne des différends nés de l'exercice de l'autorité publique par un Etat. Ce mouvement fait désormais davantage ressembler le Centre à une juridiction qu'à l'arbitrage commercial international.

Pourtant, la comparaison avec l'arbitrage commercial semblait opportune. L'arbitrage en matière d'investissement, comme l'arbitrage commercial, se fonde sur un mode privé de règlement des différends, dans lequel l'une des parties va en général rechercher la condamnation de l'autre, mais surtout l'octroi de dommages-intérêts, devant un tribunal arbitral, composé d'arbitres en principe choisis par les parties au litige et agissant selon une procédure majoritairement soumise au principe d'autonomie. Pourtant, le fait même que l'Etat soit partie au différend, la portée de son consentement donné dans un traité ou une loi ou encore les possibles conséquences d'une sentence sur la conduite des affaires publiques contribuent à éloigner l'arbitrage en matière d'investissement de l'arbitrage commercial.

⁸⁵² P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299. V. également A. R. Parra, "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID Be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century ?" in *American Society of International Law, Proceedings of the 101st Annual Meeting*, ASIL, Washington, 2000, pp. 41-43.

⁸⁵³ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

Certains en ont déduit une ressemblance avec une juridiction administrative, le tribunal arbitral devant contrôler certains actes souverains de l'Etat⁸⁵⁴. Que l'on convienne ou non de la ressemblance avec une juridiction administrative, il est indéniable que le CIRDI subit, depuis ses origines, un mouvement de juridictionnalisation.

La doctrine s'accorde à constater cette juridictionnalisation de l'arbitrage dans l'évolution du CIRDI. Ainsi, Brigitte Stern note que :

« les évolutions actuelles tendent à valider l'idée d'une sorte de juridiction générale du CIRDI pour les litiges en matière d'investissement mettant en cause un investisseur et un Etat étranger »⁸⁵⁵.

Le CIRDI fonctionne toujours davantage comme une cour judiciaire, en publiant ses sentences arbitrales et en faisant un effort d'ouverture, plutôt que comme un organisme d'arbitrage où la confidentialité règne normalement.

De plus, l'affirmation d'une compétence quasi-obligatoire tend à confirmer le mouvement de judiciarisation, qui a toujours traversé le CIRDI, mais qui semble aujourd'hui renforcé. Ce processus de juridictionnalisation se constate dès l'origine du Centre, qui, selon certains « ressemblait déjà plus à une juridiction qu'à une institution d'arbitrage classique »⁸⁵⁶. En effet, tous les mécanismes entourant la sentence arbitrale, concernant en particulier sa possible annulation ou sa reconnaissance et son exécution⁸⁵⁷, diffèrent de ceux en général prévus par les autres instances arbitrales. Par exemple, l'impossibilité d'annuler la sentence en dehors de la procédure prévue par la Convention de Washington ou l'exécution automatique de la sentence arbitrale ressemblent davantage à des attributs juridictionnels. La similitude avec une juridiction ressort clairement de l'article 54, paragraphe 1, de la Convention de Washington, qui prévoit que :

« Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ».

Cette tendance à la juridictionnalisation du CIRDI s'est confirmée avec l'activité des tribunaux arbitraux. Déjà, il faut constater que, contrairement aux parties dans un arbitrage commercial international, qui ne met en général en jeu que des agents économiques et des

⁸⁵⁴ G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *EJIL*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150.

⁸⁵⁵ B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, p. 242.

⁸⁵⁶ B. Legum, "La réforme du CIRDI : vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ?" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp.283-288, p. 283.

⁸⁵⁷ V. les articles 52 à 55 de la Convention de Washington.

intérêts privés, les affaires soumises au CIRDI affectent souvent l'intérêt public et des questions politiques essentielles⁸⁵⁸. Or, comme le note Barton Legum :

« Conscients de cet intérêt, les arbitres CIRDI auront probablement tendance à agir un peu plus comme des juges que comme des arbitres ».⁸⁵⁹

En tout cas, les intérêts publics en jeu en matière d'investissement international font que le CIRDI ne peut fonctionner dans la confidentialité et dans le secret qui entoure l'arbitrage commercial international et doit s'ouvrir au grand public. Ainsi, contrairement à une institution d'arbitrage traditionnelle, le CIRDI publie de nombreuses informations concernant les affaires qui lui sont soumises, notamment sur son site Internet. Cette information est également transmise aux arbitres, qui seront ainsi au fait des décisions et sentences pertinentes. Cela permet un développement cohérent de ce qui peut ressembler à une jurisprudence en matière de droit international des investissements. Rien d'étonnant alors que les amendements à la procédure du CIRDI aillent dans le sens de la transparence, prévoyant la possibilité d'accepter des soumissions écrites d'*amici curiae* et autorisant, sous certaines conditions, des audiences publiques. Cet intérêt du public aura également probablement pour conséquence que les Etats n'oseront pas refuser la publication des sentences arbitrales – ou au moins du raisonnement juridique sous-jacent – ce qui permettra de mieux diffuser les décisions prises.

Ce mouvement a contribué à affirmer le rôle du CIRDI comme régulateur de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et même de la mondialisation, le Centre devenant progressivement, selon certains, une juridiction économique internationale *sui generis*⁸⁶⁰. Car, que l'on considère ou non qu'il existe un processus de juridictionnalisation du CIRDI, on ne peut en tout cas nier le phénomène d'institutionnalisation, qui contribue au développement d'une jurisprudence en matière d'investissement.

⁸⁵⁸ V. not. les affaires CIRDI, *Metalclad contre Mexique*, où étaient en jeu des intérêts gouvernementaux ; CIRDI, *Loewen Group contre Etats-Unis d'Amérique*, qui concernait la souveraineté judiciaire ; ou CIRDI, *Aguas del Tunari contre Bolivie*, qui a occasionné une réaction des défenseurs des peuples indigènes.

⁸⁵⁹ B. Legum, "La réforme du CIRDI : vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational ?" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp.283-288, p. 287.

⁸⁶⁰ M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

2°) Le développement d'une jurisprudence

Si de plus en plus souvent le CIRDI peut être comparé à une juridiction, la question de la possible émergence d'une jurisprudence se pose nécessairement. La notion de jurisprudence a plusieurs acceptations⁸⁶¹, mieux traduites en anglais au travers des concepts distincts de *case-law* et de *jurisprudence*. Selon la définition du Dictionnaire de Denis Alland et de Stéphane Rials,

« la jurisprudence désigne aujourd'hui dans les pays romano-germaniques l'ensemble des règles de droit qui émanent des juges, voire l'ensemble des décisions juridictionnelles des seules Cours suprêmes, ou encore l'ensemble des solutions apportées par les tribunaux dans une branche du droit déterminée »⁸⁶².

Dans les pays de *common law*, la jurisprudence se fonde sur la doctrine du précédent ou du *stare decisis*, selon laquelle un tribunal, décidant d'un point de droit, doit en général suivre la décision rendue précédemment par un autre tribunal si celui-ci a un niveau supérieur ou égal dans la hiérarchie judiciaire⁸⁶³.

Franck Latty résume bien cette dualité de la notion de jurisprudence :

« Si l'on s'en tient à la « double signification fondamentale »⁸⁶⁴ du terme, il existe tout d'abord, sans nul doute possible, une jurisprudence (...) au sens d'« ensemble des décisions rendues par une autorité judiciaire ». Mais de manière moins neutre, la jurisprudence désigne aussi « les principes et les règles du droit qui se dégagent des décisions rendues par les tribunaux auxquels on entend se référer »⁸⁶⁵ »⁸⁶⁶.

La notion de jurisprudence, dans cette seconde acceptation, ne semble pas bien s'appliquer à l'ordre juridique international et fait d'ailleurs l'objet d'une certaine méfiance de la part des Etats⁸⁶⁷. Si l'on s'attache aux sources du droit international, on constate que, selon l'article 38

⁸⁶¹ Ce concept a d'ailleurs donné lieu à de nombreuses controverses doctrinales. V. not. P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, X-1225 p., p. 199 ; C. Grzegorzczk, "Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ?", *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, pp. 35 et s. ; P. Jestaz, "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", *Dalloz, chron.*, 1989, pp. 149-153 ; F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, VIII-281 p., p. 2 : « La jurisprudence a le charme (...) des concepts flous et syncrétiques qui permettent de désigner plusieurs réalités à la fois sans identifier aucune d'elles de manière certaine ».

⁸⁶² D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, XXV-1649 p., p. 884.

⁸⁶³ T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049.

⁸⁶⁴ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, XV-755 p., p. 359.

⁸⁶⁵ *Id.*

⁸⁶⁶ F. Latty, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, XX-849 p., p. 270.

⁸⁶⁷ J. Paulsson, "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, 17 p. : « *the role of precedent in international law is a matter of considerable delicacy. Just as jealous sovereign States are averse to any suggestion that compacts other than those to which they have consented may be invoked against them, so too are they unwilling to submit to the elaboration of international law by anything resembling the accretion of binding precedents* ».

du Statut de la Cour internationale de Justice, les décisions judiciaires n'ont qu'une place subsidiaire, étant qualifiées de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »⁸⁶⁸.

Les arrêts rendus par la Cour n'ont ainsi que l'autorité relative de la chose jugée, comme le rappelle l'article 59 du Statut de la Cour :

« La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

Cela ne veut pas nécessairement dire que la Cour s'éloignera de ses précédents. Comme elle le note dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* :

« Il est vrai que, conformément à l'article 59, les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. Il ne saurait être question d'opposer au Nigéria les décisions prises par la Cour dans les affaires antérieures. La question est en réalité de savoir si, dans la présente espèce, il existe pour la Cour des raisons de s'écarter des motifs et des conclusions adoptés dans ces précédents »⁸⁶⁹.

On peut, dès lors, se demander si cette conception de la jurisprudence n'a pas évolué. Ainsi, Bruno Simma et Andreas Paulus observaient, concernant les décisions des juridictions internationales :

« *their importance for the clarification of legal rules nowadays can hardly be overestimated* »⁸⁷⁰.

Parallèlement, il apparaît assez étonnant d'associer un organisme d'arbitrage à la doctrine du *stare decisis*. La confidentialité, l'absence régulière de décisions motivées et le caractère décentralisé de l'arbitrage ne peuvent que s'opposer à une telle affirmation du droit⁸⁷¹. Le CIRDI ne suit, toutefois, pas ce modèle, la publication étant très régulière et la motivation des décisions nécessaire sachant qu'il s'agit d'une condition de leur validité⁸⁷².

⁸⁶⁸ V., pour commentaire, A. Pellet, "Article 38" in A. Zimmermann, C. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 784.

⁸⁶⁹ CIJ, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires, CIJ Rec. 1998, p. 275, paragraphe 28. V. également H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, Londres, 1958, XII-408 p., p. 14 : « *The Court follows its own decisions for the same reasons for which all courts – whether bound by the doctrine of precedent of law – do not, namely because such decisions are a repository of legal experience to which it is convenient to adhere ; because they embody what the Court has considered in the past to be good law ; because respect for decisions given in the past makes for certainty and stability, which are of essence of the orderly administration of justice ; and (a minor and not invariably accurate consideration) because judges are naturally reluctant, in the absence of compelling reasons to the contrary, to admit that they were previously in the wrong* ».

⁸⁷⁰ B. Simma et A. L. Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", *AJIL*, vol. 93, n° 2, 1999, pp. 302-316, p. 307.

⁸⁷¹ W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958, p. 1914 et s.

⁸⁷² V. l'article 52, paragraphe 1, qui mentionne le défaut de motifs au titre des motifs d'annulation.

Cependant, rien dans la Convention de Washington, ni même dans ses travaux préparatoires⁸⁷³, n'oblige les tribunaux arbitraux à suivre les précédents ou ne prévoit de doctrine du *stare decisis*⁸⁷⁴. L'article 53, paragraphe 1, de la Convention de Washington insiste sur le fait que la sentence n'est obligatoire qu'à l'égard des parties.

Le caractère décentralisé et non hiérarchisé du CIRDI, chaque tribunal étant un tribunal *ad hoc*, ne semble pas lui non plus permettre l'émergence d'une jurisprudence⁸⁷⁵, du moins dans le sens des pays de *common law*. Même si le CIRDI permet des recours en annulation devant des Comités *ad hoc*, cela ne signifie pas qu'ils ont une autorité supérieure aux tribunaux arbitraux et que leurs décisions relatives à l'annulation font « jurisprudence » et constituent des précédents obligatoires⁸⁷⁶. Cette question a, néanmoins, fait débat dans les débuts du CIRDI, du fait des deux premières décisions d'annulation, qui ont fourni des interprétations tellement extensives, au point de faire douter du rôle des Comités *ad hoc* et de les qualifier de mécanismes d'appel⁸⁷⁷. Les Comités ont, par la suite, réussi à définir une approche équilibrée, au point qu'on peut considérer aujourd'hui qu'ils :

« have established with reasonable clarity the extent and limits of the grounds for annulment under Article 52 »⁸⁷⁸.

Il n'existe donc pas de hiérarchie dans le système CIRDI qui permettrait d'obtenir uniformément des décisions de tribunaux supérieurs qui devraient être suivies par tous les autres. La controverse quant à l'existence d'une jurisprudence en droit international des investissements est ainsi décuplée par les contradictions entre les décisions adoptées⁸⁷⁹. La

⁸⁷³ C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206.

⁸⁷⁴ W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958 ; C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206.

⁸⁷⁵ G. Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *SSRN*, 2011, 19 p., p. 15 : « Arbitrators cannot rely comfortably on the practice of "their" tribunal, because they are not part of any such body ». V. également M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

⁸⁷⁶ P. Bernardini, "ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188 ; G. Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *SSRN*, 2011, 19 p.

⁸⁷⁷ CIRDI, *Amco Asia Corporation et al. c. Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc* du 16 mai 1986 ; CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et al. c. Cameroun* (ARB/81/2), décision du Comité *ad hoc* du 3 mai 1985.

⁸⁷⁸ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} juin 2005, paragraphe 54. V. également C. Schreuer, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards: A New Investment Protection Regime in Treaty Arbitration*, Juris Pub, Huntington, 2004, pp. 17-42.

⁸⁷⁹ S. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, pp. 1521-1625 ; T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049 ; C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206 ; S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p., p. 281 et s.

nature *ad hoc* des tribunaux arbitraux et l'absence d'organe d'appel, mais aussi l'architecture du droit international des investissements se fondant sur un système institutionnel – le CIRDI – et sur de très – trop – nombreux traités bilatéraux unis par des clauses de la nation la plus favorisée⁸⁸⁰ ne permettent pas une évolution totalement cohérente de la jurisprudence.

Le Tribunal statuant dans l'affaire *SGS contre Philippines* – l'une des affaires ayant suscité le plus de critiques au regard de l'incohérence des sentences arbitrales – résume bien cette difficile position des tribunaux arbitraux au regard des précédents :

« This raises a question whether, nonetheless, the present Tribunal should defer to the answers given by the SGS v. Pakistan Tribunal. The ICSID Convention provides only that awards rendered under it are « binding on the parties » (Article 53(1)), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the Tribunal's view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the SGS v. Pakistan Tribunal and also in the present decision »⁸⁸¹.

Pourtant, une telle jurisprudence semble bel et bien émerger dans le cadre du CIRDI pour les arbitrages sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement⁸⁸², si l'on ne fait pas l'erreur, évoquée par Eric Loquin, d'appréhender la jurisprudence « à l'aune des critères qui permettent de définir le phénomène jurisprudentiel dans l'ordre judiciaire français »⁸⁸³. Cette

⁸⁸⁰ V. *infra*, p. 690 et s.

⁸⁸¹ CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur les objections à la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 97.

⁸⁸² W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958, p. 1908 : « ICSID tribunals have gradually fashioned what has been called an investment treaty « case law or jurisprudence » ». V. également T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049 ; T. H. Cheng, "Is There a System of Precedent in Investment Treaty Arbitration?", *USCIB Young Arbitrator's Forum*, 2006, 6 p. ; G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378 ; G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, p. 137 ; A. K. Bjorklund, "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante", *UC Davis Legal Studies Research Paper*, 2008, pp. 266-280 ; C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206 ; C. Kessedjian, "To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards?" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 43-68 ; G. Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *SSRN*, 2011, 19 p.

⁸⁸³ E. Loquin, "A la recherche d'une jurisprudence arbitrale" in A. Ponsard, *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. Mélanges en l'honneur du Président André Ponsard*, Litec, Paris, 2003, p. 217.

possibilité n'a jamais été vraiment exclue pour l'arbitrage commercial⁸⁸⁴, Philippe Fouchard notant lui même que « [p]ar leur structure même, la plupart des Centres d'arbitrage permette une certaine continuité dans leur « jurisprudence » »⁸⁸⁵, mais se vérifie encore davantage avec le CIRDI. Comme en matière de sport⁸⁸⁶, le mouvement d'internationalisation⁸⁸⁷ ou de transnationalisation du droit des investissements pousse à prêter une plus grande attention à la jurisprudence⁸⁸⁸. Certains considèrent même qu'il existe un système de précédent fondé sur un certain nombre de sentences de principe⁸⁸⁹, comme le note Tai-Heng Cheng :

« *there is an informal, but powerful, system of precedent that constraints arbitrators to account for prior published awards and to stabilize international investment law* »⁸⁹⁰.

Dès lors que la plupart des sentences sont publiées, les personnes intéressées vont nécessairement se fonder sur celles-ci, les parties pour leur conduite future, les avocats et conseils dans leur argumentaire pour un prochain litige et les arbitres pour justifier leurs

⁸⁸⁴ René David notait, toutefois, que : « La constitution d'une *lex mercatoria* nouvelle n'est peut-être pas exclue, mais elle suppose, pour se réaliser, que deux conditions au moins soient remplies. Il importe qu'une structure centralisée substitue des organismes d'arbitrage puissants et permanents à la multiplicité actuelle et au caractère souvent éphémère des juridictions arbitrales ; et il importe d'autre part que les décisions rendues par les juridictions arbitrales soient mieux connues qu'elles ne le sont actuellement » (R. David, *Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Economica, Paris, 1987, 152 p., p. 135). Ces deux conditions sont réunies dans le cadre du CIRDI.

⁸⁸⁵ P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, X-611 p., p. 447.

⁸⁸⁶ F. Latty, *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, XX-849 p. V. également la jurisprudence du Tribunal Arbitral du Sport, notamment dans l'affaire TAS, *IAAF contre ISA Track & Field et Jerome Young* (2004/A/628), 28 juin 2004, paragraphe 73 : « *In CAS jurisprudence there is no principle of binding precedent, or stare decisis. However, a CAS Panel will obviously try, if the evidence permits, to come to the same conclusion on matters of law as a previous CAS Panel. Whether that is considered a matter of comity, or an attempt to build a coherent corpus of law, matters not* ».

⁸⁸⁷ M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

⁸⁸⁸ G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378.

⁸⁸⁹ M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282. Cet auteur considère qu'un grand nombre de décisions des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI constitue désormais des précédents quasi-obligatoires. V. en particulier p. 263 : « Les principales règles créées par les Tribunaux CIRDI sont l'arbitrabilité du litige malgré l'adhésion de l'Etat défendeur à la Convention de Washington après l'intervention du fait litigieux (*Holiday Inn*), la date de la constatation du consentement des parties au litige (*Tradex*), l'autorité habilitée à engager l'Etat (*Nevis*), le consentement dissocié (*AAPL*), l'application dans le temps des supports du consentement (*Tradex*), l'acceptation de l'intervention accessoire de la société-mère dans un litige opposant sa filiale demanderesse à l'Etat d'accueil (*Vivendi*, Comité *ad hoc*), l'extension du critère du contrôle aux actionnaires minoritaires (*CMS*), l'exclusivité de l'arbitrage CIRDI même en présence d'une clause de choix irrévocable et de recours préalables soumis par l'une des parties aux juridictions internes (*CMS*), l'existence d'un déni de justice même en l'absence de recours préalables exercés par les parties au différend (*Vivendi*, Comité *ad hoc*), l'épuisement des recours internes même en l'absence de recours préalables effectués par l'investisseur (*Vivendi*, Comité *ad hoc*), la dissociation des réclamations contractuelles et des réclamations conventionnelles (*Wena*) et l'extension procédurale de la clause de la nation la plus favorisée (*Maffezini*) ».

⁸⁹⁰ T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049, p. 1016. V. également dans la jurisprudence les références aux précédents, avec not. CIRDI, *El Paso Energy International Co. Contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence, 27 avril 2006, en particulier paragraphe 82 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur la compétence, 27 juillet 2006, en particulier paragraphe 110.

décisions⁸⁹¹. En effet, malgré l'affirmation systématique que les précédentes sentences n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée, on constate que les tribunaux statuant sous l'égide du Centre citent souvent les décisions de précédents tribunaux arbitraux. Ainsi, Jeffery Commission déduit de son analyse des sentences rendues entre 1990 et 2006 que les arbitres citent de plus en plus souvent les décisions précédentes et que le nombre de telles citations augmente. Ainsi, il constate que dans environ 80 % des cas, le tribunal cite une précédente sentence⁸⁹².

Les arbitres utiliseront souvent les précédents à leur disposition, non pas par obligation, mais par la persuasion exercée par le raisonnement développé dans la décision⁸⁹³, souvent par d'éminents juristes. De plus, ils ont conscience de la nécessité de développer une jurisprudence cohérente, condition nécessaire à la sécurité juridique⁸⁹⁴. Or, l'on sait à quel point la sécurité juridique est considérée comme un élément essentiel pour les investisseurs, seul à même d'ailleurs de permettre un climat favorable aux flux de capitaux. Cela ne signifie pas pour autant que les décisions seront systématiquement suivies, mais simplement que les tribunaux arbitraux prêteront souvent une grande attention aux sentences passées, les discuteront et évalueront si celles-ci doivent être suivies ou rejetées, comme le remarquent certains commentateurs :

⁸⁹¹ W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958.

⁸⁹² *Ibid.* V. également J. Commission, "Precedent in Investment Treaty Arbitration - A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 2, 2007, p. 129 et s., pp. 149-150.

⁸⁹³ V., par ex., CIRDI, *Amco contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc* du 16 mai 1986, paragraphe 44 : « *Neither the decisions of the International Court of Justice in the case of the Award of the King of Spain nor the Decision of the Klöckner ad hoc Committee are binding on this ad hoc Committee. The absence, however, of a rule of stare decisis in the ICSID arbitration system does not prevent this ad hoc Committee from sharing the interpretation given to Article 52 (1) (e) by the Klöckner ad hoc Committee. This interpretation is well founded in the context of the Convention and in harmony with applicable international jurisprudence. Therefore this ad hoc Committee does not feel compelled to distinguish strictly between the ratio decidendi and obiter dicta in the Klöckner ad hoc Committee decision* ». V. également CIRDI, *LETCO contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986 : « *Though the Tribunal is not bound by the precedents established by other ICSID Tribunal, it is nonetheless instructive to consider their interpretations* ». Plus récemment, v. CIRDI, *Enron contre Argentine* (ARB/01/3), décisions sur la compétence, 14 janvier 2004 et 2 août 2004, spéc. paragraphe 25 ; CIRDI, *AES Corp. contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence, 26 avril 2005, paragraphes 17 à 33 ; CIRDI, *Gas Natural SDG S.A. contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur les objections préliminaires, 17 juin 2005 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal contre Argentine* (ARB/97/3), décision sur la compétence du 14 novembre 2005, spéc. paragraphe 94.

⁸⁹⁴ G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth ?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, pp. 137-147, p. 144 : « *the rule of law is only the rule of law if it is consistently applied so as to be predictable. (...) Decision-Makers have an obligation – whether moral or legal is not relevant here – to strive for consistency and predictability and thus to follow precedents* ». V. également G. Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *SSRN*, 2011, 19 p. : « *consistency in decision making can be considered an element of justice in any society governed by law which necessarily must aim at the even handling of litigants in the application of the law in specific disputes and at the security of legal relationships* ».

« *what do arbitrators do ? They tend to canvass prior decisions for guidance. They may then accept a prior decision as an accurate statement of law, reject it as no longer reflecting the law, reinterpret it, or distinguish it on facts* »⁸⁹⁵.

Ce qui compte finalement n'est pas le fait que le précédent soit suivi, mais bien l'attention qui y est systématiquement portée. Celle-ci est rendue nécessaire par le besoin de cohérence de la jurisprudence, comme le note le Tribunal dans l'affaire *Saipem* :

« *The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law* »⁸⁹⁶.

Plusieurs exemples de tels précédents sont généralement repris pour démontrer soit l'existence d'une jurisprudence, soit son absence. Ainsi, certains évoquent le traitement juste et équitable pour conclure que même si, de prime abord, certaines incohérences peuvent apparaître⁸⁹⁷, il n'en est en réalité rien, chaque décision justifiant son éloignement des autres et n'étant que le reflet d'une évolution de la société internationale⁸⁹⁸. Gabrielle Kaufman-Kohler adopte la même approche concernant l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux questions procédurales : elle commence par constater une possible incohérence entre les décisions *Maffezini*⁸⁹⁹ – favorable à l'application de la clause – et *Plama*⁹⁰⁰ –

⁸⁹⁵ T. H. Cheng, "Is There a System of Precedent in Investment Treaty Arbitration?", *USCIB Young Arbitrator's Forum*, 2006, 6 p., p. 4.

⁸⁹⁶ CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence, 21 mars 2007, paragraphe 67. V. également CIRDI, *El Paso Energy International Co. contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphe 39 : « *ICSID arbitral tribunals are established ad hoc, (...) and the present Tribunal know of no provision, (...) establishing an obligation of stare decisis. It is nonetheless a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals* » ; CIRDI, *City Oriente Limited contre Equateur et Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)* (ARB/06/21), décision sur les mesures provisoires, 19 novembre 2007, paragraphe 87.

⁸⁹⁷ V. notamment la question de la mauvaise foi ou de la discrimination. V. *infra*, p. 539 et s.

⁸⁹⁸ La question se posait en particulier au regard de la condition, que semblait imposer la décision *Genin*, de mauvaise foi (CIRDI, *Genin et al. contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001). La condition de mauvaise foi n'a par la suite plus été retenue, soit que les tribunaux aient considéré que la mauvaise foi était un indice important, mais pas une condition nécessaire (par exemple, CIRDI, *LG&E contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, paragraphe 129), soit qu'ils aient considéré que la décision *Genin* ne représentait qu'une doctrine minoritaire en la matière et qu'il n'était plus question de mauvaise foi (CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 372).

⁸⁹⁹ CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000. V. également CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004 ; CIRDI, *Camuzzi International S.A. contre Argentine* (ARB/03/7), décision sur la compétence du 10 juin 2005 ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/03/19).

⁹⁰⁰ CIRDI, *Plama Consortium Ltd. contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence du 8 février 2005. V. également CIRDI, *Salini SpA et Italstrade SpA contre Jordanie* (ARB/02/13), sentence du 31 janvier 2006 ; CIRDI, *Telenor Mobile Communications AS contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006.

défavorable à une telle application⁹⁰¹ – mais les réconcilie en considérant que la clause de la nation la plus favorisée peut être utilisée pour déjouer certaines conditions d'admissibilité de la demande – comme une période d'attente – mais pas pour remplacer entièrement une clause de règlement des différends⁹⁰². Certains terrains semblent, toutefois, plus propices que d'autres, certaines décisions demeurant irréconciliables comme celles sur les clauses parapluie ou l'état de nécessité⁹⁰³.

De telles incohérences ne peuvent d'ailleurs qu'apparaître du fait de l'absence de hiérarchie des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, qui ne permet donc pas un revirement uniforme de jurisprudence, ce revirement devant lui-même s'imposer au travers de plusieurs décisions qui feront ensuite autorité.

Ces précédents sont particulièrement importants dans l'arbitrage en matière d'investissement se fondant sur un traité bilatéral d'investissement, étant donné le caractère flou de certaines dispositions et du fait que le consentement est donné de façon générale et ne règle pas chaque problème spécifique pouvant être occasionné par l'investissement en cause. Dès lors, le précédent agit comme « *gap-filler* »⁹⁰⁴. Cette jurisprudence sera alors perçue comme essentielle pour l'ensemble des acteurs du droit international des investissements, l'interprétation donnée de certaines dispositions pouvant très souvent s'appliquer à un grand nombre de traités du fait de la modélisation conventionnelle. Toutefois, une telle position a pu faire l'objet de critiques de la part des Etats, qui considèrent que les traités doivent faire l'objet d'une interprétation attentive, notamment aux travaux préparatoires et à l'intention des parties, et que même si leurs dispositions se ressemblent parfois, leur sens n'est pas forcément le même⁹⁰⁵, comme l'a remarqué le Tribunal dans l'affaire *AES* :

⁹⁰¹ V. *infra*, p. 735 et s.

⁹⁰² G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378, p. 371. Elle considère également que les jurisprudences sur la distinction entre demandes contractuelles et demandes conventionnelles est cohérente : v. G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, p. 137 ; C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206.

⁹⁰³ T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049 ; G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378 ; G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, pp. 137-147.

⁹⁰⁴ W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958. V. également M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

⁹⁰⁵ V. not. la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer en la matière avec les affaires de *l'Usine MOX (Irlande contre Royaume-Uni, affaire n°10, ordonnance sur les mesures conservatoires, 3 décembre 2001)*, paragraphe 51 : « Considérant de plus que l'application des règles du droit international en matière d'interprétation des traités à des dispositions identiques ou similaires de différents traités peut ne pas aboutir à des résultats identiques, compte tenu, notamment, des différences entre leurs contextes, objets et buts respectifs, de la pratique ultérieure des parties et des travaux préparatoires ».

« 24. The present Tribunal indeed agrees with Argentina that each BIT has its own identity ; its very terms should consequently be carefully analyzed for determining the exact scope of consent expressed by its two Parties.

25. This is in particular the case if one considers that striking similarities in the wording of many BITs often dissimulate real differences in the definition of some key concepts »⁹⁰⁶.

Toutefois, malgré cet accord de principe, le Tribunal rejette l'affirmation de l'Argentine selon laquelle aucune attention ne devrait être prêtée aux décisions des tribunaux arbitraux ayant précédemment statué sur des questions similaires⁹⁰⁷ et considère même que :

« one can hardly deny that the institutional dimension of the control mechanisms provided for under the ICSID Convention might well be a factor, in the longer term, for contributing to the development of a common legal opinion or jurisprudence constante »⁹⁰⁸.

De plus, la jurisprudence peut permettre d'adapter plus facilement le droit international des investissements aux évolutions l'entourant qu'un traité, toujours difficile à négocier. C'est ce que note Tai-Heng Cheng, insistant ainsi sur le caractère essentiel du développement de cette jurisprudence par le CIRDI :

« Given the high transaction costs of treaty negotiations, it is not practical for States to constantly renegotiate their investment treaties ; but international investment law must keep pace with the expansion of the fields of economic cooperation into novel industries (...). Because parties to investment treaties cannot easily renegotiate them, arbitrators in investment treaty disputes must adapt existing international treaties and customs to the novel demands of foreign investors and host States »⁹⁰⁹.

Enfin, il n'est pas exclu que si une doctrine est de jurisprudence constante, on puisse considérer, au regard de la pratique générale et de l'*opinio juris* ressortant de ces décisions, qu'il s'agit alors d'une règle de droit coutumier⁹¹⁰. Les tribunaux ont ainsi un rôle essentiel à jouer dans l'affirmation des normes du droit international des investissements.

⁹⁰⁶ CIRDI, *AES Corp. contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence, 26 avril 2005, paragraphe 27.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, paragraphes 24-25

⁹⁰⁸ *Ibid.*, paragraphe 33.

⁹⁰⁹ T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049, p. 1022.

⁹¹⁰ V. l'opinion individuelle de Thomas Wälde exprimée lors de l'arbitrage CNUDCI dans l'affaire *International Thunderbird Gaming Corporation contre Mexique*, 26 janvier 2006, paragraphe 16 : « While individual arbitral awards by themselves do not as yet constitute a binding precedent, a consistent line of reasoning developing a principle and a particular interpretation of specific treaty obligations should be respected ; if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected. A deviation from well and firmly established jurisprudence requires an extensively reasoned justification. This approach will help to avoid the wide divergences that characterize some investment arbitral awards – not subject to a common and unifying appeals' authority. Otherwise, there is the risk of discrediting the health of the system of international investment arbitration which has been set up as one of the major new tools in improving good governance in the global economy. But it also is mandated by the reference to applicable rules of international law (Art. 1131 NAFTA) and thereby Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice: An increasingly continuous, uncontested and

*

Conclusion de la section. L'arbitrage en matière d'investissement s'éloigne de l'arbitrage interétatique ou de l'arbitrage commercial international. L'institutionnalisation croissante du CIRDI et l'utilisation des conventions bilatérales d'investissement comme fondement de l'action ont abouti à une judiciarisation déterminante de l'arbitrage transnational en matière d'investissement. L'arbitrage perd, certes, une partie de sa souplesse et de sa confidentialité, mais le droit international des investissements gagne un juge, dont la compétence quasi-systématique et la procédure fortement institutionnalisée aboutissent à davantage de sécurité juridique. Et c'est bien ce que recherchaient les investisseurs en mal de protection et de sécurité pour les investissements dans les pays en développement. La restauration d'un climat favorable aux capitaux étrangers est indéniable, mais aujourd'hui la question se pose de la direction à donner à ce nouveau système juridique.

*

Conclusion du chapitre. La « découverte » d'un consentement anticipé à l'arbitrage transnational dans les traités bilatéraux d'investissement a bouleversé l'arbitrage CIRDI, qui même s'il était, dès l'origine, en partie institutionnalisé, s'est transformé en véritable juridiction de droit commun en matière d'investissements internationaux. Le réseau très dense de conventions bilatérales d'investissement déjoue la condition de consentement, traditionnellement prévue pour les institutions d'arbitrage. Ce tempérament au principe du consensualisme ne peut qu'étonner, surtout dans le cadre de l'arbitrage international où l'Etat est confronté à une simple personne privée. Pourtant, il est aujourd'hui admis, ce qui contribue à éloigner le droit international des investissements, tant de l'arbitrage commercial international que du droit international public. Si l'on admet, comme Bernard Audit, que « le

consistent modern arbitral jurisprudence is part of the authoritative source of international law embodied in "judicial decisions" (Art/ 38 (1) (d)) and will develop, with an even greater legally binding effect, into "international custom" (Art. 38 (1) (b)), in particular as an arbitral jurisprudence defines in a contemporary treaty and factual context the "general principles of law" (Article 38 (1) (d)) ».

frein du développement du droit international général par la jurisprudence est le défaut d'une juridiction qui s'impose aux Etats »⁹¹¹, alors on ne peut que s'enthousiasmer de l'évolution que l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement a connu grâce à la jurisprudence *AAPL*.

Cette institution unique, qu'est le CIRDI, a pris la mesure de son rôle nouveau de « juge » des investissements internationaux, en contribuant à la juridictionnalisation de la procédure, au point qu'on la qualifie aujourd'hui de juge de la mondialisation et qu'elle devient la première preuve de l'existence d'un possible *global administrative law*.

Ce succès du CIRDI peut, toutefois, gêner, les progrès du droit international des investissements laissant un petit goût d'injustice à la faveur des investisseurs internationaux. Ce déséquilibre, perçu unanimement tant par les pays du Nord que par les pays du Sud, révèle l'autre pendant du droit international des investissements : les conventions bilatérales, qui semblent seules à blâmer pour une telle évolution. Car si le CIRDI est bien le juge du droit international des investissements, ce sont les traités qui en déterminent le contenu et la direction et qui sont dès lors les seuls responsables de la faveur accordée aux investisseurs. Il demeure que le dialogue silencieux entre les Etats et les arbitres, qui s'exprime au travers de la jurisprudence du CIRDI, fait toute la spécificité de ce nouveau système juridique.

*

CONCLUSION DU TITRE. Le droit international des investissements est incontestablement, à l'origine, un droit conventionnel, seuls les traités internationaux ayant été à même de faire sortir la question des investissements du champ de l'idéologique et du politique pour atteindre le domaine juridique. Mais l'œuvre de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement va bien au-delà de la simple définition d'un régime juridique. Par leur union – et leur opposition – est né un système autonome consacré à la question des investissements internationaux et s'intégrant à l'ordre juridique international, tout en affirmant sa spécificité. Ce système se fonde sur un droit, qui s'est affirmé au fur et à mesure des générations de traités bilatéraux d'investissement, mais aussi grâce au CIRDI, dont l'institutionnalisation progressive la fait toujours plus ressembler à une juridiction.

⁹¹¹ B. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 186.

Il est aujourd'hui indéniable que tant les traités bilatéraux d'investissement que la jurisprudence audacieuse des tribunaux statuant sous l'égide du Centre ont été les véritables moteurs de l'activité du CIRDI, en fondant sa compétence, mais aussi en la définissant de façon extensive. Ainsi, l'une des premières matières pour laquelle une jurisprudence a émergé concernait la compétence du CIRDI, comme le note William Rand dès 1986 :

« *These jurisdictional decisions reflect an emerging ICSID jurisprudence* »⁹¹².

La voie était libre pour une jurisprudence audacieuse, naissant des lacunes ou du caractère imprécis tant des traités bilatéraux d'investissement que de la Convention de Washington. Dès lors, les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du Centre jouissaient d'une grande liberté et c'est tout naturellement qu'ils ont pris le parti d'une interprétation large de leur compétence. L'affirmation de la compétence du CIRDI dans des termes extensifs était, en effet, l'une des conditions de son succès, mais également une condition nécessaire à la restauration d'un climat favorable à l'investissement et à l'encouragement des flux.

Cet espace laissé à la discrétion des tribunaux arbitraux n'a pas toujours été du goût des Etats, mais comme le note Thomas Wälde :

« *Once set in motion, judicial law-making is not easy to stop or interrupt as the political capital investment necessary for legislation by treaty, in particular multilateral treaties, is hard to mobilize* »⁹¹³.

La relation s'instituant entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence n'a donc pas toujours été aisée, l'équilibre demeurant fragile, oscillant entre accord ou opposition. Certains considèrent ainsi que le droit international des investissements est un droit jurisprudentiel, dont les principes sont simplement repris dans les conventions bilatérales d'investissement⁹¹⁴ ; d'autres que les Etats gardent la mainmise sur le droit international des investissements, restant toujours libres de modifier leurs accords. En tout cas, c'est bien cette même relation qui construit le droit international des investissements et elle n'a pu se créer que par l'interprétation extensive que les tribunaux arbitraux ont eu de leur compétence, leur permettant ainsi de s'exprimer à de nombreuses reprises et de forger ce nouvel ordre juridique.

⁹¹² W. Rand, R. N. Hornick et P. Friedland, "ICSID's Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID Jurisdiction", *NYU International Law and Politics*, vol. 19, 1986, pp. 33-61, p. 34. V. également p. 61 : « *By so doing, these ICSID tribunals may have set a non-binding but nevertheless persuasive precedent of wider application, facilitating recognition of the Centre's power to settle disputes even in the absence of an express ICSID arbitration clause* ».

⁹¹³ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 46.

⁹¹⁴ M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.

TITRE 2

UN JUGE DOTE D'UNE COMPETENCE EXTENSIVE

Le CIRDI pourrait être un centre d'arbitrage banal. Son système d'arbitrage présente quelques particularités, mais il ne diffère pas fondamentalement d'autres institutions comme la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale ou de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. Or, il n'est nul doute que ces dernières instances ne peuvent être qualifiées de « juge » – et une telle qualification leur ferait probablement perdre bon nombre de leurs clients...

Ce qui diffère dans le cadre du Centre, ce ne sont pas ses qualités intrinsèques, mais bien les relations qu'il entretient avec d'autres phénomènes qui l'entourent. Tout d'abord, l'arbitrage dans le cadre du CIRDI impliquera nécessairement un Etat et un investisseur, conditions qui placeront l'arbitrage à la lumière de l'intérêt (du) public. Ensuite, cet arbitrage se fondera principalement sur les traités bilatéraux d'investissement et n'aura pas alors le même fondement consensuel que s'il s'agissait d'un compromis ou d'une clause compromissoire. Enfin, la jurisprudence des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI a été des plus audacieuses, en particulier en ce qui concerne les conditions de leur compétence – tant *ratione materiae*, *ratione personae* que *ratione voluntatis* – qui ont connu une expansion extraordinaire, du fait d'une interprétation toujours plus extensive¹, qui fait que le CIRDI jouit pratiquement d'une compétence² systématique pour tous les litiges concernant un investissement et couverts par un traité bilatéral d'investissement. Ainsi, même si Charles Leben constatait justement qu'« au fur et à mesure où la Convention de Washington est ratifiée par un nombre toujours croissant d'Etats, le CIRDI va continuer à s'affirmer comme le centre par excellence de traitement des litiges sur les investissements internationaux », c'est surtout grâce à la jurisprudence des tribunaux arbitraux qu'une telle évolution a pu avoir lieu.

En effet, les nombreux silences gardés par la Convention de Washington³ ou les traités bilatéraux d'investissement ont donné lieu à une interprétation extensive de la volonté des

¹ P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 347.

² La compétence est ici envisagée *lato sensu* en tant que « pouvoir juridictionnel ».

³ Ces silences résultent tant de la difficulté à trouver des compromis pour un grand nombre d'Etat, mais aussi de la préférence accordée à l'autonomie des parties.

parties⁴ par les tribunaux arbitraux⁵. Même si le CIRDI s'est toujours défendu de retenir une interprétation extensive ou restrictive⁶, il demeure qu'un examen des sentences rendues révèle que très peu de tribunaux ont décliné leur compétence⁷.

Cette expansion de « l'univers du CIRDI »⁸ aboutit à une modification de son rôle, au point de pouvoir être qualifié de « système généralisé d'arbitrage obligatoire pour l'ensemble des relations économiques entre Etats et étrangers, tant le concept d'investissement s'est élargi »⁹. Parallèlement, les caractères de l'arbitrage mixte organisé dans le cadre du CIRDI poussent à considérer que les tribunaux « remplissent pratiquement tous les critères d'une juridiction internationale classique »¹⁰, au point que :

« l'arbitre s'impose de plus en plus comme le « juge » ordinaire de l'investissement, qui s'affranchit progressivement de l'accord en dehors duquel il n'existe traditionnellement pas, et des autres contraintes qui restreignent sa juridiction »¹¹.

Si les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ressemblent toujours davantage au juge ordinaire du contentieux de l'investissement, c'est parce qu'ils ont su faire en sorte que leur compétence devienne quasiment systématique pour ces litiges en définissant, de façon plus ou moins autonome, les conditions de leur compétence.

⁴ P. Kahn, "Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage" in *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-monde*, Pedone, Paris, 1968, pp. 179-213, p. 194 : « L'importance donnée à la volonté des parties pour saisir le Centre explique que les auteurs de la Convention aient pu sur certains points rester discrets (nationalité des sociétés) ou silencieux (définition de l'investissement) ».

⁵ P. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, P. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées: la convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, IV-194 p., pp. 4-6. Paul Reuter insiste sur le fait que la procédure CIRDI est une « procédure ouverte », qui « laisse dans l'incertitude ou garde un silence volontaire sur un grand nombre de points abandonnés à la sagesse des interprètes ou au libre choix des intéressés ».

⁶ V., par ex., CIRDI, *Amco Asia Corporations et al. contre Indonésie* (ARB/81/1). V. également C. Schreuer, "The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements" in K. Wellens, *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Martinus Nijhoff Publishing, La Haye, 1998, pp. 719-735.

⁷ C. Crépet Daigrement, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516. Pour des sentences de stricte incompétence, mettant fin à la procédure, v. not. CIRDI, *Vacuum Dalt Products contre Ghana* (ARB/92/1), sentence du 16 février 1994 ; CIRDI, *Scimitar Exploration Ltd contre Bangladesh* (ARB/92/2), sentence du 4 mai 1994 ; CIRDI, *Cable Television of Nevis Ltd et Cable Television of Nevis Holdings Ltd contre Fédération de Saint-Kitts-et-Nevis* (ARB/95/2), sentence du 13 janvier 1997 ; CIRDI, *Banro American Resources contre République démocratique du Congo* (ARB/98/7), sentence du 1^{er} septembre 2000 ; CIRDI, *Philippe Gruslin contre Malaise* (ARB/99/3), sentence du 27 novembre 2000 ; CIRDI, *Zhinvali contre Georgie* (ARB/00/1), sentence du 24 janvier 2003 ; CIRDI, *Mihaly International Corporation contre Sri Lanka* (ARB/00/2), sentence du 15 mars 2002 ; CIRDI, *Hussein Nuamar Soufraki contre Emirats arabes unis* (ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery Limited contre Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

⁸ P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 347.

⁹ *Ibid.*, p. 351.

¹⁰ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 342.

¹¹ J. Verhoeven, "Conclusions" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 363-373, p. 365.

L'arbitrage CIRDI est un mode d'arbitrage institutionnalisé. Cela implique un certain nombre de conséquences, dont la plus importante est probablement que les arbitres devront respecter tant la Convention de Washington que le texte particulier fondant leur compétence.

La Convention de Washington fixe les conditions de la compétence du CIRDI. L'article 25 impose non seulement que les parties aient donné leur consentement à l'arbitrage, mais délimite également le champ de cette compétence, en particulier *ratione materiae* – relatives à la nature du différend et au lien direct avec un investissement – et *ratione personae* – le Centre n'étant compétent que pour les litiges entre un Etat et le ressortissant d'un autre Etat, ce qui ressort de l'appellation même de la Convention de Washington. Ces conditions sont donc, dans une certaine mesure, réglées par la Convention. Cela ne signifie pas que les parties n'aient aucun rôle à jouer. En effet, le texte de l'accord manque quelque peu de précision et les critères de compétence fixés par la Convention de Washington devront donc être complétés par l'accord des parties ou par d'autres dispositions conventionnelles. Durant les discussions préparatoires de la Convention, la question a été soulevée de savoir s'il fallait une définition objective des éléments fondateurs de la compétence du Centre. Un débat s'est ouvert entre, d'une côté, ceux qui considéraient qu'il fallait une définition objective des conditions de compétence du Centre, pour éviter que sa juridiction s'étende à l'infini¹², notamment pour les Etats se sentant dans l'obligation de donner leur consentement à la compétence du CIRDI ; et de l'autre, certains, comme Aron Broches, considéraient qu'étant donné le caractère optionnel de la juridiction du CIRDI, il n'était pas nécessaire de fixer des limites précises, le consentement des parties suffisant à reconnaître que le litige tombait dans le cadre de la compétence du Centre. C'était l'acte même exprimant le consentement qui devait fixer la compétence¹³. Cet argument tient si l'on s'attache aux clauses compromissoires des contrats d'investissement ou aux compromis, mais qu'en est-il quand la compétence du Centre peut être reconnue pour n'importe quel différend et n'importe quel investisseur si celui-ci est le ressortissant d'un Etat avec lequel l'Etat d'accueil a conclu un traité bilatéral d'investissement ? Toujours est-il que l'absence de critère objectif dans la Convention de Washington pour la compétence du Centre n'a pas été motivée par la simple opposition de conceptions, mais par l'impossibilité de s'accorder sur des critères. Les conditions sont mentionnées¹⁴, mais il revient aux parties – et aux interprètes – de les préciser.

¹² CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II. Le membre brésilien du Comité Juridique a noté que: « *the more the jurisdiction of the Centre is restricted, the closer we shall be to a satisfactory result* » (p. 838). V. également C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 83.

¹³ V. not., C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 82.

¹⁴ V. le Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement (ci-après Rapport des Administrateurs), 18 mars 1965, paragraphe 25 : « Si le consentement des deux parties est une condition

On comprend alors le rôle joué par les traités bilatéraux d'investissement, qui, s'ils sont le fondement de la compétence du Centre, en fixent également les limites. La volonté des parties au litige est ici dépassée par la volonté des Etats, ou plutôt de l'Etat exportateur de capitaux. Le rôle des conventions bilatérales d'investissement ne s'arrête donc pas à la mise en activité du CIRDI, celles-ci étant à l'origine de l'ouverture de la procédure, mais s'étend à toute la conduite de l'arbitrage CIRDI jusqu'à la solution du litige. C'est, en effet, dans cette source très particulière que les arbitres vont devoir découvrir les conditions et les limites de leur compétence. Néanmoins, les imprécisions – voire les lacunes – laissées par les rédacteurs de ces traités vont être à l'origine d'une jurisprudence, qui va pouvoir se détacher de plus en plus du texte des accords. La définition, encore flexible, des conditions de recours constitue donc le second vecteur d'influence, au niveau procédural, des conventions sur la jurisprudence des tribunaux CIRDI, étant donné qu'une grande place est encore laissée à l'interprétation. Est-ce dire que le CIRDI n'aura pas lui-même d'influence sur les traités bilatéraux d'investissement ou du moins leur interprétation ? Tel ne peut être le cas, les accords étant modifiés en réaction aux interprétations qui en ont été données. On voit dès lors apparaître la relation réciproque unissant le CIRDI et les accords et c'est cette même relation qui donne au droit international des investissements toute sa spécificité.

A titre liminaire, il convient de s'arrêter sur trois notions très proches, à savoir celle de condition procédurale, de compétence et de recevabilité¹⁵ – ou « *admissibility* » en anglais. Cette distinction ressort mieux en anglais¹⁶ – ou en espagnol¹⁷ – la Convention de Washington évoquant la « *jurisdiction* » pour déterminer les conditions de compétence du Centre – dans son Chapitre II¹⁸ – mais la « *competence* » lorsqu'il s'agit de préciser que le tribunal dispose de la *Kompetenz-Kompetenz*¹⁹. Il faut, toutefois, noter que la notion de recevabilité, quant à elle, n'apparaît ni dans la Convention de Washington, ni dans le Règlement d'arbitrage, au

essentielle à la compétence du Centre, ce consentement ne suffit pas à lui seul pour qu'un différend tombe sous la compétence du Centre. Conformément au but de la Convention, la compétence du Centre est en outre limitée par la nature du différend et le caractère des parties intéressées ». V. le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage), article 41 : « Le Tribunal peut de sa propre initiative et à tout moment de l'instance, examiner si le différend ou toute demande accessoire qui lui est soumis ressortit à la compétence du Centre et à sa propre compétence ».

¹⁵ J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 601-617 ; K. Williams, "Jurisdiction and Admissibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 868-931 ; G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 76-91.

¹⁶ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., article 41, paragraphe 49.

¹⁷ La Convention évoque alors la « *jurisdicción del Centro* », mais que « *el Tribunal no es competente* ».

¹⁸ V. en particulier, l'article 25 de la Convention de Washington.

¹⁹ V. l'article 41 de la Convention de Washington.

grand dam d'une partie de la doctrine²⁰. Selon certains, ces notions doivent être distinguées au risque que :

« mistakenly classifying issues of admissibility as jurisdictional may result in an unjustified extension of the scope for challenging awards and frustrate the parties' expectation that their dispute be decided by the chosen neutral tribunal »²¹.

De plus, les Travaux préparatoires de la Convention de Washington révèlent que les termes de « *jurisdiction* » et « *competence* » n'ont pas été choisis au hasard, comme de simples synonymes, mais sont liés à la nature du CIRDI, qui n'est qu'une institution administrative, à l'appui des parties et des arbitres et non pas un tribunal. Comme le note Aron Broches :

« Hague Conventions of 1899 and 1907 had been used as precedents, since the proposed Centre had much in common with the Permanent Court of Arbitration, in that the Centre itself would not engage in conciliation or arbitration, just as the Permanent Court was not actually a court. In both cases a framework was provided for certain proceedings to take place. In the Hague Convention the word jurisdiction was used in the sense of the scope of the Convention or of the Permanent Court »²².

Le Centre étant une institution administrative, il n'a pas de compétence au sens juridictionnel ; mais étant une institution organisant l'arbitrage, il est néanmoins prévu les conditions dans lesquelles un arbitrage peut être organisé dans le cadre du CIRDI. Ainsi, un litige peut être dans les limites de la compétence du Centre²³ – comme ce sera le cas d'un litige en relation avec un investissement – mais ne pas être de la compétence spécifique du tribunal arbitrage statuant sous l'égide du CIRDI. La distinction s'explique ainsi :

*« Under the Convention's terminology, the word « jurisdiction » refers to the requirements set out in Art. 25, which are conditional for the power of a conciliation commission or arbitral tribunal. « Competence » refers to the narrower issues confronting a specific tribunal, such as its proper composition or *lis pendens* »²⁴.*

La distinction entre ces expressions de la compétence ne pose pas réellement problème. Il en est autrement de la distinction avec la recevabilité définie comme la :

²⁰ G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 76-91, p. 77.

²¹ J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 601-617, p. 601.

²² CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, p. 320.

²³ Il est ainsi fait référence aux « *outer limits* » de la compétence du Centre. V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., Article 25.

²⁴ *Ibid.*, Article 41.

« qualité que doit présenter une demande (...) pour qu'elle soit examinée par l'autorité à laquelle elle est soumise »²⁵ ou, plus précisément « s'agissant de l'action en justice, elle signifie qu'il n'existe aucun obstacle juridique (exceptions ou fins de non-recevoir à l'examen au fond) »²⁶.

William Park explique la notion, comme comprenant toutes les conditions nécessaires à la conduite de l'arbitrage, comme l'obligation de recourir à la négociation ou l'imposition de délais :

*« a term used to describe constraints on the right to file claims in cases clearly subject to arbitration. Arbitration might relate to whether a claim is ripe enough (or too stale) for adjudication, or arbitral preconditions (such as mediation) or the passage of time bars »*²⁷; mais aussi l'obligation d'épuisement des voies de recours internes ou la condition de nationalité.

Le problème est que la compétence et la recevabilité demeurent encore aujourd'hui très difficiles à distinguer²⁸, en l'absence de critère précis. Certes, il semble que certains indices existent, comme l'a rappelé l'un des arbitres dans l'affaire *Waste Management* :

*« Jurisdiction is the power of the tribunal to hear the case ; admissibility is whether the case itself is defective – whether it is appropriate for the tribunal to hear it »*²⁹.

De même, les conséquences ne seront pas les mêmes en fonction de la nature de l'objection soulevée, la compétence entraînant des conséquences plus graves du fait de son lien avec le consentement³⁰ :

²⁵ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, XV-755 p., p. 504.

²⁶ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 932. V. également la définition de l'« *admissibility* » in J. P. Grant, J. C. Barker et C. Parry, *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oceana Publications, New York, 2005, XI-641 p. : « *the requirements laid down by customary international law or by treaty (eg as to nationality of claims or exhaustion of local remedies) which an applicant before an international tribunal must fulfil if the tribunal, although it has jurisdiction to hear the case, is able to determine the merits* ».

²⁷ W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2006, CXII-663 p., p. 77.

²⁸ I. Laird, "A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA*" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, p. 201 et s. : « *the distinction between the concepts of admissibility and jurisdiction is one of those instances in which practitioners, arbitrators and academics are still seeking a common view* ».

²⁹ Opinion dissidente de K. Highet, paragraphe 58, au regard de la décision CIRDI, *Waste Management contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), décision sur la compétence du 2 juin 2000. V. également G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Grotius Publications, Cambridge, 1986, 2 vol., XLI-860 p., vol. II, pp. 438-439 : « *[an objection to the substantive admissibility of the claim] is a plea that the tribunal should rule the claim inadmissible on some ground other than its ultimate merits [while an objection to the jurisdiction of the tribunal] is a plea that the tribunal itself is incompetent to give any ruling at all whether as to the merits or as to the admissibility of the claim* ». V. également G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 76-91.

³⁰ S.A. CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited contre Argentine*, décision sur la compétence du 10 février 2012, paragraphes 258-262. V. également CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelles requête : 2002) (République démocratique du Congo contre Rwanda)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité du 3 février 2006, *CIJ Rec.* 2006, p. 6, paragraphe 88.

« to understand whether a challenge pertains to jurisdiction or admissibility, one should imagine that it succeeds : If the reason for such an outcome would be that the claim could not be brought to the particular forum seized, the issue is ordinarily one of jurisdiction and subject to further recourse. If the reason would be that the claim should not be heard at all (or at least not yet), the issue is ordinarily one of admissibility and the tribunal's decision is final »³¹.

Les tribunaux arbitraux reprennent d'ailleurs régulièrement cette distinction³², mais ne s'accordent pas toujours sur la qualification de certaines questions.

Il est vrai que, même si certains indices existent, cette distinction demeure très difficile à mettre en pratique³³. On peut alors s'interroger sur l'opportunité de distinguer ces deux notions :

« in practice, the admissibility-jurisdiction distinction has not always been a matter of marked divisions ; often procedures and predicates that qualify a claim as properly preserved an initiated may equally be seen as merely a way of describing the subject-matter that has been entrusted to a tribunal. Moreover, often the distinction seems inconsequential »³⁴.

Par commodité de langage, le terme « compétence » est ici utilisé dans son acceptation générale et générique, comme recouvrant tous les aspects procéduraux, par opposition aux questions substantielles de l'affaire, conformément à la Convention de Washington, qui n'évoque que la compétence³⁵.

Ainsi, une analyse comparative et historique des dispositions des conventions bilatérales d'investissement relatives à la compétence du Centre, au regard de la Convention de Washington, révèle que ces accords ont été et demeurent l'assise du CIRDI, en permettant un contentieux toujours plus dense. Les effets sur la procédure de la découverte du fondement de

³¹ J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 601-617, p. 617. V. également I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon, Oxford, 2008, XXXI-646 p., p. 579. V. encore CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008, paragraphes 63-64.

³² CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, paragraphes 154, 163 et 170 ; CIRDI, *Abaclat contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence, 4 août 2011, paragraphes 245-248 ; CIRDI, *Hochtief AG contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphes 90 et 94-95.

³³ CIRDI, *Abaclat contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence, 4 août 2011, paragraphe 505.

³⁴ J. Coe, "The Mandate of Chapter 11 Tribunals-Jurisdiction and Related Questions" in T. Weiler, *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, Ardsley, 2004, p. 215-238, p. 224.

³⁵ V. également l'art. 41 du Règlement d'arbitrage qui précise les conditions des déclinatoires et moyens préliminaires. V. également CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence du 17 juillet 2003, paragraphe 41 : « *The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence* » ; CIRDI, *The Rompetrol Group NV contre Roumanie* (ARB/06/3), décision sur la compétence du 18 août 2008, paragraphes 11 et suivant ; CIRDI, *Abaclat contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence, 4 août 2011, paragraphe 245 : « *The concept of jurisdiction under the Convention also covers issues which may usually be regarded as issues of « admissibility »* ».

l'arbitrage dans les conventions bilatérales d'investissement (Chapitre 3) s'étendent à la délimitation de la compétence, en particulier *ratione materiae* et *ratione personae*, l'alliance de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement ayant donné aux arbitres les moyens de la qualification de l'investissement et de l'investisseur (Chapitre 4).

Chapitre 3. Les conventions bilatérales d'investissement, un fondement déterminant de la compétence du Centre

Chapitre 4. La définition d'une compétence extensive

CHAPITRE 3

LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT, UN FONDEMENT DETERMINANT DE LA COMPETENCE DU CENTRE

Si le CIRDI s'est transformé en juge naturel des différends en matière d'investissements, cela ne s'est pas fait sans difficulté. La nature particulière de l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement et la concurrence des juridictions internes en la matière donnent souvent lieu à des procédures parallèles, au point, aujourd'hui, de pouvoir parler d'enchevêtrement des procédures³⁶, voir même de désordre procédural³⁷. Comme le note, très justement, Walid Ben Hamida :

« il y a aujourd'hui trop de juges aptes à intervenir dans le contentieux économique international ! »³⁸.

Face à la possibilité que plusieurs juridictions soient appelées à statuer en même temps sur un même différend, il est apparu nécessaire de trouver des techniques afin de déterminer le forum le plus approprié. Le tribunal statuant sous l'égide du CIRDI doit-il surseoir à statuer ou se considérer prioritaire ? Des principes traditionnels existent en droit interne et en droit international – public comme privé – qui peuvent fournir d'utiles indications. C'est le cas de la *res judicata*³⁹, des principes de litispendance⁴⁰ et même de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes, qui tentent d'empêcher la multiplicité des procédures.

³⁶ W. Ben Hamida, I. Fadlallah, P. Mayer et A. Mourre, "L'enchevêtrement des procédures - Table ronde" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 129-142.

³⁷ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p. ; R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114.

³⁸ W. Ben Hamida, I. Fadlallah, P. Mayer et A. Mourre, "L'enchevêtrement des procédures - Table ronde" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 129-142, p. 132. V. également C. P. R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *New York University Journal of International Law & Policy*, vol. 31, 1998, p. 709 et s.

³⁹ Le principe de *res judicata* signifie que « la décision (...) a force de vérité légale entre les parties – *res iudicata pro veritate habetur* – et de manière définitive en droit international lorsque la décision est insusceptible de recours. Ce caractère définitif de la chose jugée protège ce qui a été décidé, emportant l'irrecevabilité des demandes successives identiques, qu'elles soient portées devant la même juridiction ou devant une juridiction différente (parfois désigné comme l'effet *non bis in idem*) » (R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114, pp. 88-89). V. également V. Lowe, "Res judicata and the Rule of Law in International Arbitration", *African Journal of International and Comparative*

Cependant, il est possible que diverses décisions interviennent simultanément et ce risque est encore accru dans le cas de l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement, des procédures parallèles étant appelées à se produire souvent⁴¹. Cela est en particulier lié au caractère fondamentalement bilatéral du droit international des investissements, aux diverses options de règlement des différends prévues sans qu'aucune ne soit exclusive⁴², à l'inapplication de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et à l'ouverture de l'arbitrage du fait d'une définition extensive des notions d'investisseur⁴³ et d'investissement⁴⁴. Même si les traités bilatéraux prévoient parfois leurs propres règles pour éviter tout conflit, Raphaële Rivier met bien en lumière cette multiplication des recours, qui accroît le risque de décisions contradictoires :

« La multiplication de recours de même nature a donné lieu aux résultats les plus absurdes, ou considérés tels. L'organisation de la protection de l'investissement les rend possibles, dont la complexité n'appelle pas une réglementation par voie de solutions générales, mais des règles adoptées au cas par cas, dans le cadre bien souvent de rapports bilatéraux. L'abondance des organes de réalisation correspond à une prolifération des instruments de protection, condamnant fatalement chaque tribunal à être l'organe d'application d'un texte particulier. (...). La prolifération des instruments s'accompagne d'une autre donnée : la réalisation des différents textes n'est pas

Law, vol. 8, 1996, pp. 38-50 ; I. Scobbie, "Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 20, 1999, p. 299 et s. ; P. R. Barnett, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford University Press, Oxford, 2001, LVI-346 p. ; Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, LXIX-348 p. ; A. Reinisch, "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 37 et s. ; C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128 ; L. G. Radicati di Brozolo, "Res Judicata and International Arbitral Awards", *ASA Special Series*, 2011, 23 p.

⁴⁰ La litispendance se définit comme la « situation qui naît lorsqu'un litige pendant devant une juridiction est porté devant une autre juridiction également compétente pour en connaître et qui se résout par le dessaisissement de cette dernière si l'une des parties le demande » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique (9ème éd.)*, PUF, Paris, 2000, 30-1095 p., p. 616).

⁴¹ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 79-130 ; R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114.

⁴² Il faut, toutefois, noter que si les traités bilatéraux d'investissement prévoient en général plusieurs options, la Convention de Washington précise que : « Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs et judiciaires internes soient épuisés ».

⁴³ S.A. CNUDCI, *Ronald S. Lauder contre République Tchèque*, sentence du 3 septembre 2001 ; S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B. V. contre République Tchèque*, sentence du 14 mars 2003. V. également D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 117-125 ; R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114.

⁴⁴ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 80-89 ; R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114.

concentrée entre les mains d'un organe judiciaire qui tiendrait son pouvoir d'un instrument extérieur à celui qu'il a vocation à appliquer. Elle est atomisée entre plusieurs tribunaux arbitraux, constitués aux fins d'un litige déterminé et inaptes par suite, en tant que tels, à garantir la cohérence et la constance des solutions »⁴⁵.

Dès lors, il est normal que nombre d'affaires, dès les premières dont le CIRDI a eu à connaître, ont concerné les questions de compétence et ont fait apparaître les difficultés afférentes à cette matière⁴⁶. Cela se justifie aisément au regard de la Convention de Washington, restée volontairement lacunaire du fait des difficultés des rédacteurs à se mettre d'accord⁴⁷. On comprend, dès lors, l'importance accordée à la jurisprudence du CIRDI, les arbitres devant combler les failles laissées par la Convention.

Ces failles ont été comblées, en grande partie, par l'analyse des conditions posées par les conventions bilatérales d'investissement. En effet, loin de se limiter à une clause de règlement des différends donnant compétence au CIRDI, les conventions ont tenté de réglementer, dans une certaine mesure, les modalités de l'arbitrage. Cette tendance va d'ailleurs *crescendo*, les Etats ayant constaté que les lacunes dans les clauses des conventions avaient laissé le CIRDI maître de sa compétence, et ce d'une façon pas toujours favorable à leurs intérêts. En effet, comme toute institution ayant une vocation juridictionnelle, le CIRDI a été confronté à de nombreux moyens et objections, visant à limiter sa compétence. Même si les tribunaux ont tenté de garder une interprétation équilibrée, ils ont, toutefois, retenu une conception extensive de leur compétence, ce qui n'a pas toujours été du goût des Etats, certains d'entre eux souhaitant désormais reprendre le contrôle de la conduite de l'arbitrage.

La jurisprudence et les conventions bilatérales d'investissement ont donc fait respectivement apparaître des conditions devant être remplies pour que la compétence du Centre soit reconnue. Le fondement de l'action apparaît alors essentiel dans la détermination de la compétence (Section 1), d'autant que les traités bilatéraux d'investissement ont de plus en plus tendance à vouloir diriger les modalités de l'arbitrage (Section 2).

⁴⁵ R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res iudicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114, p. 87.

⁴⁶ V. E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., pp. 42-77.

⁴⁷ V. G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, Stevens, Londres, 1969, XXIII-237 p., p. 142.

SECTION 1. LE FONDEMENT DE L'ACTION, SOURCE D'INFLUENCE SUR LA DETERMINATION DE LA COMPETENCE DU CIRDI

L'utilisation de plus en plus fréquente des traités bilatéraux d'investissement comme fondement de la compétence du CIRDI a eu un effet sur les sentences rendues, et notamment sur l'appréhension des questions de compétence⁴⁸. Les tribunaux arbitraux ont eu à s'interroger sur divers problèmes et, notamment celui de l'articulation entre les contentieux purement contractuels et ceux relatifs à des violations des traités. Ces questions sont parfois réglées par le traité lui-même lorsque celui-ci contient une clause faisant du respect des engagements pris dans les contrats signés par l'Etat d'accueil une obligation conventionnelle. La violation de ces engagements sera alors considérée comme une violation du traité lui-même. Cependant, même si la solution semble assez logique, la mise en œuvre de ces dispositions a donné lieu à l'une des plus grandes contradictions de jurisprudence, comme l'ont notamment révélé les affaires *SGS c. Pakistan* et *SGS c. Philippines*. Il convient donc d'analyser ici la distinction entre les actions contractuelles et conventionnelles (Paragraphe 1), ainsi que l'effet sur celle-ci des clauses parapluie (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. LA DIFFICILE DISTINCTION ENTRE RECLAMATIONS CONTRACTUELLES ET CONVENTIONNELLES

La distinction entre les réclamations conventionnelles et les réclamations contractuelles a donné lieu à l'une des plus grandes contradictions dans la jurisprudence du CIRDI. Loin de s'entendre, les tribunaux arbitraux n'ont pu parvenir à une solution satisfaisante. Cela s'explique probablement par le fait que la distinction entre *treaty claims* et *contract claims* se trouve à la croisée des chemins entre acteurs privés ou sujets publics, entre droit international et droits internes et entre arbitrage et juridictions nationales⁴⁹. Pourtant, la distinction semble aisée – et surtout nécessaire – (A) ; mais l'analyse de cette jurisprudence fluctuante semble aboutir à certains doutes sur l'intérêt même de cette question, pourtant essentielle pour tout le déroulement de l'arbitrage (B).

⁴⁸ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 6.

⁴⁹ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 98.

A. Une distinction incertaine mais nécessaire

Le contrat et le traité relèvent, à n'en pas douter, de deux ordres différents, laissant à penser que les réclamations conventionnelles et les réclamations contractuelles ne devraient se rencontrer (1°). Cependant, les ponts qui existent entre ces deux instruments et leur objet commun rendent la distinction incertaine, même si nécessaire (2°).

1°) Des réclamations relevant d'ordres différents

Le « fondement de l'action », expression utilisée pour traduire ce que l'on appelle en anglais la *cause of action* – et d'ailleurs souvent critiquée⁵⁰ – joue un rôle essentiel dans la détermination du *forum* compétent. Il s'agit de la règle juridique sur laquelle le plaignant se fonde pour faire valoir sa réclamation. En droit international des investissements, principalement deux types de demandes peuvent être formées : les réclamations conventionnelles, qu'il convient de dénommer *treaty claims* selon la terminologie en vigueur, et qui se fondent sur la violation d'une obligation issue du traité ; et les demandes contractuelles – ou *contract claims* – afférentes, quant à elles, à une obligation du contrat.

La détermination du fondement de l'action paraît aisée, étant donné qu'il suffit d'analyser l'obligation violée, utilisée comme moyen à l'appui de la réclamation⁵¹. De plus, la question de la distinction ne devrait pas réellement se poser, les traités bilatéraux d'investissement et

⁵⁰ V. J. Crawford et A. Pellet, "Anglo Saxon and Continental Approaches to Pleading before the ICJ - Aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C.I.J" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Nijhoff, Leyde, 2008, pp. 831-867, pp. 842-851 ; Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30, p. 13.

⁵¹ Cependant, cela peut poser problème, étant donné que les tribunaux arbitraux sont alors obligés d'analyser le fond de la réclamation au stade de la compétence, même si cette analyse est opérée *prima facie*. V. W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

les contrats n'ayant pas le même objet et relevant de deux ordres différents⁵². Dès lors, ils ont davantage vocation à se compléter l'un l'autre. Les conventions ne sont-elles par le « cadre général où s'insèrent »⁵³ les contrats ?

Une telle position correspond d'ailleurs à la théorie classique du droit international⁵⁴, qui distingue le traité, instrument entre Etats, et le contrat, qui implique nécessairement au moins une personne privée – ou agissant à ce titre. Cela n'est pas sans conséquence sur le droit applicable, le premier relevant du droit international⁵⁵, alors que le second s'enserme normalement dans le droit national⁵⁶, comme le précise la Cour permanente de Justice internationale :

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit de lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne »⁵⁷.

Par conséquent, les litiges nés de l'interprétation ou de l'application d'un traité bilatéral d'investissement seront réglés conformément au droit international public ; alors que ceux nés de l'interprétation ou de l'application du contrat devront être réglés conformément au droit qui y est applicable, qu'il ait été choisi par les parties dans une clause ou qu'il soit déterminé par l'interprète en fonction des règles de conflit en vigueur. Cela est confirmé par un comité *ad hoc* statuant dans le cadre du CIRDI :

« la détermination de l'existence d'une violation du BIT et celle d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elle sera déterminée par application du droit qui lui est applicable – dans le cas du BIT, le droit international ; dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat »⁵⁸.

⁵² W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

⁵³ P. Juillard, "Les Conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *JDI*, n° 2, 1979, pp. 274-325, p. 275.

⁵⁴ Sur les liens entre réclamations contractuelles et conventionnelles et le droit international public, v. J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

⁵⁵ V. la définition du traité donnée à l'art. 2, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 : « L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international ».

⁵⁶ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

⁵⁷ CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A*, n° 20/21, p. 41.

⁵⁸ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II - (ARB/97/3)*, Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 96.

La détermination du fondement de l'action est donc essentielle pour déterminer le droit applicable, mais également pour savoir quel est le juge compétent pour connaître du différend⁵⁹. Si les traités bilatéraux d'investissement prévoient presque systématiquement l'arbitrage – avec le recours au CIRDI – dans leur clause de règlement des différends ; le contrat pourra choisir un autre mode, en particulier le recours aux juridictions internes.

Admettre la distinction entre les réclamations contractuelles et les réclamations conventionnelles oblige donc à mettre en œuvre leur coordination. En effet, même s'il existe dans la grande majorité des cas un traité bilatéral, l'investissement est très souvent effectué au travers d'un contrat⁶⁰. Walid Ben Hamida propose donc plusieurs pistes afin de pouvoir distinguer et agencer réclamations contractuelles et réclamations conventionnelles et, surtout, déterminer quelle clause de règlement des différends doit primer :

« Pour justifier la primauté de la clause contractuelle de règlement des différends, on peut invoquer plusieurs arguments. En premier lieu, l'équilibre contractuel, la bonne foi contractuelle et l'autonomie de volonté, impliquent que le choix libre des moyens de règlement des différends doit être respecté. En second lieu, le fait que le mécanisme spécial est un mécanisme librement négocié qui convient mieux aux besoins, aux aspirations et aux intérêts des parties. Enfin, on peut invoquer le principe *generalia specialibus non derogant*, principe selon lequel, le spécial doit l'emporter sur le général.

En revanche, la primauté de l'offre d'arbitrage exprimée dans un traité d'investissement peut reposer sur la suprématie du droit international et des procédures internationales de règlement des différends, le fait que l'offre d'arbitrage lorsqu'elle est incorporée dans un traité international, a la valeur d'une obligation internationale qui exprime une exigence impérative de politique générale en matière d'investissement à laquelle on ne peut pas déroger, et enfin, l'idée selon laquelle la liberté contractuelle et le libre choix des moyens ont été remplacés par un cadre nouveau préétabli qui régleme désormais les rapports transnationaux »⁶¹.

Dès lors qu'il existe autant d'argument en faveur de chaque option⁶², on se rend compte que la mise en œuvre de la distinction entre *treaty* et *contract claims* ne peut être aisée. Pourtant, une

⁵⁹ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96.

⁶⁰ Sur le contrat en droit international des investissements, v. not. J. O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, XXXVIII-363 p.

⁶¹ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221, p. 1998. V. également Pierre Mayer, qui évoque le recours aux adages *specialia generalibus derogant*, *lex specialis per generalem non derogatur* et *lex posterior derogat priori* in P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 27 ; M. C. Naniwadekar, "The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference?", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 169-194, p. 188.

⁶² L'argument tiré du principe *generalia specialibus non derogant* ne semble, cependant, pas s'appliquer, cette maxime devant concerner deux instruments de même portée. Dès lors, une telle interprétation aboutirait à neutraliser le traité et le choix qu'il contient. V. I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 215.

telle question est appelée à se présenter souvent dans la jurisprudence⁶³ et les conséquences de la distinction entre contrat et traité sont fondamentales⁶⁴ ; mais derrière une apparente simplicité, celle-ci s'avère particulièrement difficile, les contours de chaque ordre demeurant flous.

2°) Une distinction pourtant incertaine

Si la distinction entre réclamation contractuelle et réclamation conventionnelle paraît, de prime abord, simple, elle sera compliquée par les liens pouvant se tisser entre les deux, comme le confirme le tribunal dans l'affaire *SGS contre Pakistan* :

« *BIT claims and contract claims appear reasonably distinct in principle. Complexities, however, arise on the ground, as it were, particularly where, as in the present case, each party claims that one tribunal [the ICSID Tribunal or the arbitrator envisaged in the contract] has jurisdiction over both types of claims which are alleged to co-exist* »⁶⁵.

D'une part, le contrat et le traité peuvent avoir le même objet – ou des objets liés et couvrir le même domaine. Le comité *ad hoc*, dans l'affaire *Vivendi*, l'a expressément reconnu :

« il est manifeste qu'un différend relatif à un investissement peut en même temps soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du BIT et des questions de nature contractuelle »⁶⁶.

D'autre part, de nouvelles difficultés peuvent apparaître dans le cas où une clause parapluie⁶⁷ serait incluse dans le traité et attirerait ainsi les réclamations contractuelles dans son champ. En s'engageant, par cette clause conventionnelle, à respecter les obligations souscrites relatives à un investissement, l'Etat attire dans le champ du traité les dispositions du contrat.

⁶³ S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577. Il constate que « *in approximately ninety to one hundred cases registered with ICSID since 1 January 1997, ICSID jurisdiction was asserted based on a provision in an investment treaty and roughly one half of them appear to have involved underlying contractual breaches* » (p. 555).

⁶⁴ J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

⁶⁵ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 147.

⁶⁶ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 60 tel que traduit in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 736.

⁶⁷ V. *infra*, p. 317 et s.

On peut, dès lors, se demander si la distinction entre réclamations conventionnelles et réclamations contractuelles ne devrait pas disparaître lorsqu'une clause parapluie est contenue dans le contrat⁶⁸.

Dès lors, il existe une dualité d'actions au bénéfice l'investisseur, d'autant plus complexe si le contrat prévoit une clause de compétence exclusive⁶⁹. La question de la nature du contentieux est donc essentielle. Elle pourra déterminer la compétence si, par exemple, la clause contenue dans un contrat accorde compétence exclusive aux juridictions de l'Etat d'accueil, alors que le traité permet l'utilisation du CIRDI ou d'un tribunal *ad hoc* pour régler le différend. En fonction de la violation constatée, le *forum* sera déterminé.

La clause de règlement des différends contenue dans le traité doit donc régler ces questions. Ainsi, par exemple, certains traités excluront expressément la compétence du tribunal arbitral pour les violations du contrat. C'est le cas des accords qui précisent, dans leur clause de règlement des différends, que :

« Tout différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante se rapportant à une plainte de l'investisseur selon laquelle une mesure prise ou non prise par la première Partie contractante constitue une violation du présent accord, et selon laquelle l'investisseur a subi des pertes ou des dommages »⁷⁰ est soumis à l'arbitrage.

⁶⁸ C'est ce qui semble ressortir de la décision dans l'affaire CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 128 : « Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments ». V. également CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphe 53. V. *contra* : CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004, paragraphe 81 : « Dans ce contexte, on ne saurait admettre que l'insertion d'une *umbrella clause* dans le Traité, et encore de manière pas très proéminente, puisse avoir pour effet de transformer tout différend contractuel en un différend relatif à un investissement en application du Traité, à moins bien sûr qu'il y ait une violation claire des droits et obligations nés du Traité ou une violation d'obligations contractuelles d'une telle ampleur qu'elle déclenche la protection du Traité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ». V. également J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374 ; A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

⁶⁹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 138 et paragraphe 155. V. également J.-M. Loncle, "L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contract Claims", *Revue de droit des affaires internationales*, n°1, 2005, pp. 3-12 ; C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the *Vivendi I* Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324 ; C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17 ; Y. Shany, "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?", *Hebrew University International Law Research Paper*, n° 02-06, 2006, 67 p. ; J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67.

⁷⁰ Art. XIII du TBI Canada – Barbade, 1996. V. également l'art. XII du TBI Venezuela – Canada, 1996.

Dans cet accord conclu par le Canada, la nature du différend est alors mentionnée explicitement. Dans son modèle plus récent, le Canada va plus loin et fixe même les dispositions sur lesquelles l'investisseur pourra se fonder :

« Un investisseur d'une Partie pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant des articles 2 à 5, 6(1), 6(2), 7, 8(4) ou 9 à 18, et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement »⁷¹.

Parallèlement, si le traité prévoit la compétence du tribunal arbitral pour les différends contractuels, alors le problème ne se posera pas⁷². C'est ce qui ressort de l'article 24 des modèles des États-Unis de 2004 et de 2012 :

« la partie requérante peut soumettre, en son nom propre, une plainte à l'arbitrage aux termes de la présente section selon laquelle

- i) la partie défenderesse a manqué à
 - A) une obligation au titre de la section A,
 - B) une autorisation d'investissement, ou
 - C) un accord d'investissement ; et
- ii) la partie requérante a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement ».

Une autre solution peut être adoptée pour éviter qu'une clause compromissoire – même exclusive – contenue dans un contrat fasse obstacle à la compétence d'un tribunal CIRDI : il s'agit de l'exclure expressément dans le traité bilatéral d'investissement. Par exemple, l'article 10 du modèle français de 2006 prévoit que :

« les dispositions de l'article 8 [donnant compétence au CIRDI] s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'Article 8 du présent accord »⁷³.

D'autres traités ont précisé leurs dispositions relatives au règlement mixte des différends afin d'exclure les réclamations contractuelles. C'est le cas des accords conclus par la Colombie⁷⁴, tout comme ceux suivant le modèle norvégien de 2007 :

⁷¹ Art. 22, paragraphe 1, du modèle canadien de 2004.

⁷² S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, p. 576 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374, p. 365 ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96.

⁷³ V. également P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 26.

⁷⁴ V. l'art. 12 du TBI Colombie – Pérou, 1994 : « Les litiges de nature juridique surgissant entre une Partie contractante et un ressortissant ou entreprise de l'autre Partie contractante concernant les investissements concernés par le présent Accord » doivent être soumis à l'arbitrage. V. également l'art. IX du modèle d'accord de la Colombie de 2008 et du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010 : « *Any disputes arising between an investor of a Contracting Party*

« *This Article applies to legal disputes between a Party and an investor of the other Party arising directly out of an investment of the latter that falls under the jurisdiction of the former. The dispute must be based on a claim that the Party has breached an obligation under this Agreement and that the investor of the Party has incurred loss or damage by that breach* »⁷⁵.

Ce cas, même s'il tend à se développer⁷⁶, reste, toutefois, exceptionnel, la grande majorité des traités bilatéraux d'investissement contenant des clauses de règlement des différends particulièrement larges, demeurant silencieuses sur la nature du litige et prévoyant simplement que le tribunal sera compétent pour les différends relatifs à un investissement⁷⁷. Dès lors, des difficultés sont apparues, ce qui a donné lieu à une jurisprudence importante avec, notamment, les affaires *Vivendi*⁷⁸, *Salini*⁷⁹, *CMS*⁸⁰ et *Azurix*⁸¹, par exemple. Le problème est, aujourd'hui, loin d'être résolu⁸², ces décisions étant en profonde contradiction, ce qui est d'autant plus regrettable que cela tend à favoriser le *forum shopping*⁸³.

and the other Contracting Party in connection to the interpretation or application of this Agreement, including a claim that the latter Contracting Party has breached an obligation under this Agreement » sera soumis à l'arbitrage.

⁷⁵ Art. 15 du modèle norvégien de 2007.

⁷⁶ V. par ex., l'art. 8 des Accords entre le Royaume-Uni, d'une part, et le Vietnam (2002) ou la Yougoslavie (2002), d'autre part, relatifs à la promotion et à la protection des investissements : « Tout différend survenant entre un investisseur d'une Partie contractante et l'autre Partie contractante, relativement à une obligation de cette dernière découlant du présent Accord, au titre d'un investissement de la première citée des Parties contractantes, n'ayant pas été réglé à l'amiable est (...) soumis à un arbitrage international ».

⁷⁷ Par ex., l'art. 8 du modèle français de 2006 précise simplement que « tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante » est soumis à l'arbitrage. V. également le modèle anglais, néerlandais ou suisse, par ex.. Cependant, certains tribunaux arbitraux ont pu interpréter « *the phrase « disputes with respect to investments » naturally includes contractual disputes* ». V. CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 132.

⁷⁸ CIRDI, *Compañia de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002.

⁷⁹ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

⁸⁰ CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine* (ARB/01/08), décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

⁸¹ CIRDI, *Azurix Corp. C. Argentine* (ARB/03/30), décision sur la compétence du 8 décembre 2003.

⁸² V. not., J. Gill, M. Gearing et G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 396-412 ; S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577 ; C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17 ; C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the *Vivendi I* Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324 ; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the *SGS* Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346 ; E. Gaillard, "Treaty-based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", *New York Law Journal*, 2005, p. 3 et s. ; Y. Shany, "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?", *Hebrew University International Law Research Paper*, n° 02-06, 2006, 67 p. ; J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67 ; J. Griebel, "Jurisdiction over "Contract Claims" in Treaty-based Investment Arbitration on the Basis of the Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements", *Transnational Dispute Management*, vol.4, n° 5, 2007 ; H. Seriki, "Umbrella Clauses and Investment Treaty Arbitration: All Encompassing or a Respite for Sovereign States and States Entities", *Journal of Business Law*, 2007, p. 570 et s. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford

Au regard de cette situation, qu'on ne peut que qualifier de déplaisante, il convient d'analyser la jurisprudence pour déterminer les points de discordance et les possibles solutions.

B. Une incertitude reflétée dans la jurisprudence

Les traités bilatéraux d'investissement demeurant souvent trop imprécis sur la question des différends qui peuvent être soumis à l'arbitrage, celle-ci a été posée à de nombreux tribunaux arbitraux, qui n'ont pu s'accorder sur une réponse. Cette jurisprudence fluctuante – pour ne pas dire contradictoire – (1°) a le mérite de révéler la nécessité de découvrir des critères de distinction (2°).

1°) Une jurisprudence indécise

Sans plus d'indication dans la clause de règlement des différends que la référence à un investissement, les tribunaux ont eu à trouver leurs propres critères de distinction et les limites de leur compétence.

La première affaire ayant soulevé la distinction entre les réclamations contractuelles et conventionnelles est l'affaire *Salini c. Maroc*⁸⁴. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de travaux publics entre des entreprises italiennes et des sociétés d'autoroutes marocaines, régi, d'après les termes du contrat, par le code des marchés publics marocain et justiciable des tribunaux marocains. Cependant, le traité bilatéral italo-marocain prévoyait le recours au CIRDI en cas de litige, option que les investisseurs ont utilisée. Le tribunal devait donc

University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96 ; A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110 ; A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104.

⁸³ V. Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *AJIL*, vol. 99, n° 4, 2005, pp. 835-851, p. 838. V. également E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 854.

⁸⁴ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

s'interroger sur la nature de la violation pour déterminer sa compétence. Il a considéré que les *contracts claims*, pures de tout autre élément, devaient être jugées conformément à la clause contenue dans le contrat et donc, dans la plupart des cas, étaient justiciables des tribunaux de l'Etat hôte ; les *treaty claims*, pures de tout autre élément, au contraire, doivent tomber sous le régime de la convention CIRDI ; enfin, dans le cas d'une demande fondée conjointement sur le traité et le contrat, le tribunal statuant sous l'égide du CIRDI pouvait connaître de toutes les réclamations, la *treaty claim* donnant sa coloration au contentieux.

Par la suite, la question de savoir si l'on pouvait demander au CIRDI de statuer sur un différend contractuel s'est à nouveau posée, en particulier dans l'affaire *Vivendi*⁸⁵. En l'espèce, un différend s'était élevé entre une entreprise de droit local, contrôlée par Vivendi Universal – l'ancienne Compagnie Générale des Eaux – et la Province d'Argentine, Tucuman, à propos d'un contrat de concession. Le contrat prévoyait la compétence exclusive des juridictions administratives de Tucuman, alors que le traité bilatéral d'investissement de 1991 entre la France et l'Argentine donnait compétence au CIRDI. L'investisseur avait soulevé deux moyens à l'appui de sa demande devant le CIRDI, tous deux fondés sur le contrat. Le tribunal a alors rejeté la demande, considérant qu'il avait compétence pour connaître des réclamations conventionnelles, mais que le différend était essentiellement contractuel⁸⁶ et qu'il fallait donc appliquer la clause de règlement des différends contenue dans le contrat, qui donnait compétence aux juridictions locales⁸⁷. L'absence de violation des obligations conventionnelles ne permettait pas d'avoir recours au CIRDI. Les plaignants ont cherché l'annulation de cette sentence, qui a fait l'objet d'une décision du Comité *ad hoc*. Il a considéré que la décision du tribunal était entachée d'excès de pouvoir manifeste, notant que :

« *Whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper applicable law – in the case of the BIT, by international law ; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucuman* »⁸⁸.

⁸⁵ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi I* - (ARB/97/3), 21 novembre 2000 ; CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002. V. également J.-M. Loncle, "L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contract Claims", *Revue de droit des affaires internationales*, n°1, 2005, pp. 3-12 ; C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the *Vivendi I* Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

⁸⁶ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi I* - (ARB/97/3), 21 novembre 2000, paragraphe 78.

⁸⁷ *Ibid.*, paragraphe 79. Le Tribunal constate que : « *To make such determinations, the Tribunal would have to undertake a detailed interpretation and application of the Concession Contract, a task left by the parties to that contract to the exclusive jurisdiction of the administrative courts of Tucuman* ».

⁸⁸ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 96. V. également CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine* (ARB/01/08), décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

Les réclamations sont donc indépendantes, mais le Comité accepta toutefois de reconnaître la compétence du tribunal pour les deux réclamations. Dès lors, l'Argentine ne pouvait se fonder sur la clause de règlement des différends contenue dans le contrat pour éviter que son comportement soit considéré comme internationalement illicite au regard du traité⁸⁹. Toutefois, le Comité a insisté sur le fait que les clauses compromissoires contenues dans les contrats devaient jouer lorsque la demande avait pour base essentielle une violation du contrat⁹⁰, ce qui n'a pas été considéré comme étant le cas en l'espèce.

Dans l'affaire *SGS c. Pakistan*⁹¹, il s'agissait d'un différend à propos d'un contrat de 1994 entre SGS, société suisse, et le gouvernement du Pakistan. La clause de règlement des différends incluse dans le contrat prévoyait que tout litige devait être réglé au Pakistan, selon la loi relative à l'arbitrage. En 1996, le Pakistan a mis fin au contrat unilatéralement et a refusé le paiement de certaines sommes à SGS. La société a donc entamé une procédure devant les juridictions suisses, qui ont rejeté l'affaire sur le fondement de l'immunité du Pakistan. En 2000, ce dernier a lancé une procédure d'arbitrage au Pakistan en vertu de la clause de règlement des différends du contrat. SGS a soulevé l'incompétence du tribunal et a fait une demande reconventionnelle devant celui-ci, tout en entamant elle-même une procédure devant le CIRDI en 2001, sur la base du traité bilatéral d'investissement entre le Pakistan et la Suisse⁹². Le Pakistan fit alors un recours devant sa Cour suprême et obtint une injonction interdisant à SGS de poursuivre la procédure devant le Centre. Finalement, le tribunal statuant sous l'égide du CIRDI émit une injonction, demandant au tribunal pakistanais de surseoir à statuer⁹³, ce qu'il fit. L'affaire était donc particulièrement complexe, plusieurs procédures ayant été entamées, à la fois devant les juridictions internes et dans le cadre de l'arbitrage. La procédure devant le Centre put, néanmoins, se dérouler, mais le

⁸⁹ CIRDI *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 103.

⁹⁰ *Ibid.*, paragraphe 98, notre traduction. L'original se lit ainsi : les clauses compromissoires joueront dans les cas « *where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract* ». Le tribunal insiste, ensuite, sur le fait que « *where « the fundamental basis of the claim » is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard* ».

⁹¹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003. V. également J. Gill, M. Gearing et G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 396-412 ; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346 ; S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577 ; J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67.

⁹² V. l'art. 9 du TBI Pakistan – Suisse, 1995, cité dans l'affaire CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 80.

⁹³ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), injonction procédurale n°2, 16 octobre 2002.

Pakistan fit valoir que le tribunal arbitral n'était pas compétent du fait de la clause compromissoire du contrat, alors même que la base essentielle du recours était une réclamation contractuelle. Le tribunal rejeta finalement les objections du Pakistan et se déclara compétent. Reprenant la jurisprudence *Vivendi*, il fit la distinction entre les réclamations contractuelles et les réclamations conventionnelles, acceptant de statuer seulement sur ces dernières. Le Tribunal eut une interprétation restrictive de la clause de règlement des différends, qui faisait simplement référence aux différends en relation avec un investissement :

« that phrase, (...) while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Party in [the provision in question]. (...) Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesi exclusively on contract »⁹⁴.

Malgré la compréhension large de la clause de règlement des différends contenue dans le traité et la présence d'une clause parapluie⁹⁵, le tribunal considéra que tout ce qui relevait du contrat devait être réglé par application de la clause compromissoire. Le tribunal CIRDI avait donc une compétence exclusive sur les *treaty claims*, alors que le tribunal arbitral statuant en vertu de la loi pakistanaise était en charge des *contract claims*⁹⁶, aboutissant alors à une dualité de recours⁹⁷.

Il est intéressant de comparer cette dernière affaire à l'affaire *SGS c. Philippines*⁹⁸, les faits étant largement similaires, mais les décisions radicalement différentes. SGS réclamait le

⁹⁴ *Ibid.*, décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 161. V. *contra* : CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 132 : « the phrase « disputes with respect to investments » naturally includes contractual disputes ».

⁹⁵ V. l'art. 11 du TBI Pakistan – Suisse, 1995.

⁹⁶ Cette affaire est considérée comme un exemple d'application de la théorie désintégrationniste, définie comme « an approach that strives to distinguish between parallel claims in a way that negates the conditions for jurisdictional overlap » (Y. Shany, "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?", *Hebrew University International Law Research Paper*, n° 02-06, 2006, 67 p., p. 12). A l'opposé, pour un exemple d'approche intégrationniste – « an approach that seeks to harmonize overlapping norms and procedures and to effectively regulate related claims » (*Ibid.* p. 13) – v. CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004. V. également J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

⁹⁷ Pierre Mayer évoque un « système dualiste » aux nombreuses conséquences néfastes. V. P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 9.

⁹⁸ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004. V. également J. Gill, M. Gearing et G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 396-412 ; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346 ; S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v.*

paiement de certaines prestations, sur le fondement de la clause de règlement des différends contenue dans l'article VIII du traité bilatéral d'investissement entre les Philippines et la Suisse⁹⁹. Le tribunal devait donc, comme dans les affaires précédentes, déterminer sa compétence au regard du traité, mais aussi d'un contrat conclu en 1991 entre SGS et les Philippines et contenant une clause compromissoire. Statuant à l'opposé du tribunal dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, il considéra que les obligations contractuelles avaient été élevées au rang d'obligations conventionnelles par l'effet de la clause parapluie¹⁰⁰ et que la clause de règlement des différends contenue dans le traité était rédigée en termes suffisamment larges pour qu'il soit compétent à la fois pour les *treaty* et pour les *contract claims*¹⁰¹. Une telle décision semblait favorable afin d'éviter les aléas de la multiplication des recours pour un même différend.

Néanmoins, le tribunal procéda ensuite à une analyse de la clause compromissoire, d'une part, et de la clause de règlement des différends contenue dans le traité, d'autre part. La majorité du tribunal arbitral considéra que la clause compromissoire faisait office de *lex specialis* et qu'ainsi il devait céder devant la compétence des tribunaux visés par cette clause et surseoir à statuer¹⁰².

Le Professeur Antonio Crivellaro¹⁰³, membre du tribunal arbitral, considéra quant à lui, dans une opinion dissidente, que la clause de règlement des différends du traité devait jouer en tant que *lex posteriori*, ce qui obligeait le tribunal à se reconnaître compétent, d'autant plus que le traité contenait une clause relative au respect des engagements qui donnait compétence au tribunal pour trancher également les réclamations purement contractuelles¹⁰⁴.

Il ne peut qu'être constaté que la jurisprudence en la matière est loin d'être stabilisée et que les décisions sont profondément contradictoires, ce qui ressort également de deux affaires plus récentes. Dans l'affaire *Joy Mining*¹⁰⁵, le tribunal a considéré que l'opération en cause n'était pas un investissement, déclarant alors son incompétence. Néanmoins, il a eu l'occasion de se

Philippines", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577 ; J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The 'Effective Ordinary Meaning' of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67.

⁹⁹ V. l'art. VIII du TBI Philippines – Suisse, 1997, cité dans l'affaire CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 34.

¹⁰⁰ V. l'art. X(2) du TBI Philippines – Suisse, 1997 : « Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party ». V. CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphes 125-126.

¹⁰¹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphes 130-135. V. également CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

¹⁰² CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphes 139-143, 162-163 et 175.

¹⁰³ *Ibid.*, opinion dissidente du Pr. Antonio Crivellaro.

¹⁰⁴ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, p. 94.

¹⁰⁵ CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

prononcer sur la question de la nature des réclamations et a adopté une position restrictive, proche de celle de l'affaire *SGS c. Pakistan*, considérant que les clauses parapluie ne pouvaient changer la nature des réclamations et que la clause compromissoire du contrat était la seule à devoir jouer¹⁰⁶. Il en a été de même dans l'affaire *Salini c. Jordanie*¹⁰⁷, où il a été considéré que la clause compromissoire du contrat devait s'appliquer, le tribunal déclinant sa compétence devant celle des juridictions internes. Ne se prononçant pas sur la clause de règlement des différends contenue dans le traité et ayant une interprétation stricte de la clause parapluie, il n'a retenu sa compétence que pour les *treaty claims*.

2°) Vers une solution ?

Cette jurisprudence profondément contradictoire révèle la nécessité d'une interprétation équilibrée et conforme aux différents objectifs mentionnés dans les préambules des traités, comme l'a rappelé le Tribunal dans l'affaire *El Paso contre Argentine* :

*« a balanced interpretation is needed, taking account both State sovereignty and the State's responsibility to create an adapted evolutionary framework for the development of economic activities, and the necessity to protect foreign investment and its continuing flow »*¹⁰⁸.

Il demeure que de nombreuses affaires ont été l'occasion de s'interroger sur cette distinction, même si la jurisprudence est demeurée contradictoire¹⁰⁹. Il faut alors se demander s'il existe un critère de distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles ; mais aussi si une autre option ne serait pas envisageable.

Au fur et à mesure des sentences arbitrales, plusieurs critères de distinction sont apparus, dont celui de la base essentielle ou « *essential basis* » de l'affaire *Vivendi*¹¹⁰, qui remporte un

¹⁰⁶ *Ibid.*, paragraphes 77-82 et 89-91.

¹⁰⁷ CIRDI *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004.

¹⁰⁸ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre République argentine* (ARB/03/15), décision du 27 avril 2006, paragraphe 70.

¹⁰⁹ V. not. I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 210 ; A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104.

¹¹⁰ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002.

certain succès même s'il demeure contesté¹¹¹ ; mais aussi celui du « déclenchement de la protection du traité » – « *triggering the Treaty protection* » – adopté dans l'affaire *Joy Mining*¹¹². Pour Alain Pellet, qui affirme clairement sa préférence pour les décisions *Vivendi/SGS contre Pakistan*, ces critères devraient permettre de mettre en œuvre efficacement la distinction entre *treaty* et *contract claims*, en se fondant notamment sur le droit international général, en vertu duquel :

« la véritable distinction doit être faite entre les réclamations faites en vertu du droit international, d'une part, et celles qui restent ancrées dans le droit interne de l'Etat hôte, d'autre part »¹¹³.

Certains considèrent alors qu'il devrait exister une frontière quasi-imperméable entre les réclamations contractuelles et conventionnelles, comme Hakeem Seriki, qui note que :

« *a breach of a BIT and a contractual breach are two different things. ICSID tribunals have jurisdiction over the former and not the latter* »¹¹⁴.

Même s'il faut reconnaître que les réclamations contractuelles et conventionnelles diffèrent, on ne peut tomber d'accord avec la seconde proposition, la clause compromissoire du contrat pouvant très bien donner compétence au CIRDI¹¹⁵. Cela ne pose d'ailleurs aucun problème au regard du droit international public¹¹⁶, comme le notent Robert Jennings et Arthur Watts :

« *It is doubtful whether a breach by a state of its contractual obligations with aliens constitutes per se a breach of an international obligation, unless there is some such additional element as denial of justice, or expropriation, or breach of treaty, in which case it is that additional element which will constitute the basis for the state's international responsibility. However, either by virtue of a term in the contract itself or of an agreement between the State and the alien, or by virtue of an agreement between the State allegedly in breach on its contractual obligations and the State of which the alien is a national, disputes as to compliance with the terms of contracts*

¹¹¹ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

¹¹² CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

¹¹³ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 107.

¹¹⁴ H. Seriki, "Umbrella Clauses and Investment Treaty Arbitration: All Encompassing or a Respite for Sovereign States and States Entities", *Journal of Business Law*, 2007, p. 570 et s.

¹¹⁵ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96 ; A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104.

¹¹⁶ J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

may be referred to an internationally composed tribunal, applying, at least in part, international law »¹¹⁷.

Et même en droit international des investissements, il n'est pas opportun de vouloir cantonner le CIRDI aux seuls recours se fondant sur la violation de normes internationales, alors même que la Convention de Washington a été conclue pour donner un for arbitral international aux contrats en matière d'investissement¹¹⁸.

Au regard de cette jurisprudence fluctuante, il a pu être considéré que le traité bilatéral d'investissement exerçait « idéologiquement »¹¹⁹ une attractivité faisant systématiquement prévaloir le traité sur le contrat¹²⁰, comme cela pouvait ressortir de la sentence *SGS contre Philippines* :

*« The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended « to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other ». It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments »*¹²¹.

Sur un autre fondement, la décision *Salini contre Maroc* a également donné la préférence à l'investissement en accordant la compétence au tribunal arbitral CIRDI¹²², considérant que la clause relative au règlement des différends contenue dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et le Maroc :

« oblige l'Etat à respecter l'offre de compétence à raison des violations de l'Accord bilatéral et de tout manquement à un contrat qui le lierait directement. L'offre de

¹¹⁷ L. Oppenheim, R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law (9ème éd.)*, Longman, Londres, 1992, 1333 p., p. 927. V. également C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the *Vivendi I* Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324 ; A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104.

¹¹⁸ I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 211.

¹¹⁹ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

¹²⁰ Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, 2003, pp. 151-289 ; W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221, p. 200, qui évoque « la tendance des investisseurs privés d'habiller des réclamations purement contractuelles par la couverture conventionnelle ».

¹²¹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 116.

¹²² A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 105.

compétence de l'article 8 ne s'étend pas, par contre, aux violations d'un contrat auquel une entité autre que l'Etat est nommément partie »¹²³.

Cette solution a connu un certain retentissement en doctrine, Christoph Schreuer notant que :

« *where a BIT provides for investor/State arbitration in respect of all investment disputes rather than disputes concerning violations of the BIT, the tribunal is competent even for pure contract claims* »¹²⁴.

Ces questions en suspens imposent, en tout cas, de préciser la démarche que doivent adopter les tribunaux arbitraux. Il faut commencer par analyser le traité bilatéral d'investissement, afin de vérifier si les différends d'ordre contractuel sont couverts par celui-ci. Dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement, aucune distinction n'est faite sur la nature ou le fondement de la demande, une définition générale du différend éligible étant seulement proposée, prenant comme référent le fait que le différend soit en relation avec un investissement¹²⁵. Même si la définition du différend peut se faire par extension¹²⁶, en précisant les fondements juridictionnels de façon à restreindre le consentement à l'arbitrage, de telles clauses excluant la compétence du tribunal pour les réclamations contractuelles demeurent extrêmement rares¹²⁷. Dès lors peut-on conclure qu'à la lecture des traités bilatéraux d'investissement, on ne constate aucune limitation de la compétence du CIRDI aux différends conventionnels, comme le fait remarquer Stanimir Alexandrov :

« *when an investment treaty contains a clause providing for a broad grant of jurisdiction over any disputes between a foreign investor and a State relating to a*

¹²³ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe tel que traduit in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 635.

¹²⁴ C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324.

¹²⁵ V. Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30.

¹²⁶ V. par ex., l'art. 10 du TBI Suisse - Afrique du Sud : le tribunal n'est compétent que pour les « différends entre un investisseur d'une Partie Contractante et l'autre Partie Contractante relatifs à une obligation qui incombe à cette dernière en vertu du présent accord ». Il en est de même du modèle canadien, avec, par ex., la disposition suivante dans le traité entre le Canada et El Salvador : le tribunal pourra connaître de « tout différend entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante qui se rapporte à une plainte de l'investisseur selon laquelle il y a une violation de l'Accord du fait qu'une mesure a été prise ou qu'elle n'a pas été prise par la partie contractante première nommée, et selon laquelle l'investisseur a subi un préjudice ou un dommage à cause ou par l'effet de cette violation, est, s'il est possible, réglée à l'amiable ».

¹²⁷ Par ex., l'art. 9 du TBI République de Maurice - Comores inclut les demandes contractuelles : « un différend relatif à un investissement est défini comme un différend concernant :

a. L'interprétation ou l'application d'un accord particulier d'investissement entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante ;
b. L'interprétation ou l'application de toute autorisation d'investissement accordée par les autorités de l'Etat hôte régissant les investissements étrangers ;
c. L'allégation de la violation de tout droit conféré ou établi par le présent Accord en matière d'investissement ».

V. également l'affaire CIRDI, *PSEG Global et al. c. République de Turquie* (ARB/02/5), sentence du 19 janvier 2007, pour l'application d'une clause similaire, contenue dans le traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et la Turquie.

covered investment, a treaty-based tribunal should exercise jurisdiction to decide contractual claims with respect to that covered investment »¹²⁸.

Une telle interprétation correspond au sens ordinaire des mots¹²⁹ et à l'objet même des traités bilatéraux d'investissement, qui est de promouvoir et de protéger les investissements. De plus, l'absence de précision – à l'exception des nouveaux modèles américain, anglais et français en particulier – surtout suite à ces décisions contradictoires, montre bien que cette inclusion concorde avec la volonté des parties à l'accord¹³⁰ et donne tout son effet utile à une telle clause¹³¹. Si cela n'avait pas été le cas, les Etats se seraient empressés de le préciser dans leur nouvelle génération d'accord¹³². Cela est encore confirmé par le fait que les traités bilatéraux d'investissement incluent les droits contractuels dans leur définition de l'investissement¹³³ et par le fait que les clauses de règlement des différends interétatiques font expressément référence à « l'interprétation et à l'application » du traité¹³⁴. Dès lors, un tribunal CIRDI a expressément affirmé que :

*« It has long been recognized that contractual rights may be indirectly expropriated [and that] contract rights are entitled to the protection of international law »*¹³⁵.

Dès lors, l'interprétation équilibrée qu'évoque le Tribunal dans l'affaire *El Paso* est une interprétation conforme au droit international général, tel qu'exprimé dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, à savoir une interprétation selon le sens ordinaire des mots. Même si « les limitations de l'indépendance de l'Etat ne se présument pas »¹³⁶, cela ne signifie pas pour autant que l'on doive avoir une interprétation restrictive, protectrice de la souveraineté de l'Etat, mais bien qu'on doive respecter sa volonté telle qu'exprimée dans le traité, qui ressort du sens ordinaire des mots et de l'objet et du but du traité. Une autre interprétation pourrait avoir des effets pervers, aboutissant même à une possible

¹²⁸ S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, p. 556.

¹²⁹ V. l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969. V. également J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

¹³⁰ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 132.

¹³¹ A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104, p. 95.

¹³² P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 12.

¹³³ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67, p. 20.

¹³⁴ V. l'affaire CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 55. V. également J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

¹³⁵ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992, paragraphes 164-165.

¹³⁶ CPIJ, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, Rec. Série A – N° 10, p. 5, p. 18.

« rupture de l'égalité entre les deux parties [en défaveur de l'Etat]. En procurant à l'investisseur deux fors distincts, auxquels il peut recourir successivement ou simultanément, on lui ouvre en même temps deux chances de succès »¹³⁷.

La distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles apparaît alors « radicalement artificielle au regard de la compétence »¹³⁸, celle-ci n'ayant un impact que sur le fond du litige. Sauf disposition contraire, la compétence du CIRDI est donc générale, les arbitres pouvant statuer sur tous les litiges. « Le tribunal arbitral fondé sur un traité n'est pas *par nature* l'organe institué pour le règlement des différends nés de ce seul traité »¹³⁹, l'engagement juridictionnel contenu dans le traité n'ayant pas forcément la même portée que l'engagement substantiel. La solution est donc simple et est corroborée par les clauses relatives au droit applicable, qui révèlent que le tribunal n'est pas seulement l'organe d'application du traité¹⁴⁰ ; mais elle ne semble pas pouvoir s'imposer pour l'instant¹⁴¹.

Dans tous les cas, il demeure difficile de comprendre pourquoi les tribunaux fixent une ligne de partage des compétences, aboutissant nécessairement à un partage inutile du litige et à une difficile articulation entre les procédures. Ce qui est sûr est que ces oppositions ne sont pas liées aux différences de formulation des traités bilatéraux d'investissements, mais davantage à une opposition idéologique¹⁴². Dans tous les cas, la solution est loin d'être acquise, d'autant plus que se pose aujourd'hui la question de la distinction entre réclamations conventionnelles et réclamations contractuelles, lorsque ce n'est pas l'Etat, mais une de ses émanations qui est partie au contrat¹⁴³.

¹³⁷ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 9.

¹³⁸ I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 210.

¹³⁹ Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30, p. 18.

¹⁴⁰ V. *infra*, p. 490 et s. V. également Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30, pp. 20-23.

¹⁴¹ CIRDI, *Consorzio Lesi-Dipenta c. Algérie* (ARB/03/8), sentence d'incompétence du 10 janvier 2005, dans laquelle le tribunal a refusé de se reconnaître compétent, malgré la clarté de la clause du traité qui prévoyait la compétence du tribunal pour « *ogni controversia ad investmenti* ».

¹⁴² V. not., Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *AJIL*, vol. 99, n° 4, 2005, pp. 835-851, p. 848.

¹⁴³ CIRDI, *Consortium RFCC contre Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence du 16 juillet 2001 ; CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001 ; CIRDI *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004 ; CIRDI, *Impregilo SpA contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence (ARB/01/1), 22 avril 2005 ; CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007 ; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG contre Ghana* (ARB/07/24), sentence du 18 juin 2010. V. également l'article 5 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international en 2001 ; et J.-M. Loncle, "L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contract Claims", *Revue de droit des affaires internationales*, n°1, 2005, pp. 3-12 ; I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 215 ; J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The 'Effective Ordinary Meaning' of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based

Certains ont, cependant, trouvé une solution radicale, qui revient à rejeter la distinction entre *contract claims* et *treaty claims*¹⁴⁴. Pierre Mayer la qualifie d'étrange, du fait de l'absence d'étanchéité entre ces deux réclamations, et nocive pour l'unité du différend¹⁴⁵. En se fondant sur la notion de litige¹⁴⁶ – qui se définit par les faits allégués, par la prétention et non par les règles invoquées, il considère qu'il serait absurde qu'un tribunal ne puisse appliquer toutes les règles qui régissent le litige :

« C'est comme si dans un litige interne le demandeur avait à la fois à se prévaloir de certaines règles du code civil et certaines règles du code de commerce et qu'on lui disait « Allez devant le Tribunal de Grande Instance pour le code civil et devant le tribunal de commerce pour les règles qui sont dans le code de commerce » »¹⁴⁷.

De même, Ibrahim Fadlallah met en garde :

« Il faut se garder de spécialiser les juridictions, destinées à résoudre les litiges relatifs aux investissements, en fonction des fondements des demandes. L'on aboutirait, sinon, à un dépeçage artificiel des litiges »¹⁴⁸.

Que l'on considère, comme Pierre Mayer, que la faute incombe aux arbitres¹⁴⁹ ou aux traités¹⁵⁰, il demeure qu'aucune solution ne fait l'unanimité pour l'instant. Pourtant, une

Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374, p. 364 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 161 ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96.

¹⁴⁴ W. Ben Hamida, "L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.

¹⁴⁵ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96. V. également ses remarques in W. Ben Hamida, I. Fadlallah, P. Mayer et A. Mourre, "L'enchevêtrement des procédures - Table ronde" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 129-142.

¹⁴⁶ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 22.

¹⁴⁷ P. Mayer, "La protection de l'investisseur par les traités sur l'investissement est-elle excessive ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p.195-200.

¹⁴⁸ I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 211.

¹⁴⁹ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 33 : « La clause la plus apparente de cet état de fait [les contradictions jurisprudentielles] réside dans les tribunaux arbitraux. Ils adhèrent fortement à des conceptions théoriques qui les opposent les uns aux autres, et le résultat est qu'aucune ligne jurisprudentielle claire ne se dégage ».

¹⁵⁰ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 33 : « la racine du mal se situe en amont, dans la rédaction des traités. Certains (...) on imposé la dualité de procédures en limitant la compétence du tribunal du traité aux *treaty claims*. La plupart des autres ont utilisé une formule générale, qui devrait normalement être interprétée de façon large, couvrant les *contract claims* ; mais en s'abstenant d'envisager les problèmes créés par la compétence parallèle, ou par la saisine parallèle, des tribunaux de l'Etat, ils ont en quelque sorte obligé les arbitres à recourir eux-mêmes à la distinction entre *contract claims* et *treaty claims*, comme moyen le plus simple (mais, j'espère l'avoir montré, pas le meilleur) de sauvegarder un certain rôle pour le tribunal du traité ».

réponse ressort des clauses de couverture, mais l'incertitude demeure sur l'effet même de telles clauses. Il convient, cependant, d'étudier la nature et la portée de ces dispositions.

PARAGRAPHE 2. UNE COUVERTURE CONVENTIONNELLE FAVORABLE AU CIRDI

La question des clauses parapluie¹⁵¹ est fondamentalement liée à celle de la distinction entre réclamations contractuelles et réclamations conventionnelles, comme le note Ibrahim Fadlallah :

« *L'umbrella clause*, entendue comme une clause du traité engageant l'Etat à respecter toutes ses obligations (sous-entendu : même contractuelles) envers l'investisseur, est inutile pour la compétence : elle n'a d'intérêt, à cet égard, que si l'on a admis au préalable la distinction selon le fondement des demandes »¹⁵².

Cependant, même si l'on pouvait penser que les clauses parapluie apporteraient la solution à la distinction entre *treaty claims* et *contract claims*, tel n'a pas été le cas, ces clauses constituant même le plus grand point de désaccord entre les décisions dans les affaires *SGS*¹⁵³. L'inclusion de clauses parapluie dans les conventions bilatérales d'investissement a, notamment, pour objet de simplifier le règlement des différends en accordant une compétence exclusive au *forum* prévu par le traité. Pourtant, l'on retrouve sur cette question les mêmes incertitudes et contradictions que sur la question de la distinction entre *treaty claim* et *contract claim*. Comme l'évoque Pierre Mayer :

« Ces clauses ont soulevé plus de problèmes qu'elles n'en ont résolu. Les tribunaux arbitraux se sont divisés, certains se refusant à leur faire produire quelque effet que ce soit¹⁵⁴, d'autres leur conférant la portée la plus large¹⁵⁵, d'autres encore leur attribuant une portée limitée, déduite de considérations variables d'une décision à l'autre¹⁵⁶ »¹⁵⁷.

¹⁵¹ Cette expression est apparemment née dans la bouche d'Ignaz Seidl-Hohenveldern en 1961 : I. Seidl-Hohenveldern, "The Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round Table", *Journal of Public Law*, vol. 10, 1961, p. 100 et s., p. 104. V. également A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434, p. 411.

¹⁵² I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 211.

¹⁵³ S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577.

¹⁵⁴ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

Ainsi, malgré les efforts de la doctrine¹⁵⁸ et l'insertion régulière d'une telle clause dans les traités (A), les arbitres n'ont-ils encore pu se mettre d'accord sur sa portée réelle (B).

A. Des clauses incertaines

Il n'existe pas une clause parapluie, mais de nombreuses clauses pouvant se classer dans cette catégorie, celles-ci n'ayant pas toutes le même effet. Même si l'on peut retenir la définition générique d'Ibrahim Fadlallah, selon laquelle il s'agit d'« une clause du traité engageant l'Etat à respecter toutes ses obligations (sous-entendu : mêmes contractuelles) envers l'investisseur »¹⁵⁹, cela ne doit pas faire oublier les nombreuses controverses doctrinales sur

¹⁵⁵ CIRDI *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004 ; CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005 ; CIRDI, *LG&E contre Argentine* (ARB/02/1), décision du 3 octobre 2006.

¹⁵⁶ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004 ; CIRDI, *El Paso contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006.

¹⁵⁷ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 11.

¹⁵⁸ V. not., P. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, t. 128, vol. III, 1970, pp. 95-240 ; C. Leben, "La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714 ; C. Schreuer, "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 2, 2004, pp. 231-256 ; A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434 ; T. Wälde, "The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/*Pacta sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 4, 2004, 48 p. ; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346 ; S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577 ; B. Kunoy, "Singing in the Rain - Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, n° 2, 2006, pp. 275-300 ; J. Wong, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2006, pp. 135-177 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; L. Halonen, "Containing the Scope of the Umbrella Clause" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 27-38 ; C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An 'Ordinary Meaning' Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the 'Umbrella Clause Debate'" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27 ; P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96 ; A. Reinisch, *Recent developments in international investment law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p. ; S. W. Schill, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 1-97 ; J. O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, XXXVIII-363 p.

¹⁵⁹ I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, pp. 210-211.

ses effets (2°) ou la variété même des clauses contenues dans les traités bilatéraux d'investissement (1°).

1°) Des clauses conventionnelles

Les clauses parapluie mentionnent, en général, que l'Etat « respectera toute obligation qu'[il] aura contracté en ce qui concerne les investissements »¹⁶⁰. Elles établissent ainsi une obligation internationale de respecter une obligation interne¹⁶¹.

On peut retracer l'origine de ce concept aux années 1950¹⁶². Il est l'œuvre d'Elihu Lauterpacht, qui s'est prononcé en faveur de l'existence d'une telle clause dans l'affaire de *l'Anglo-Iranian Oil Company* (ci-après AIOC)¹⁶³. Alors conseil de l'entreprise, qui avait été nationalisée par une loi iranienne de 1951¹⁶⁴ puis réinvestie dans ses droits, Elihu Lauterpacht cherchait à protéger le nouveau contrat de concession¹⁶⁵. Il a alors conseillé à l'AIOC de protéger son accord par une référence au droit international ou en :

¹⁶⁰ V. l'art. 10 du TBI Portugal – Italie.

¹⁶¹ Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30.

¹⁶² V. l'historique du concept, proposé in A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434 ; T. Wälde, "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/*Pacta sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 4, 2004, 48 p.. Apparemment, la clause aurait fait son apparition dès les années 1920 à propos d'une concession minière sur le territoire péruvien appartenant à une entreprise anglaise. Le Royaume-Uni et le Pérou avaient conclu un traité, prévoyant que le règlement des différends serait soumis à un tribunal arbitral ad hoc. L'objet du traité était donc surtout d'élever le statut des sentences arbitrales rendues entre un investisseur et le Pérou en obligations internationales, faisant de leur exécution une obligation internationale.

¹⁶³ A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434, p. 411, citant E. Lauterpacht, « Anglo-Iranian Oil Company Ltd Persian Settlement – Opinion », en particulier la p. 4 « *the idea that any contract made between, on the one hand, the Company and such other oil companies as may be concerned in the settlement, and NIOC and/or the Iranian Government on the other, shall be incorporated or referred to in a treaty between Iran and the United Kingdom in such a way that a breach of the contract of settlement shall be ipso facto deemed to be a breach of the treaty* ».

¹⁶⁴ G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, Stevens, Londres, 1969, XXIII-237 p., chapitre 6. V. également W. W. Bishop Jr, "The Anglo-Iranian Oil Company Case", *AJIL*, 1951, pp. 749-754 ; A. W. Ford, *The Anglo-Iranian Oil Dispute of 1951-1952*, University of California Press, Berkeley, 2003, XII-348 p. ; A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434 ; J. H. Bamberg, *The History of the British Petroleum Company*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, XXVI-639 p.

¹⁶⁵ A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

« *incorporating the settlement in a treaty which is automatically governed by international law* »¹⁶⁶.

Une protection parallèle par un traité contenant une clause parapluie fut ainsi suggérée par Elihu Lauterpacht en 1954, afin que tout contrat soit incorporé d'office dans le traité entre l'Iran et le Royaume-Uni et qu'ainsi les violations du contrat soient considérées *ipso facto* comme des violations du traité¹⁶⁷. De même, la concession ne se trouvait alors plus soumise exclusivement au droit iranien, qui était susceptible de modifications unilatérales découlant de la souveraineté de l'Etat. Cette internationalisation permettait ainsi plus de stabilité au contrat. Cependant, une telle clause ne fut pas intégrée dans le contrat¹⁶⁸.

Il faudra alors attendre le projet Abs-Shawcross¹⁶⁹ pour que la clause parapluie soit réellement matérialisée¹⁷⁰. Ce projet contenait, à son article II, une disposition faisant penser aux clauses parapluie que l'on retrouve dans les traités bilatéraux d'investissement :

« *Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other party* »¹⁷¹.

Cette clause a reçu un accueil mitigé, Hartley Shawcross affirmant qu'elle ne faisait que reprendre le plus élémentaire et le plus accepté du droit international¹⁷², d'autres évoquant explicitement le *pacta sunt servanda*¹⁷³ et d'autres encore, se montrant plus sceptiques,

¹⁶⁶ Notes et opinions d'Elihu Lauterpacht au sujet de l'« Anglo-Iranian Oil Company Ltd Persian Settlement », telles que reproduites in A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

¹⁶⁷ Il faut, toutefois, noter que AIOC n'avait aucun droit de recours international et qu'elle pouvait simplement demander au Royaume-Uni d'endosser sa plainte et d'exercer ainsi la protection diplomatique.

¹⁶⁸ Un projet de pipeline reprit l'idée d'Elihu Lauterpacht en 1956-57, mais le projet n'aboutit pas. V. A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434, p. 417. V. également J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

¹⁶⁹ V. *supra*, p. 72 et s.

¹⁷⁰ V. A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434, p. 417. V. également J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

¹⁷¹ V. l'art. II du Projet Abs-Shawcross sur l'investissement étranger, 1959. V. également l'article IV du Projet Abs de Convention internationale pour la protection mutuelle des droits de propriété privée dans les pays étrangers, 1956-1959 et le Projet Shawcross de Convention sur les investissements étrangers. V. également A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

¹⁷² H. Shawcross, "Le problème des investissements à l'étranger en droit international", *RCADI*, t. 102, I, 1962, pp. 365-393, p. 392 : il précise que la clause « cherche simplement à réaffirmer les principes admis les plus élémentaires et les plus fondamentaux en cette matière ».

¹⁷³ Charles Leben résume bien cette position, considérant qu'une « telle clause sonne curieusement, comme une déclaration redondante par laquelle l'Etat s'engage à respecter ses engagements contractuels, c'est-à-dire qu'il réaffirme que *pacta sunt servanda* » (C. Leben, "La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714, p. 708).

considérant qu'une telle clause s'éloignait profondément du droit existant ou qu'elle nuisait à l'équilibre des parties¹⁷⁴ et qu'elle :

« *tilt the balance in favour of the investor. Where non-international procedure and remedies for alleged breaches of non-international obligations exist. They should first be fully exhausted. [Article II aimed at] too high a degree of sacrosanctity of foreign investments* »¹⁷⁵.

Il demeure que ces clauses ont connu un large développement grâce aux traités bilatéraux d'investissement¹⁷⁶. En effet, dès le premier accord bilatéral, qui unissait l'Allemagne au Pakistan, une telle clause était incluse :

« *Each Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the Party* »¹⁷⁷.

Le Gouvernement allemand, informant le Parlement au sujet du traité, ne laissait d'ailleurs planer aucun doute sur l'effet d'une telle clause :

« *The violation of such an obligation [of an investment agreement] accordingly will also amount to a violation of the international legal obligation contained in the present treaty* »¹⁷⁸.

Cette clause a, ensuite, été reprise dans le Projet de Convention relative à la protection des biens étrangers de l'OCDE¹⁷⁹, ce qui explique très clairement son développement dans la

¹⁷⁴ A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434. V. également M. Brandon, "An International Investment Code: Current Plans", *Journal of Business Law*, 1959, p. 7 et s. ; S. D. Metzger, "Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment", *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 133 et s. ; A. A. Fatouros, "An International Code to Protect Private Investment-Proposals and Perspectives", *University of Toronto Law Journal*, vol. 14, 1961, p. 77 et s. ; I. Seidl-Hohenveldern, "The Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round Table", *Journal of Public Law*, vol. 10, 1961, p. 100 et s. ; H. Shawcross, "The Problems of Foreign Investment in International Law", *RCADI*, t. 102, vol. I, 1962, p. 335 et s. ; G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, Stevens, Londres, 1969, XXIII-237 p.

¹⁷⁵ G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, Stevens, Londres, 1969, XXIII-237 p., p. 155 et p. 160.

¹⁷⁶ Il faut, toutefois, noter qu'on retrouve des clauses similaires dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 14 décembre 1962 (« les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des Etats souverains ou entre de tels Etats seront respectés de bonne foi ») et même à l'art. premier, section 10, de la Constitution des Etats-Unis. Dans certains accords internationaux, cette clause représente une forme de « diplomatie économique » qui a vocation à répondre aux « soucis des Etats de retrouver une certaine sécurité juridique des relations économiques ». V. D. Berlin, *Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Thèse de doctorat, Paris, 1981, pp. 771 et s. ; W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

¹⁷⁷ Art. 7 du TBI Allemagne – Pakistan, 1959.

¹⁷⁸ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 154.

¹⁷⁹ A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434, p. 417. V. également W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106 ; J. B. Potts, "Stabilizing

pratique conventionnelle des Etats. L'article 2, qui évoquait le « Respect des engagements » disposait :

« Chacune des Parties assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des biens des ressortissants de toute autre Partie »¹⁸⁰.

Les Notes et Commentaires du Projet apportent quelques indications sur son sens et sa portée. Ainsi, est-il mentionné que cette disposition n'est qu'« une application du principe général « *pacta sunt servanda* » », règle fondamentale de tout système juridique qui trouve bien évidemment à s'appliquer aux contrats conclus entre Etats et ressortissants étrangers¹⁸¹. Il ressort, d'ailleurs, de ces Notes et Commentaires l'impression que les rédacteurs considèrent qu'une violation d'un contrat avec un étranger par un Etats est toujours une violation du droit international et que cet article 2 ne vient que le rappeler¹⁸². Quoiqu'il en soit, il demeure que cette disposition a, de plus, une portée très extensive, la notion de « bien » étant entendue « dans le sens le plus large du terme qui englobe les investissements sans se limiter à eux »¹⁸³.

De telles clauses se sont donc peu à peu développées dans la pratique conventionnelle des Etats et, même si elles n'ont pas le même caractère systématique que d'autres dispositions, on les retrouve aujourd'hui dans un grand nombre de traités bilatéraux d'investissement. Comme le note Joachim Karl :

« *the protection of such contracts is now a standard clause in bilateral investment agreements* »¹⁸⁴.

En 2006, l'OCDE estimait que sur 2500 traités bilatéraux d'investissement en vigueur, environ quarante pour cent contenaient une clause parapluie¹⁸⁵, alors que Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer évaluaient à mille le nombre d'accords incluant une telle clause en

the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

¹⁸⁰ Rés. du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, adoptée par le Conseil à la 150^{ème} séance, 12 octobre 1967, Texte accompagné de Notes et de Commentaires.

¹⁸¹ Les Notes et Commentaires évoquent, à cet égard, la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, en particulier ses décisions dans l'affaire des *Emprunts serbes et brésiliens*.

¹⁸² S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, p. 566.

¹⁸³ V. les Notes et Commentaires accompagnant l'article 2 de la Rés. du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, adoptée par le Conseil à la 150^{ème} séance, 12 octobre 1967.

¹⁸⁴ J. Karl, "The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 11, n° 1, 1996, pp. 1-36, p. 23.

¹⁸⁵ V. OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, 2006/3, Publications de l'OCDE, 2006, Paris, 29 p., p. 5. V. également J. Gill, M. Gearing et G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 396-412 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374 ; J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

2008¹⁸⁶. La pratique des Etats n'est donc pas uniforme à cet égard¹⁸⁷. Ainsi, certains Etats incluent régulièrement des clauses parapluie dans leurs traités bilatéraux d'investissement – la Suisse, les Pays-Bas, l'Allemagne et le Royaume-Uni – alors que d'autres – comme la Suède et le Canada – n'incluent que rarement de telles clauses. Par exemple, en 2006, sur 35 traités bilatéraux d'investissement français, seuls quatre contenaient une clause parapluie¹⁸⁸, tout comme cinq des 20 accords australiens¹⁸⁹ et 2 des neuf traités japonais¹⁹⁰. Certains Etats n'ont d'ailleurs jamais intégré de telle clause¹⁹¹ et d'autres, comme les Etats-Unis – dans son modèle de 2004 – ou la Colombie – dans son modèle de 2008 – y ont simplement renoncé, du fait, probablement, de la confusion qu'elles créaient.

Il faut d'ailleurs faire attention à la formulation de certaines clauses, qui ont beau ressembler à des clauses de respect des engagements, n'en sont pas réellement, du fait qu'elles ne contiennent qu'une simple obligation de moyen et n'ont pas de réelle portée contraignante. Un tribunal arbitral n'a d'ailleurs pas été dupe¹⁹² face à une telle « *soft clause* »¹⁹³ :

« *Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumptions with regard to each specific investor* »¹⁹⁴.

L'absence d'uniformité de la pratique conventionnelle des Etats ressort également de la formulation des clauses parapluie ou de leur place dans les accords bilatéraux d'investissement¹⁹⁵. En effet, tant entre les modèles d'accords qu'entre différentes conventions conclues par un même Etat, on peut noter un certain nombre de différences.

¹⁸⁶ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 153.

¹⁸⁷ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67, p. 11 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 153.

¹⁸⁸ V. OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, 2006/3, Publications de l'OCDE, 2006, Paris, 29 p., p. 5. V. également l'art. 3 du TBI France - Hong Kong, 1995, l'art. 2 du TBI France - Pérou, 1993, l'art. 8 du TBI France - Russie, 1989 et l'art. 2(2) du TBI France - Yémen, 1984.

¹⁸⁹ V. les accords conclus par l'Australie avec le Chili (art. 11 du traité de 1996), la Chine (art. 11 du traité de 1988), Hong Kong (l'art. 2(2) de l'accord de 1993), Papouasie Nouvelle Guinée (art. 11 du traité de 1990) et, enfin, la Pologne (art. 10 du traité de 1991).

¹⁹⁰ V. les traités conclus par le Japon, d'une part, et Hong Kong (art. 2(3) du traité de 1997) et la Russie (art. 3(3) de traité de 1998) d'autre part.

¹⁹¹ C'est le cas, not., du Canada, qui n'a jamais inclus de clause parapluie dans ses traités bilatéraux d'investissement. V. OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, 2006/3, Publications de l'OCDE, 2006, Paris, 29 p., p. 6.

¹⁹² CIRDI *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004.

¹⁹³ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67, p. 13.

¹⁹⁴ Art. 2 (4) du TBI Italie - Jordanie, 1996.

¹⁹⁵ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67, p. 11.

Tout d'abord, le respect des engagements peut faire l'objet d'une clause autonome ou être inclus dans une disposition regroupant plusieurs obligations, relative, par exemple, au traitement de l'investissement ou à sa protection¹⁹⁶. Ainsi, l'accord entre la Colombie et le Pérou fait référence au respect des engagements dans son article 3 relatif au traitement des investissements¹⁹⁷ ; le modèle allemand de 2005 l'inclut parmi les « autres dispositions » à son article 7 ; le modèle anglais, dans son article 2 relatif à la promotion et à la protection des investissements¹⁹⁸ ; et le modèle néerlandais de 1997, dans son article 3 avec le traitement juste et équitable, la pleine et entière protection et sécurité, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée.

Parallèlement, il est intéressant d'analyser la structure du traité bilatéral d'investissement et la place qu'il accorde à la clause parapluie. Certains accords vont l'intégrer dans le cadre des dispositions substantielles de protection de l'investissement¹⁹⁹ ; d'autres, au contraire, vont séparer la clause des dispositions substantielles, en l'insérant dans une partie consacrée aux « autres engagements », située soit avant les dispositions relatives au règlement des différends²⁰⁰, soit après²⁰¹. L'effet de la position de la clause parapluie demeure incertain. Même si cette place pourra être analysée par les tribunaux arbitraux auxquels sont soumis de telles clauses, il n'est pas évident que l'effet d'une telle analyse soit décisif²⁰².

¹⁹⁶ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67, p. 12 : « In a number of States' BITs, there are separate, nominated observance of obligations clauses. Certain, Swiss BITs, for example, tend to have explicit « Observance of Commitments » clauses. In many, and perhaps most, other BITs, these clauses are found grouped with other commitments under a variety of headings. For example, the observance of obligations clause in the Bolivia-Peru BIT appears in a provision titled « Trato Mas Favorable » (« Most Favourable Treatment »). In U. K. BITs, the observance of obligations clause tends to appear in a provision titled « Promotion and Protection of Investment », while later U.S. BITs grouped the provision with other general treatment obligations in untitled sections of the treaty. India and Mauritius placed their umbrella clause in a provision titled « Applicable Laws » (references omises).

¹⁹⁷ V. l'art. 3 (3) du TBI Colombie – Pérou, 1994 : « Chaque Partie contractante respecte tous autres engagements contractés concernant les investissements de ressortissants ou d'entreprises de l'autre Partie contractante sur son territoire ».

¹⁹⁸ V. l'art. 2 du modèle anglais de 2006. V. également, par ex., l'art. 2 du TBI Royaume-Uni – Vietnam, 2002.

¹⁹⁹ V. not., l'art. 3 du modèle néerlandais de traités bilatéraux d'investissement, ainsi que les accords conclus par le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande, le Japon, la Suède et les anciens modèles américains.

²⁰⁰ V., par ex., l'art. 8 du modèle allemand.

²⁰¹ V. not., les modèles suisse, finlandais, grec, ainsi que les accords conclus par le Mexique.

²⁰² Dans l'affaire *SGS contre Pakistan* (CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003), le Tribunal a considéré que l'insertion de la clause à la fin du traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et le Pakistan révélait l'intention des parties de ne pas faire de cette disposition une obligation substantielle, sans quoi elles l'auraient placée dans le cadre des obligations qualifiées de « first order ». Récemment, voir CIRDI, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. contre Paraguay* (ARB/07/9), décision sur la compétence, 29 mai 2009, paragraphe 141. Au contraire, dans l'affaire *SGS contre Philippines* (CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004), le tribunal a conclu que même si la position de la clause avait une certaine importance – « entitled to some weight » - il ne s'agissait pas d'un critère décisif dans l'évaluation de sa portée, insistant sur l'effet utile de la clause : « it is difficult to accept that the same language in other Philippines BITs is legally operative, but that it is legally inoperative in the Swiss-Philippines BIT merely because of its location ».

Ensuite, certains accords feront référence aux investissements – comme les clauses parapluie contenues dans les précédents modèles américains – alors que d’autres accords feront référence aux investisseurs²⁰³ – comme les traités conclus par la Belgique.

De même, des traités évoqueront parfois des engagements spécifiques, alors que d’autres mentionneront les obligations en général²⁰⁴. Par exemple, la Suisse privilégie la protection spécifique :

« Chaque Partie contractante se conformera à toute obligation qu’elle a spécifiquement contractée à l’égard des investissements de l’autre Partie contractante »²⁰⁵.

D’autres accords seront encore plus précis, faisant référence uniquement à « l’engagement écrit donné par une autorité compétente »²⁰⁶ ou aux investissements consentis²⁰⁷ ou encore :

« Chaque Partie se conformera à toute obligation découlant d’un accord passé par écrit par son gouvernement central, ou ses organismes, avec un investisseur de l’autre Partie en ce qui concerne un investissement spécifique, et à laquelle l’investisseur pouvait se fier de bonne foi en effectuant, en acquérant ou en accroissant l’investissement »²⁰⁸.

A l’inverse, le modèle allemand de 2008 fait référence à tous les engagements, tout comme le modèle chinois de 2003²⁰⁹ :

« Chaque Etat contractant respecte tout autre engagement qu’il a contracté au sujet des investissements, sur son territoire, des investisseurs de l’autre Etat contractant »²¹⁰.

Les obligations alors imposées sont très larges, étant donné que ces clauses sont obligatoires et qu’elles recouvrent « *any obligation* », donc toute obligation relative aux investissements²¹¹. Les modèles américains de 1983²¹², 1984²¹³ et 1987²¹⁴ contenaient

²⁰³ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ Art. 8, relatif aux « Autres engagements » du TBI Suisse – Chine, 2009. V. également l’art. 9 du TBI Suisse – Syrie, 2007 : « Chaque Partie contractante se conformera à toute autre obligation à laquelle elle a souscrit à l’égard d’un investissement spécifique d’un investisseur de l’autre Partie contractante ».

²⁰⁶ V. l’art. 10 du TBI Australie – Pologne, 1991.

²⁰⁷ V. l’art. 10 du TBI Allemagne – Chine, 2003 : « Chaque Partie contractante devra respecter toute autre obligation qu’elle a souscrite dans le cadre d’investissements consentis sur son territoire par des investisseurs de l’autre Partie contractante ».

²⁰⁸ Art. 10 du TBI Suisse – Colombie, 2006.

²⁰⁹ V. l’art. 10 – *Other obligations* – du modèle chinois de 2003 : « *Each Contracting Party shall observe any commitments it may have entered into with the investors of the other Contracting Party as regards to their investments.* ».

²¹⁰ Art. 7(2) – *Other provisions* – du modèle allemand de traité concernant l’encouragement et la protection réciproque des investissements. V. également l’art. 11 – « Application d’autres dispositions » - paragraphe 2 du TBI Allemagne - Guinée, 2006 ; l’art. 3 du modèle néerlandais de 1997 et l’art. 3 du TBI Pays-Bas – Mali, 2003.

²¹¹ Dans l’affaire S.A., *Eureka contre Pologne* (sentence partielle, 19 août 2005, paragraphe 246), le tribunal a noté que : « « Any » obligation is capacious ; it means not only obligations of a certain type, but « any » - that is to say, all – obligations ».

²¹² V. l’art. II (4) du modèle américain de 1983 : « *Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investors or nationals or companies of the other Party.* ».

également des clauses parapluie²¹⁵, construites sur ce même modèle très large, tout comme les accords conclus par le Royaume-Uni²¹⁶. Il est, néanmoins, intéressant de constater que le modèle américain, qui contenait donc traditionnellement une clause parapluie, y a renoncé dans ses versions de 2004 et de 2012. Ils se contentent de prévoir l'application du traité pour les accords relatifs aux investissements – « accord d'investissement » ou « *investment agreement* » – et non pas pour l'ensemble des obligations contractuelles. Cet « *investment agreement* » est défini, à l'article 1 du modèle, comme :

« un accord écrit qui prend effet à la date d'entrée en vigueur du présent accord ou ultérieurement, liant une autorité nationale d'une Partie et un investissement couvert ou un investisseur de l'autre Partie, octroyant des droits à l'investissement couvert ou à l'investissement :

- (a) sur des ressources naturelles ou sur d'autres avoirs placés sous le contrôle de l'autorité nationale ; et
- (b) desquels l'investissement couvert ou l'investisseur dépend pour établir ou acquérir un investissement couvert autre que l'accord écrit lui-même »²¹⁷.

Le modèle américain, sans réellement inclure de clause parapluie, fait donc référence à cet « *investment agreement* » au regard des modalités de règlement des différends. Ainsi est-il prévu la possibilité d'un arbitrage international en cas de litige né de la violation de l'accord d'investissement²¹⁸ et il est précisé, à l'article 26 que :

« Aucune plainte ne pourra être soumise à l'arbitrage, au titre de la présente section à moins que : (...)

b) la notification d'arbitrage soit accompagnée,

- i) s'agissant de plaintes soumises en vertu de l'article 24 (1)a), d'une déclaration écrite de renonciation de la part du requérant (...) de tout droit d'engager ou de continuer, devant une cour ou un tribunal administratif aux termes de la législation interne de l'une ou l'autre Partie, ou devant d'autres procédures de règlement des différends, des poursuites se rapportant à toute mesure présumée constituer un manquement visé à l'article 24 »²¹⁹.

Cette approche, qualifiée d'approche procédurale, avait été discutée lors des négociations de l'Accord multilatéral sur l'investissement. Elle permet de définir plus précisément la couverture accordée aux engagements contractuels, en autorisant explicitement l'investisseur

²¹³ V. l'art. II(2) du modèle américain de 1984 : « *Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.* ».

²¹⁴ V. l'art. II(2) du modèle américain de 1987.

²¹⁵ J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

²¹⁶ V., par ex., le premier TBI Royaume-Uni – Egypte (1975) : « *Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.* ».

²¹⁷ Art. premiers des modèles américains de 2004 et de 2012 (références omises).

²¹⁸ V. les art. 24(1) des modèles américains de 2004 et de 2012 : « la partie requérante peut soumettre (...) une plainte à l'arbitrage aux termes de la présente section selon laquelle (...) la partie défenderesse a manqué à (...) c) un accord d'investissement ».

²¹⁹ Art. 26 des modèles américains de 2004 et de 2012.

à soumettre à l'arbitrage mixte prévu par le traité les litiges contractuels ou liés à une autorisation d'investissement²²⁰.

Enfin, la force obligatoire d'une telle disposition ne sera pas la même en fonction des formulations utilisées. Certains évoqueront l'obligation de se conformer ou de respecter, en employant le présent de l'indicatif²²¹, montrant bien la force contraignante d'une telle disposition. Par exemple, le modèle anglais de 2006 ne laisse planer aucun doute sur le caractère obligatoire de sa clause parapluie :

« Chaque Partie contractante respecte toute obligation qu'elle est susceptible d'avoir contractée en ce qui concerne les investissements de ressortissants ou d'entreprises de l'autre Partie contractante »²²².

D'autres modèles privilégient une approche plus souple, soumettant l'obligation de respecter les engagements pris à l'application de la législation nationale. C'est notamment le cas du traité bilatéral d'investissement unissant l'Australie et la Pologne :

« Chaque Partie contractante fera, sous réserve de sa législation, tout ce qui est en son pouvoir pour que soit respecté tout engagement écrit donné par une autorité compétente à un ressortissant de l'autre Partie »²²³.

Il demeure que, même s'il existe un grand nombre de divergences dans la formulation de ces clauses, ces différences n'ont en général pas d'effet réel sur la portée de la clause, les éléments fondamentaux étant en général identiques²²⁴.

2°) Un objet de controverses

Malgré le fait que cette clause soit apparue relativement tôt, des problèmes concernant sa nature et sa portée se posent encore. Il est même difficile de lui trouver une terminologie appropriée, plusieurs expressions – comme « clause d'effet miroir », « clause de couverture »,

²²⁰ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, pp. 90-92.

²²¹ V., par ex., l'art. 3 (3) du TBI Colombie – Pérou, 1994 ; l'art. 7(2) – *Other provisions* – du modèle allemand de traité concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements ; l'art. 11 – « Application d'autres dispositions » - paragraphe 2 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

²²² Art. 2 du modèle anglais de 2006. V. également, par ex., l'art. 2 du TBI Royaume-Uni – Vietnam, 2002.

²²³ Art. 10 du TBI Australie – Pologne, 1991.

²²⁴ J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67.

« *elevator* », « *sanctity* » ou « *parallel effect* » ou encore « *pacta sunt servanda clause* »²²⁵ etc... – étant utilisées²²⁶. Selon la conception traditionnelle, une telle clause aurait pour effet que toute violation d'une obligation contenue dans un contrat revienne à une violation du traité contenant la clause parapluie²²⁷.

Par exemple, Prosper Weil, dans son cours à l'Académie de La Haye, fait référence au « traité de couverture » et l'explique comme faisant :

« de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'Etat contractant envers l'Etat national du contractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, « l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité »²²⁸ ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'Etat contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'Etat national du cocontractant »²²⁹.

Déjà en 1969, Prosper Weil considèrerait donc qu'une violation du contrat pouvait être élevée au rang de réclamation conventionnelle, du fait de sa transformation née de la clause de couverture contenue dans le traité²³⁰.

La question de leur nature et de leur portée a, en tout cas, soulevé de nombreux débats dans la doctrine et les incertitudes demeurent.

Ces clauses ont été interprétées par certains comme effectuant un renvoi du traité au contrat, mais la portée de ce renvoi demeure difficile à déterminer. La nature des renvois est précisée par Dioniso Anzilotti :

« Un ordre juridique peut se référer à un autre ordre juridique, il en est ainsi de deux façons différentes suivant que le rattachement implique réception de normes en vigueur dans l'ordre étranger, normes qui deviennent ainsi des normes propres à l'ordre qui les reçoit ; ou bien il peut y avoir simplement recours aux règles juridiques d'un autre ordre, comme telles et parce que telles, dans le seul but de faire de ces règles la condition d'application de ses propres normes. Dans le premier cas on parle

²²⁵ A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p., p. 69.

²²⁶ A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.

²²⁷ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254 ; A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434 ; T. Wälde, "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/*Pacta sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, 2004, 48 p. ; A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p., p. 69.

²²⁸ CDI, "Responsabilité internationale : quatrième rapport de F. V. Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, Document A/CN.4/119, 1959, pp. 1-36, paragraphe 98.

²²⁹ P. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, t. 128, vol. III, 1970, pp. 94-240, p. 130.

²³⁰ V. également L. Oppenheim, R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law (9ème éd.)*, Longman, Londres, 1992, LXXXVI-1333 p., p. 927.

de renvoi réceptif ou matériel ; dans le second cas on parle de renvoi non réceptif ou formel »²³¹.

Il précise ensuite le caractère non réceptif :

« le renvoi qu'un ordre juridique fait à des normes d'un autre ordre juridique est fondé sur l'idée que ces normes sont et demeurent des normes propres de l'ordre auquel on renvoie et que c'est en vue de l'existence de ces normes dans ledit ordre, en tant que tel, que certaines règles sont applicables »²³².

D'autres se sont davantage interrogés sur les effets de ces clauses, considérant l'objet de celles-ci, à savoir la protection du contrat. Il a alors été pris le parti de considérer que les clauses parapluie effectuaient ce qu'Anzilotti qualifierait de renvoi réceptif, l'obligation contractuelle se transformant par l'effet de la clause en obligation conventionnelle :

*« Under this clause, a party's breach of an investment agreement with an investor becomes a breach of the BIT, for which the investor or its state may seek a remedy under the investor-to-state or state-to-state dispute procedures. In effect this clause authorises use of the BIT's disputes procedures to enforce investment agreements between the investor and the host state »*²³³.

Certains ont considéré que cet effet devait s'appliquer de façon générale, les obligations contractuelles étant systématiquement couvertes contre tout agissement de l'Etat :

*« this is a provision of particular importance in that it protects the investor against any interference with his contractual rights, whether it results from a mere breach of contract or a legislative or administrative act, and independently of the question whether or no such interference amounts to expropriation. The variation of the terms of a contract or license by legislative measures, the termination of the contract or the failure to perform any of its terms, for instance, by non-payment, the dissolution of the local company with which the investor may have contracted and the transfer of its assets (with or without the liabilities) – these and similar acts the treaties render wrongful »*²³⁴.

Dès lors, l'objet des clauses parapluie est bien d'élever ou de transformer les réclamations contractuelles en violations du traité. Cela correspond d'ailleurs à la volonté des parties et à la

²³¹ D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueil Sirey, Paris, 1929, XII-534 p., p. 59.

²³² *Ibid.*, p. 61. V. également, sur la notion de renvoi, H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, XXXIII-516 p., pp. 243-248.

²³³ K. J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1992, XIII-232 p., p. 78. V. également K. S. Gudgeon, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards", *International Tax & Business Law*, vol. 4, 1986, p. 105 et s..

²³⁴ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254.

formulation de ces clauses²³⁵. Emmanuel Gaillard se fonde sur un examen historique des clauses parapluie pour conclure qu'il s'agit bien de l'intention des parties :

« An historical examination of the origins of the observance of undertaking clauses shows in the clearest manner that the intention of [the] State negotiating and drafting such clauses is to permit a breach of contract to be effectively characterised as the breach of an international treaty obligation »²³⁶.

De la même façon, Christoph Schreuer note que les clauses parapluie :

« have been added to some BITs to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards. They are often referred to as umbrella clauses because they put contractual commitment under the BIT's protective umbrella. They add the compliance with investment contracts, or other undertakings of the host State, to the BIT's substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT »²³⁷.

Plus récemment, Stanimir Alexandrov se prononce clairement pour donner leur plein effet aux clauses parapluie, notant que c'est leur objectif même de transformer les obligations assumées par l'Etat en obligations conventionnelles :

« the very purpose and the effect of an umbrella clause in an investment treaty is to transform breaches of obligations the State has undertaken with respect to the foreign investor and its investment, including contractual obligations, into treaty breaches »²³⁸.

D'autres, au contraire, ont considéré qu'une telle clause devait avoir une portée plus limitée. Cela se justifierait au regard de l'histoire de ces clauses, celles-ci ayant fait leur apparition à un moment où le règlement juridictionnel international n'était qu'interétatique. Comme le note Thomas Wälde, critiquant la formulation des clauses parapluie :

²³⁵ Stanimir Alexandrov note que : *« It should hardly come as a surprise that States may wish to agree in an investment treaty to consider all contractual breaches, or breaches of other obligations undertaken by the State with respect to foreign investors, as treaty breaches »* in S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, p. 565.

²³⁶ E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346, p. 345. V. également J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

²³⁷ C. Schreuer, "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 2, 2004, pp. 231-256, p. 250. V. également R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., pp. 81-82: les clauses parapluie *« seek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importances because it protects the investor's contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts, and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitutes breaches of an international obligation »*.

²³⁸ S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, p. 556.

« the language is quite poorly drafted, it was drafted as such, because originally that poor language was used in an intergovernmental system that existed with political and diplomatic screenings »²³⁹.

Cependant, dès lors que l'arbitrage transnational – impliquant une personne privée – est admis sur une base régulière, voire systématique, les clauses parapluie acquièrent une portée qui ne correspond plus nécessairement à la volonté de leurs auteurs. Surtout, elles ouvrent alors les portes du CIRDI à un très grand nombre de requérants, limitant proportionnellement la liberté des Etats. Plusieurs options ont alors été envisagées pour réduire le champ de telles clauses.

James Crawford propose ainsi de donner effet aux clauses parapluie pour permettre le recours à l'arbitrage international, mais sans pour autant transformer les réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles, le droit applicable au différend demeurant inchangé du fait de la clause :

« the claims are still contractual and they are still governed by their own applicable law. The distinction between treaty and contract is maintained. The purpose of the umbrella clause is to allow enforcement without internationalization and without transforming the character and content of the underlying obligation (...) the umbrella clause is an extra mechanism for the enforcement of claims »²⁴⁰.

Certains ont, de plus, voulu limiter l'application de la clause parapluie aux cas où la violation par l'Etat de ses obligations contractuelles résultait de l'usage de ses prérogatives de puissance publique pour échapper à ses obligations contractuelles. Dans le cas contraire,

« If the core or the centre of gravity of a dispute is not about the exercise of governmental powers (...) but about « normal » contract disputes, then the BIT and the umbrella clause has no role »²⁴¹.

Parallèlement, Muthucumaraswamy Sornarajah considère que la clause parapluie est l'expression même des ambitions néo-libérales de l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement et, qu'à défaut d'une interprétation restrictive de celles-ci, il faut donc prêter une grande attention à la rédaction de telles clauses, pour éviter que ne soient exclues d'office les clauses compromissaires contenues dans les contrats d'investissement²⁴².

Plusieurs risques apparaissent, en effet, si l'on admet une interprétation trop large des clauses parapluie, comme transformant systématiquement toutes les obligations contractuelles en obligations conventionnelles. Cela pourrait, par exemple, avoir pour effet de permettre à

²³⁹ T. Wälde, "Where's My Umbrella? A Look Inside the Umbrella Clause - Panel Discussion" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, New York, 2008, pp. 39-57, p. 51.

²⁴⁰ J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374, p. 371.

²⁴¹ T. Wälde, "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 4, 2004, 48 p.

²⁴² M. Sornarajah, "The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 273-296, pp. 290-291.

l'investisseur d'échapper à la clause compromissaire, contenue dans le contrat et prévoyant souvent la compétence exclusive d'un tribunal, qu'il avait précédemment négocié avec l'Etat ; ou encore d'ouvrir le CIRDI à un trop grand nombre de recours individuels concernant des montants dérisoires ou de nuire à la souveraineté de l'Etat qui verrait sa responsabilité internationale continuellement engagée²⁴³. La CNUCED note ainsi que :

« the language of the provision is so broad that it could cover all kinds of obligations, explicit or implied, contractual or non-contractual, undertaken with respect to investment generally. A provision of this kind might possibly alter the legal regime and make the agreement subject to the rules of international law »²⁴⁴.

Ce problème lié à l'équilibre des engagements est inhérent aux clauses parapluie contenues dans les traités, étant donné que celles-ci créent un engagement unilatéral de la part de l'Etat, excluant le cas d'une violation par l'investisseur de ses obligations. Or, pour pallier le caractère excessivement favorable à l'investisseur de telles clauses, Walid Ben Hamida ne propose pas d'adopter une interprétation stricte, mais que l'Etat soit :

« autorisé à introduire des demandes reconventionnelles contractuelles en dépit du caractère unilatéral de la clause »²⁴⁵.

Pourtant, certains considèrent qu'il est bien dans l'intérêt de l'Etat – au moins économiquement – de respecter ses engagements et d'élever les réclamations contractuelles au niveau international, si l'on se place dans la perspective de l'attractivité pour les capitaux étrangers. Ces clauses ne font alors que mettre en œuvre l'objectif de promotion des investissements. Stephan Schill met ainsi en lumière les effets néfastes d'une approche dualiste et la nécessité de donner leur plein effet aux clauses parapluie :

« The dualist approach (...) fails to grasp the economic objective of investor-State cooperation to achieve cost-efficient bargains by attenuating the State's capacity to make credible and enforceable commitments and thus increases the cost of contracting with a sovereign. (...) Umbrella clauses [break] with the dualist framework and its limited protection of contracts under customary international law. (...) the function of the clauses consists of stabilizing investor-State relations by opening recourse to dispute settlement by arbitral tribunals for breaches of specific and individual promises made by the State vis-à-vis investors.

²⁴³ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, paragraphe 95. V. également J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

²⁴⁴ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p., p. 56.

²⁴⁵ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, p. 95.

Umbrella clauses (...) allow investors to bring any claim for the breach of an investment-related promise made by the host State under the jurisdiction of a treaty-based tribunal. Umbrella clauses thereby enable « private ordering » in investor-State relations by preventing host States from acting opportunistically in renegeing on their initial promises »²⁴⁶.

Ces nombreuses incertitudes ont, toutefois, attiré les foudres d'une partie de la doctrine, qui reproche à ces clauses leur « caractère artificiel »²⁴⁷ :

« Elles prétendent doubler l'engagement, contractuel ou résultant d'une mesure unilatérale, de l'Etat envers l'investisseur, par un engagement d'Etat à Etat. Mais en réalité, c'est encore l'investisseur qui est le bénéficiaire de la clause, car c'est lui qui l'invoquera devant le tribunal du traité. On s'est donc borné à répéter un engagement pris par ailleurs (soit avant, soit après), la seule différence étant que l'une des versions figure dans un contrat et l'autre dans un traité, et ce avec pour seul objectif de permettre à l'investisseur d'invoquer l'engagement, en fait unique, devant le tribunal du traité. Ce résultat pouvait être atteint plus directement, en permettant à l'investisseur d'invoquer les violations du contrat, en tant que telle devant le tribunal du traité. Aucun obstacle théorique ne s'y oppose²⁴⁸ »²⁴⁹.

Loin d'obliger à restreindre l'interprétation des clauses parapluie, les nombreux enjeux mis en lumière par les controverses doctrinales, ainsi que l'absence d'uniformité dans la pratique conventionnelle d'un Etat, impliquent l'obligation pour les arbitres d'être particulièrement attentifs, dans l'interprétation de ces dispositions, aux termes employés, ainsi qu'au contexte pour pouvoir dégager précisément l'intention des parties. Il semble, dès lors, qu'on ne puisse avoir une interprétation générale, *in abstracto*, des clauses parapluie, mais qu'il faille adopter une approche casuistique, dépendant dans chaque cas de la disposition en cause. Néanmoins, l'affirmation des nécessaires précautions à prendre dans l'interprétation de ces clauses ne justifie pas pour autant les importantes divergences dans la jurisprudence arbitrale.

²⁴⁶ S. W. Schill, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 1-97, pp. 1-2. V. également l'analyse économique des clauses parapluie qu'il propose.

²⁴⁷ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 11.

²⁴⁸ Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'une interprétation large des clauses juridictionnelles. V., par ex., C. Schreuer, "The Coexistence of Local and International Law Remedies", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 4, 2005, p. 10 et s. ; I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218 ; S. Lemaire, "Treaty claims et contract claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat", *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 353 et s., spéc. n° 66 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., § 4.111 ; J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374, p. 351.

²⁴⁹ P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96, paragraphe 11.

B. Une jurisprudence hésitante

Les nombreuses controverses doctrinales qui animent le débat sur les clauses parapluie se retrouvent dans la jurisprudence arbitrale et aboutissent à un certain nombre de contradictions. Depuis leur apparition dans l'affaire *Fedax*²⁵⁰, les questions sont nombreuses quant à la nature et à la portée de ces clauses et ne trouvent pas une réponse unanime, tant en ce qui concerne leur champ d'application (1°) que leur effet (2°).

1°) Une hésitation quant à leur domaine d'application

Si une grande partie de la doctrine semble s'accorder sur une telle interprétation, ce n'est pas le cas de la jurisprudence du CIRDI qui révèle des contradictions. De telles contrariétés pourraient se justifier, dans une certaine mesure, par la diversité des clauses parapluie – et autres – incluses dans les traités bilatéraux d'investissement. Par exemple, elles n'auront pas toutes la même force contraignante et certaines clauses, n'étant que des obligations de moyens, ne peuvent même pas tomber dans la catégorie des clauses parapluie²⁵¹. C'est ce qu'a, en tout cas, considéré le Tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Salini contre Jordanie*, déclinant même la qualification de clause parapluie²⁵².

Cependant, la plupart des clauses parapluie sont construites sur un modèle relativement constant, qui n'altère pas réellement leurs effets. A cet égard, il est intéressant de s'interroger sur le domaine d'application des clauses parapluie. Il est souvent fait référence à « toute obligation », ce qui laisserait à penser que cela recouvre tous les engagements, tant de nature unilatérale que bilatérale, écrit ou non écrit et même précontractuels. Ainsi, par exemple, Frederick A. Mann a une vision très large des engagements visés comme recoupant tant les engagements écrits que non écrits et même les engagements implicites :

²⁵⁰ CIRDI, *Fedax N. V. contre Venezuela* (ARB/96/3), sentence du 9 mars 1998.

²⁵¹ J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

²⁵² C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27.

« *This obligation may be expressed or implied ; it may be in writing or oral* »²⁵³.

Cela dépendra bien évidemment de la définition qu'on retient du terme « engagement ». Or, comme le note Walid Ben Hamida :

« Si l'on admet que le terme « engagement » vise tout acte par lequel l'Etat exprime sa volonté de se lier juridiquement à l'égard d'un investisseur étranger, il n'y a aucune raison d'exclure les engagements précontractuels ou les engagements oraux de son emprise »²⁵⁴.

En l'absence de plus de précision dans le traité, le tribunal sera libre de forger sa propre définition de l'« engagement » et pourra lui donner une portée plus ou moins large. Traditionnellement, on considère que les clauses parapluie visent les contrats, la législation relative aux investissements, ainsi que les traités internationaux²⁵⁵.

La question s'est surtout posée de savoir si les clauses parapluie n'ont vocation qu'à s'appliquer aux engagements contractuels ou si elles s'appliquent également aux actes unilatéraux des Etats²⁵⁶. Comme cela a été affirmé par la Cour internationale de Justice, l'Etat peut très bien s'engager au travers d'actes unilatéraux :

« Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quant l'Etat auteur de la déclaration entend être lié conformément à ces termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'Etat intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire. Dans ces conditions, aucune contrepartie n'est nécessaire pour que la déclaration prenne effet, non plus qu'une acceptation ultérieure ni même une réplique ou une réaction d'autres Etats, car cela serait incompatible avec la nature strictement unilatérale de l'acte juridique par lequel l'Etat s'est prononcé »²⁵⁷.

²⁵³ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254, p. 246.

²⁵⁴ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, p. 57.

²⁵⁵ V., à cet égard, les discussions ayant entouré le Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement in OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Publications de l'OCDE, Paris, 1996, 180 p. V. également W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

²⁵⁶ C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27, pp. 14-20 ; M. C. Grison Salias, "Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings ? " in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch and S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 490-496.

²⁵⁷ CIJ, *Affaire des Essais Nucléaires (Australie / Nouvelle-Zélande contre France)*, arrêt du 20 décembre 1974, *CIJ Rec.* 1974, p. 457, paragraphe 46.

Or, ces actes unilatéraux de l'Etat sont très présents en droit international des investissements, l'Etat adoptant souvent des codes d'investissements, très favorables aux investisseurs, ou faisant des déclarations publiques affirmant sa détermination à attirer les investissements et promettant des mesures incitatives en contrepartie. Dès lors, l'Etat s'oblige par ses propres engagements, comme a pu l'affirmer la doctrine :

« Where a host state which seeks foreign investment acts intentionally, so as to create expectations in potential investors with respect to particular treatment or comportment, the host state should (...) be bound by the commitments and the investor is entitled to rely upon them »²⁵⁸.

Là encore, l'interprétation des tribunaux arbitraux n'a pu s'accorder sur l'effet exact des clauses parapluie sur les engagements unilatéraux. Alors que le Tribunal dans l'affaire *SGS contre Pakistan* a eu une interprétation extensive des actes unilatéraux couverts par la clause de respect des engagements²⁵⁹, le Tribunal, dans l'affaire *SGS contre Philippines* a eu une approche plus mesurée :

« It is true that Article X (2) of the Swiss-Philippines BIT likewise is not limited to contractual obligations. But it is limited to « obligations (...) assumed with regard to specific investments ». For Article X (2) to be applicable, the host State must have assumed a legal obligation, and it must have been assumed vis-à-vis the specific investment – not as a matter of the application of some legal obligation of a general character. This is very far from elevating to the international level all « the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party »²⁶⁰.

Ces décisions contradictoires sont dans la droite ligne des interprétations des clauses parapluie et ont le même objectif : éviter d'étendre à l'infini la responsabilité internationale de l'Etat. Soit on admet que les actes unilatéraux sont considérés comme des engagements couverts par la clause de couverture, mais on refuse leur élévation au rang d'obligation internationale ; soit on accepte leur élévation, mais on limite le champ des obligations couvertes. Il faut, toutefois, noter que, dans la majorité des cas, les tribunaux acceptent d'appliquer les clauses parapluie aux actes unilatéraux des Etats. Ce n'est que la formulation restrictive de la clause parapluie dans le traité bilatéral d'investissement entre la Suisse et les Philippines – faisant référence aux « *specific investments* » – qui s'est opposée à une telle interprétation. Encore une fois,

²⁵⁸ W. M. Reisman et M. H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 328-343, p. 342.

²⁵⁹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 166 : « *The « commitments » the observance of which a Contracting Party is to « constantly guarantee » are not limited to contractual commitments. The commitments referred to may be embedded in e.g. the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party* ». V. également CIRDI, *LG&E contre Argentine* (ARB/02/1), décision du 3 octobre 2006, paragraphe 175 ; CIRDI, *Enron contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphes 274-277 ; CIRDI, *Noble Energy contre Equateur* (ARB/05/12), décision sur la compétence du 5 mars 2008, paragraphe 157.

²⁶⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 121.

l'interprétation des clauses parapluie doit se faire au regard du sens ordinaire des termes employés, comme l'a fait le Tribunal dans l'affaire *Noble Ventures* :

« it is difficult not to regard this as a clear reference to investment contracts. In fact, one may ask what other obligations can the parties have had in mind as having been « entered into » by a host State with regard to an investment. The employment of the notion « entered into » indicates that specific commitments are referred to and not general commitments, for example by way of legislative acts. This is also the reason why Article II (2) (c) would be very much an empty base unless understood as referring to contracts »²⁶¹.

La question du sens ordinaire des mots vient ici soulever une nouvelle question, celle du lien de connexité entre l'investissement et l'engagement²⁶². En effet, les engagements indéterminés ne seront pas visés, seuls ceux en relation avec l'investissement pouvant être inclus. A cet égard, l'on s'est demandé ce que signifiait l'expression « *entered into* », qu'on pourrait traduire par le verbe « contracter ». Certains ont considéré qu'il s'agissait d'un :

« agreement, a mutual bargaining and consent/meeting of minds »²⁶³.

Les engagements unilatéraux seraient alors exclus²⁶⁴. Une telle interprétation est excessive et ne correspond pas nécessairement au sens ordinaire des mots ou à l'intention des parties²⁶⁵. Cependant, il est évident que la clause parapluie ne s'applique pas à toutes les obligations de l'Etat, ayant un caractère général, mais bien aux obligations juridiques qu'il a assumées à l'égard d'un investissement en particulier. Il en serait ainsi pour les contrats, mais aussi pour certaines mesures législatives ou réglementaires comme, par exemple, un code d'investissement.

²⁶¹ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphe 51.

²⁶² W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

²⁶³ T. Wälde et G. Ndi, "« Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation, »", *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, pp. 215-247, p. 240.

²⁶⁴ L. Halonen, "Containing the Scope of the Umbrella Clause" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 27-38, p. 34 : « *On the linguistic level, creating an international law obligation from domestic law via the umbrella clause appears, at first blush, to require the distortion of the text of the standard umbrella clause. In most cases the umbrella protects obligations the host state has « entered into with regard to investments ». It would require an innovative reading of these words to conclude that a state can « enter into » legislation, or other unilateral representations, even if such representations were considered to be legally binding* ».

²⁶⁵ Certains se sont interrogés sur l'interprétation de l'inclusion des termes « *entered into* » dans la clause du modèle anglais et ont conclu qu'une interprétation restrictive n'était « *clearly not intended by the drafters of the British model clause* ». V. P. Peters et N. Schrijver, "Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions", *Netherlands International Law Review*, vol. 39, n°3, 1992, pp. 355-384, p. 379. V. également W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106 ; C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27, p. 15: « *The phrase « entered into » manifestly does not exclude the possibility of a State's entering into commitments via legislation or decree, or even unilaterally through statements made in, say, Offering Memoranda designed to induce foreign investment* ».

De façon plus générale, cette attention aux termes employés sera souvent en faveur d'une interprétation large de la clause parapluie, la plupart des traités faisant référence à « toutes les obligations ». Par exemple, récemment, un tribunal a considéré que :

« The words « any obligation » are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations. On a plain meaning, they are undoubtedly capable of being read to include a contractual arrangement entered into by BIVAC and the Ministry of Finance of Paraguay »²⁶⁶.

La doctrine est favorable à une telle interprétation, plus conforme à la formulation des clauses :

« Indeed the language of the provision is so broad that it could be interpreted to cover all kinds of obligations, explicit or implied, contractual or non-contractual, undertaken with regard to investment generally »²⁶⁷.

Michael Reisman et Mahnoush Arsanjani précisent, cependant, certaines conditions correspondant à la théorie classique des actes unilatéraux :

« Where statements are made either orally or distributed in writing in either hard copy or on-line, clearly promising certain conditions or treatment for foreign investors and such statements are made public and are made repeatedly and foreign investors relied on them, and governments do not retrieve or qualify those statements of commitment before the conclusion of contracts with foreign investors, they should, in our view, bind the state »²⁶⁸.

Somme toute, on ne peut que conclure avec Maria Cristina Griton Salias :

« in the majority of cases, tribunal clearly accepted the applicability of umbrella clauses to unilateral acts contained in legislation or otherwise. There is no reason why umbrella clauses should be restricted to contractual commitments. If phrased in

²⁶⁶ CIRDI, *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. contre Paraguay* (ARB/07/9), décision sur la compétence, 29 mai 2009, paragraphe 141. V. également CIRDI, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 274 : « Under its ordinary meaning the phrase « any obligation » refers to obligations regardless of their nature. Tribunals interpreting this expression have found it to cover both contractual obligations such as payment, as well as obligations assumed through law or regulation ».

²⁶⁷ V. K. J. Vandeveld, "US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave", *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, 1992, p. 621 et s. ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p., p. 56. V. également W. M. Reisman et M. H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 328-343.

²⁶⁸ W. M. Reisman et M. H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 328-343, p. 343. Ils précisent ces conditions à la page 336 : « (i) the interpretation establishes that the intention of the State to bind itself with respect to a legal or factual situation ; (ii) the declaration is given publicly and repeatedly, so that it cannot be dismissed as a random statement or a « trial balloon » ; and (iii) those to whom the statements were directed could reasonably rely upon them ».

general terms, they apply to any type of obligation assumed by the State, regardless of its bilateral or unilateral origin »²⁶⁹.

Cependant, toutes les divergences d'interprétation ne peuvent être imputées à la variété des formulations employées dans les traités bilatéraux d'investissement et l'on constate surtout l'existence d'importantes oppositions doctrinales. Selon James Crawford, il ressort de cette jurisprudence abondante²⁷⁰ quatre interprétations possibles des clauses parapluie²⁷¹, correspondant à quatre écoles. La première est très restrictive et ne donne effet aux clauses parapluie que lorsque ressort clairement une intention commune des parties en ce sens²⁷². La deuxième limite le champ d'application de la clause aux violations du contrat commises par l'Etat dans l'exercice de sa puissance publique²⁷³. La troisième est, quant à elle, extrêmement extensive et considère que la clause parapluie internationalise tous les contrats d'investissement et transforme systématiquement les réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles, soumises au traité²⁷⁴. Enfin, une partie de la doctrine considère que la clause parapluie peut être à la base d'une réclamation conventionnelle en cas de violation du contrat, mais qu'elle ne transforme pas automatiquement les obligations contractuelles en obligations conventionnelles²⁷⁵. Dès lors, si l'investisseur pourra recourir à l'arbitrage international, cela ne change pas pour autant le droit applicable au contrat. Cette quadruple catégorisation a l'avantage de simplifier le débat et se retrouve – partiellement et de façon moins caricaturale – dans la jurisprudence arbitrale.

²⁶⁹ M. C. Griton Salias, "Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings ? " in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch ET S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 490-496, p. 496.

²⁷⁰ James Crawford évoque environ vingt affaires in J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.

²⁷¹ *Ibid.* V. également CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 168.

²⁷² CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

²⁷³ CIRDI, *El Paso contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006 ; CIRDI, *Pan American contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur les objections préliminaires, 27 juillet 2006.

²⁷⁴ CIRDI, *Fedax N. V. contre Venezuela* (ARB/96/3), sentence du 9 mars 1998 ; CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005.

²⁷⁵ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007.

2°) Une opposition quant à leur effet

La question s'est surtout posée de savoir quelle était la portée de ces clauses dans la distinction entre *treaty claims* et *contract claims*²⁷⁶. En effet, si la clause vise les obligations contractuelles de l'Etat, alors toute violation des obligations incluses dans le contrat devient automatiquement une violation du traité, donc une *treaty claim*, justiciable du CIRDI. Une telle interprétation n'a pas été toujours suivie par les tribunaux arbitraux²⁷⁷. Ainsi, dans l'affaire *SGS c. Pakistan*²⁷⁸, les arbitres ont considéré qu'une telle clause n'avait d'effet qu'à l'égard des obligations résultant du traité. Sa portée était donc limitée aux engagements conventionnels. En effet, à moins que la clause parapluie le mentionne expressément, une violation du contrat ne pouvait constituer une violation du droit international, justiciable du CIRDI, en particulier si le contrat prévoyait un *forum* spécifique pour le règlement des différends. Le Tribunal rejette alors l'interprétation traditionnelle selon laquelle :

« breaches of a contract (...) concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically « elevated » to the level of breaches of international law. Having regard to the distinction in principle between breaches of contract and breaches of treaty, contractual claims could only be brought under Article 11 « under exceptional circumstances » »²⁷⁹.

Il est intéressant de noter que le Tribunal admet qu'en suivant le sens ordinaire des termes de la clause parapluie, tel que cela est préconisé par la Convention de Vienne de 1969, cela aboutirait à transformer les obligations contractuelles du Pakistan en obligations conventionnelles. Il rejette, toutefois, une telle interprétation, en se fondant sur quatre

²⁷⁶ E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346.

²⁷⁷ V. CIRDI, *Consortium RFCC contre Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence du 16 juillet 2001. V. également I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 213.

²⁷⁸ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003. V., pour commentaire, C. Schreuer, "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 2, 2004, pp. 231-256 ; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346 ; W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

²⁷⁹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 172. V. également CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphe 70 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur la compétence du 27 juillet 2006, paragraphe 101.

arguments²⁸⁰, plus ou moins convaincants. Tout d'abord, il s'attache à un argument de texte, lié à la formulation de la clause et à la catégorie très large des engagements qu'elle vise. Cette disposition aurait une extension presque infinie, aboutissant à étendre le champ de la clause au-delà de l'intention des parties, ce qui aurait de nombreuses conséquences néfastes, en particulier pour l'Etat²⁸¹. Ensuite, le Tribunal se fonde sur le droit international coutumier, tel qu'exprimé notamment dans l'affaire des *Emprunts serbes*²⁸², pour conclure que la violation d'un contrat n'est pas en elle-même une violation du droit international et que, dès lors, offrir un recours international à l'investisseur ne correspondrait pas à la volonté des parties. Cela serait d'ailleurs confirmé par la place de la clause parapluie dans le traité, située à la fin, après les dispositions substantielles et après la clause de règlement des différends. Enfin, une telle interprétation rendrait superflues les autres dispositions contenues dans le traité :

« *There would be no real need to demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a breach of contract, or of municipal statute or regulation, by itself, would suffice to constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party* »²⁸³.

Dès lors, le tribunal considère qu'en cas de doute sur l'interprétation, une interprétation restrictive doit prévaloir conformément à la maxime « *in dubio mitius* »²⁸⁴. Pour admettre que la clause soit interprétée de façon si extensive, il faudrait que celle-ci soit formulée en termes particulièrement explicites, montrant bien que telle était l'intention des parties²⁸⁵.

²⁸⁰ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, pp. 73-75 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 157-158 ; C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27.

²⁸¹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 167 : « *Under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe the clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant* ».

²⁸² CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, Rec. Série A, N° 20, p. 5, p. 41 : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale ».

²⁸³ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphe 168.

²⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 171. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 157.

²⁸⁵ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003, paragraphes 163-172. Il faut, toutefois, noter que le Gouvernement de la République helvétique s'est plaint de la décision du tribunal, affirmant bien qu'il s'agissait de son intention de transformer, par l'effet de la clause parapluie, les obligations contractuelles en obligations conventionnelles. V. la lettre du Gouvernement du 1^{er} octobre 2003, adressée au Secrétaire général du CIRDI. V. S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The

Une telle interprétation ne peut être considérée comme satisfaisante – même si elle est encore parfois soutenue dans la doctrine²⁸⁶ – celle-ci retirant tout l'effet utile des clauses parapluie. Peu de temps après, la décision rendue dans l'affaire *SGS c. Philippines*²⁸⁷ revient à une interprétation plus traditionnelle, selon laquelle une clause parapluie :

« *makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law* »²⁸⁸.

Cette interprétation découle tout naturellement du sens ordinaire des termes de la clause contenue dans le traité bilatéral d'investissement et de son effet utile²⁸⁹. Il demeure, cependant, que le tribunal n'est pas allé au bout de son raisonnement²⁹⁰ et a conclu à l'application de la clause compromissoire contenue dans le contrat²⁹¹, l'obligeant donc à surseoir à statuer.

A la suite de ces sentences inconciliables²⁹², d'autres tribunaux se sont interrogés sur la question des clauses parapluie. Certains ont suivi l'approche « orthodoxe » de l'affaire *SGS contre Philippines*, donnant à penser que la contradiction était dépassée. Par exemple, dans l'affaire *Noble Ventures*, le Tribunal retient une interprétation fondée sur le sens ordinaire des

Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577, pp. 570-571.

²⁸⁶ L. Halonen, "Containing the Scope of the Umbrella Clause" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 27-38. Elle critique l'interprétation large des clauses parapluie considérant qu'elle ne correspond pas au sens ordinaire des mots: « *The natural aim of interpretation of all treaty clauses is to uncover the international of the state parties. The customary international law rules of treaty interpretation are, after all, only means to the end of giving effect to the will of the contracting parties. Enthusiasts of a broad interpretation of the umbrella clause tend to brush aside considerations of the will of the parties by stating that one need only at the « ordinary meaning » of the text of the umbrella clause to find the contracting parties' intention. This is a superficially attractive, but fundamentally flawed approach* ».

²⁸⁷ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004.

²⁸⁸ *Ibid.*, paragraphe 128. V. également CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphes 52-53 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ICSID/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 302 ; CIRDI, *Siemens A. G. contre Argentine* (ARB/02/08), sentence du 6 février 2007, paragraphe 206.

²⁸⁹ V. également J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.

²⁹⁰ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 156.

²⁹¹ La majorité du Tribunal considéra le contrat comme la *lex specialis* et conclut que : « *It is not to be presumed that such a general provision has the effect of overruling specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties* ». Ensuite le Tribunal s'attacha au traité, qu'il estima constituer un traité-cadre, devant servir « *to support and to supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State* » (CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 141).

²⁹² M. C. Naniwadekar, "The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference?", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 169-194.

termes²⁹³ et sur l'objet et le but du traité, conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités :

« The object and purpose rule also supports such an interpretation. While it is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret exclusively in favour of investors, here such an interpretation is justified. Considering, as pointed out above, that any other interpretation would deprive art. II (2) (c) of practical content, reference has necessarily to be made to the principle of effectiveness, also applied by other Tribunals in interpreting BIT provisions. An interpretation to the contrary would deprive the investor of any internationally secured legal remedy in respect of investment contracts that it has entered into with the host State. While it is not the purpose of investment treaties per se to remedy such problems, a clause that is readily capable of being interpreted in this way and which would otherwise be deprived of practical applicability is naturally to be understood as protecting investor also with regard to contracts with the host State generally in so far as the contract was entered into with regard to an investment »²⁹⁴.

De même, dans l'affaire *Conorzio Lesi-Dipenta c. Algérie*²⁹⁵, le tribunal a admis que :

« the effect of [umbrella] clauses is to transform the violations of the State's contractual commitments into violations of the treaty umbrella clause and by this give jurisdiction to the Tribunal over the matter »²⁹⁶.

Pourtant, les contrariétés de jurisprudence n'avaient pas disparu et d'autres tribunaux ont tenté de restreindre la portée des clauses parapluie. Par exemple, dans l'affaire *Joy Mining c. Egypte*, après avoir analysé la clause, le tribunal a conclu que :

« In this context, it could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contracts disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case. »²⁹⁷.

Le tribunal refuse donc la théorie selon laquelle la clause aurait pour effet de transformer les obligations contractuelles en obligations conventionnelles, mais admet quand même des tempéraments en cas de violations graves ou lorsque la clause est rédigée en termes plus précis.

²⁹³ V., en particulier, même si ce n'est pas une sentence sous l'égide du CIRDI, l'arbitrage *ad hoc*, *Euroko contre Pologne*, paragraphes 246 et 248.

²⁹⁴ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (ARB/01/11), sentence de 2005, paragraphe 52.

²⁹⁵ CIRDI, *Conorzio Lesi-Dipenta c. Algérie* (ARB/03/8), sentence d'incompétence du 10 janvier 2005.

²⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 25(ii).

²⁹⁷ CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. c. Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004.

Pour justifier une telle interprétation, le Tribunal se fonde sur la distinction – traditionnelle en droit international public – entre les actes *de jure imperii* et les actes *de jure gestionis*²⁹⁸. La clause parapluie pourrait avoir son plein effet quand l'Etat agit dans sa capacité souveraine, mais pas quand il agit à titre commercial²⁹⁹. Le Tribunal, dans l'affaire *Salini contre Jordanie*, adopte la même approche, considérant que seul l'Etat agissant dans sa capacité souveraine, est lié par le traité :

« *Only the State, in the exercise of its sovereign authority, and not as a contracting party, has assumed obligations under the bilateral agreement* »³⁰⁰.

Une telle distinction a été reprise, de façon similaire, par le Tribunal dans l'affaire *CMS c. Argentine*³⁰¹, qui s'est, toutefois, concentré davantage sur l'intensité de l'action gouvernementale :

« *The Tribunal believes the Respondent is correct in arguing that not all contract breaches result in breaches of the treaty. The standard of protection of the treaty will be engaged only when there is a specific breach of treaty rights and obligations or a violation of contract rights protected under the treaty. Purely commercial aspects of a contract might not be protected by the treaty in some situations, but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the rights of the investor* »³⁰².

Cette position, rejetée par René-Jean Dupuy dans l'affaire *Texaco*³⁰³, ne correspond nullement à la formulation des clauses parapluie³⁰⁴ et paraît, de plus, très difficile à mettre en œuvre³⁰⁵. Elle a été vivement critiquée dans l'affaire *Siemens contre Argentine* :

« *The Tribunal does not subscribe to the view of the Respondent that investment agreement should be distinguished from concession agreements of an administrative nature. Such distinction has no legal basis in Article 7 (2) of the Treaty which refers to « any obligation », or in the definition of « investment » in the Treaty. Any agreement*

²⁹⁸ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre République argentine* (ARB/03/15), décision du 27 avril 2006, paragraphes 77 et s. V. également CIRDI, *Pan American contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur les objections préliminaires, 27 juillet 2006, paragraphe 108.

²⁹⁹ V., une pour défense de cette jurisprudence, L. Halonen, "Containing the Scope of the Umbrella Clause" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 27-38.

³⁰⁰ CIRDI *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004, paragraphe 155.

³⁰¹ CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. c. Argentine* (ARB/01/08), décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

³⁰² *Ibid.*, paragraphes 299-300.

³⁰³ V. l'arbitrage *ad hoc* par l'arbitre unique, René-Jean Dupuy dans l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company contre Libye*, sentence du 19 janvier 1977, paragraphe 72. V. également l'arbitrage *ad hoc* dans l'affaire *Arabian American Oil Company (ARAMCO) contre Arabie Saoudite*, sentence de 1963.

³⁰⁴ C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27, pp. 9-14.

³⁰⁵ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 116-117 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p.

related to an investment that qualifies as such under the Treaty would be part of the obligations covered under the umbrella clause »³⁰⁶.

D'autres décisions existent³⁰⁷, sans qu'elles aient davantage pu trouver des points d'accord.

Les clauses parapluie jouent donc un rôle essentiel dans l'articulation du traité et des contrats, mais l'absence de jurisprudence claire en la matière nuit profondément à la sécurité juridique et aux avantages qu'on pourrait attendre de telles clauses. La solution la plus opportune serait d'interpréter encore une fois ces clauses conformément au droit international, tel qu'exprimé dans la Convention de Vienne, à savoir en suivant le sens ordinaire des termes employés, ainsi que l'objet et le but du traité en cause. L'arbitrage en matière d'investissement a donc des leçons à tirer du droit international public en matière d'interprétation, les accords en matière d'investissement étant des traités comme les autres et rien ne justifiant qu'on s'éloigne de ses méthodes³⁰⁸.

Il faudrait alors considérer, lorsque ces clauses sont formulées sous une forme contraignante, qu'elles permettent au tribunal de connaître des violations contractuelles, même dans le cas d'une clause compromissoire du contrat prévoyant la compétence exclusive d'un autre *forum*³⁰⁹. A l'opposé, si la clause ne révèle pas d'engagement effectif, elle n'élève alors pas les obligations contractuelles au rang d'obligations conventionnelles. C'est d'ailleurs ce qu'a exprimé le Tribunal arbitral, au regard de la clause parapluie contenue dans le traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et la Jordanie³¹⁰, dans l'affaire *Salini contre Jordanie* :

*« only committed the host State to create and maintain in its territory a « legal framework » favourable to investments, and did not bind it to « observe » any « obligation » it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other contracting Party »*³¹¹.

Dans tous les cas, les clauses parapluie viennent alimenter le débat sur l'internationalisation du contrat. Car, il ne faut pas oublier – même si ce n'est pas l'objet de la présente partie de l'étude – que la qualification de l'obligation suite à l'opération d'une clause parapluie aura de nombreux effets sur le droit applicable. Plusieurs questions se sont d'ailleurs posées, à cet égard, en particulier celle de la coordination des clauses parapluie avec les clauses de

³⁰⁶ CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007.

³⁰⁷ V. not., CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (ARB/01/11), sentence de 2005 ; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence de 2005.

³⁰⁸ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 161.

³⁰⁹ J. Wong, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2006, pp. 135-177..

³¹⁰ V. l'art. 2 (4) du TBI Jordanie – Italie, 1996 : « *Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor* ».

³¹¹ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence du 15 novembre 2004, paragraphe 126.

stabilisation parfois incluses dans les contrats d'investissement³¹². Charles Leben explique ainsi que :

« l'existence d'un T.B.I. peut rendre inutile l'insertion d'une clause de stabilisation dans un contrat d'investissement. En effet, si le traité comporte (comme c'est le cas le plus souvent), un article par lequel l'Etat d'accueil de l'investissement s'engage à respecter ses obligations contractuelles, celles-ci se trouvent de ce fait « stabilisées » par le traité de couverture. En outre, le non-respect de cet engagement sera bien évidemment apprécié par le Tribunal arbitral sur la base du droit international »³¹³.

Cependant, dans certains cas limités, l'alliance d'une clause de stabilisation et d'une clause parapluie peut permettre d'engager la responsabilité internationale de l'Etat si celui-ci modifie sa législation. C'est en tout cas ce qu'a affirmé le Tribunal dans l'affaire *CMS* :

« *The Tribunal must therefore conclude that the obligation under the umbrella clause of Article II (2) (c) of the Treaty has not been observed by the Respondent to the extent that legal and contractual obligations pertinent to the investment have been breached and have resulted in the violation of the standards of protection under the treaty* »³¹⁴.

Une telle interprétation ne devrait, cependant, pas tenir en dehors de circonstances exceptionnelles, celle-ci s'opposant frontalement à la liberté normative de l'Etat³¹⁵. La partie de la décision consacrée aux clauses parapluie a d'ailleurs été annulée par le Comité *ad hoc*³¹⁶.

Face à ces nombreuses incertitudes, les traités ont parfois préféré inclure quelques précisions, comme, par exemple, le modèle indien qui contient une clause, au début assez classique, mais qui exclut expressément le règlement des différends prévu par le traité de l'application de la clause parapluie :

« Chacune des Parties Contractantes se conformera à toute obligation qu'elle pourrait avoir contractée pour un investissement réalisé par un investisseur de l'autre Partie contractante. En ce qui concerne ces obligations, la procédure de règlement des différends prévue par l'article 9 ne sera toutefois applicable qu'à défaut des voies ordinaires de recours juridique interne »³¹⁷.

³¹² W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, p. 83 et s..

³¹³ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23, p. 19.

³¹⁴ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 303.

³¹⁵ V. *infra*, sur les clauses de stabilisation, p. 514 et s. V. également P. Fouchard, "Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie", *Revue tunisienne de Droit*, 1977, pp. 13-49 ; W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

³¹⁶ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007.

³¹⁷ Art. 14 du TBI UEBL - Inde, 1997. V. également l'art. 13 du TBI Inde - Suisse, 1997.

A cet égard, le modèle français est intéressant, parce qu'il ne contient, en général, pas de clause parapluie, mais inclut explicitement les dispositions du traité relatives au règlement mixte des différends dans sa clause relative à un « Engagement spécifique » :

« Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord. Les dispositions de l'article 8 [Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante] du présent Accord s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 8 du présent Accord »³¹⁸.

Sans être associée à la clause de la nation la plus favorisée, cette disposition, qualifiée de clause relative à la préservation de la norme la plus favorable³¹⁹, y ressemble drôlement, en prévoyant expressément que la loi la plus favorable à l'investisseur s'appliquera en cas de conflit³²⁰. Une telle clause peut être associée à la clause de respect des engagements, comme dans les modèles allemand ou suisse, ou être seule, comme dans le modèle français. Même si elle a pu faire l'objet de débats³²¹, on considère traditionnellement qu'une telle clause oblige l'Etat à respecter son engagement spécifique, élevé au rang d'obligation protégée par le droit international, dès lors que celui-ci est plus favorable que les dispositions du traité³²². La clause du modèle français règle également précisément le cas où les parties auraient renoncé à l'arbitrage international ou auraient prévu un autre mode de règlement des différends dans le cadre de leur contrat : les parties pourront toujours s'appuyer sur le traité bilatéral d'investissement pour avoir recours à l'arbitrage international et, en particulier, au CIRDI, en précisant qu'elles trouvent cette disposition plus favorable. L'interprétation d'une telle clause est très claire : les arbitres sont dans l'obligation de laisser inappliquées les dispositions du

³¹⁸ Article 10 du modèle français de 2006. V. également, par exemple, l'article 10 du TBI France – Sénégal, 2007.

³¹⁹ W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106, pp. 96-98.

³²⁰ V. également les articles 16 des modèles américains de 2004 et 2012, relatifs à la « Non-Derogation », qui prévoient : « *This Treaty shall not derogation from any of the following that entitle an investor of a Party or a covered investment to treatment more favorable than that accorded by this Treaty : 1. laws or regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party ; 2. international legal obligations of a Party; or 3. obligations assumed by a Party including those contained in an investment authorization or an investment agreement* ». Pour l'application de telles clauses, voir CIRDI, *Goetz et autres contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999.

³²¹ D. Berlin, *Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Thèse de doctorat, Paris, 1981, p. 835 ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, 1998, Genève, XII-305 p., p. 87.

³²² J. Lavieq, *Promotion et protection des investissements*, PUF, Paris, 1985, 331 p. ; P. Juillard, "Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ?", *Droit et Pratique du Commerce International*, 1987, p. 9-52 ; W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.

contrat moins favorables à l'investisseur, en particulier pour le règlement des différends entre celui-ci et l'Etat hôte. Cela est encore confirmé par la clause de règlement des différends contenue dans le modèle français, qui précise que :

« Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties, de manière inconditionnelle et nonobstant toute autre disposition contractuelle ou renonciation à l'arbitrage international, à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements »³²³.

Il demeure que cette clause, même si elle peut y ressembler, ne correspond pas à la qualification d'une clause parapluie.

Les difficultés de détermination de la compétence au regard du fondement de la demande demeurent donc très importantes et ne peuvent, pour l'instant, aboutir à une solution unanime. Pourtant, cette question est probablement l'une des plus fondamentales, la découverte du fondement de l'action dans les conventions bilatérales d'investissement entraînant de nombreuses conséquences sur la conduite de l'arbitrage CIRDI.

*

Conclusion de la section. Que soit utilisée une clause de règlement des différends particulièrement extensive ou une clause parapluie, l'objet des traités bilatéraux d'investissement demeure le même, à savoir de permettre, dans le plus grand nombre de cas possible, à l'investisseur de recourir à l'arbitrage international. Les traités sont ainsi un véritable moteur pour la jurisprudence du CIRDI, qui n'a pourtant pas reçu très favorablement cette impulsion.

En effet, tant les clauses de règlements des différends que les clauses parapluie ont fait l'objet d'interprétations divergentes, mettant bien en lumière les difficultés à forger une jurisprudence dans un système arbitral décentralisé. Alors que certains tribunaux arbitraux ont eu une interprétation très large de leur compétence – correspondant d'ailleurs aux clauses sur lesquelles ils se fondaient – d'autres ont fait preuve de plus de respect de la souveraineté des Etats. Or, n'est-ce pas respecter la souveraineté des Etats que d'appliquer les traités internationaux qu'ils ont eux-mêmes ratifiés ? Cette conception, conforme à celle de la Cour

³²³ Art. 8, alinéa 2, du modèle français de 2006.

mondiale³²⁴, est toutefois difficile à admettre dans l'ordre juridique international, qui n'est pas habitué à une telle juridicité. En effet, les traités bilatéraux d'investissement constituant un réseau particulièrement dense et ceux-ci incluant systématiquement une clause de règlement mixte des différends, le CIRDI apparaît de plus en plus comme le « juge » naturel du droit international des investissements, dont la compétence est systématique.

Cela ne signifie, pourtant, pas que les Etats ont abandonné toute revendication sur la conduite de l'arbitrage. Bien au contraire, si les Etats admettent dans leurs traités bilatéraux d'investissement une compétence extensive du CIRDI, ils exercent de plus en plus une influence décisive sur la conduite de l'arbitrage en incluant de nombreuses clauses, particulièrement précises, dans leurs accords.

SECTION 2. L'INFLUENCE DES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT SUR LA CONDUITE DE L'ARBITRAGE CIRDI

L'utilisation des conventions bilatérales d'investissement comme fondement des actions menées en matière d'investissement devant le CIRDI n'est pas anodin. En effet, cela impliquera pour les arbitres l'obligation de s'appuyer, non seulement sur la Convention de Washington, mais aussi sur le traité d'investissement, pour déterminer la solution du litige et *a fortiori* les conditions de leur compétence. Or, contrairement à la Convention de Washington qui demeure assez lacunaire sur cette dernière question, les conventions bilatérales d'investissement ont tendance à investir de plus en plus ce champ, laissant ainsi leur empreinte sur toute la conduite de l'arbitrage. Cette évolution est, sans aucun doute, liée à la volonté des Etats de reprendre le contrôle sur les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI. Ceux-ci disposaient, jusqu'alors, d'une grande marge d'appréciation grâce à certaines dispositions lacunaires et ont ainsi pu fixer de façon assez libre les conditions de leur compétence. Les critères classiques, traditionnellement présents dans les conventions bilatérales d'investissement (Paragraphe 1) ont donc été complétés, dans certains cas, par la mise en place d'une nouvelle procédure, bien plus précise (Paragraphe 2).

³²⁴ CPIJ, *Affaire du Vapeur Wimbledon*, arrêt du 17 août 1923, *Rec. Série A – N°01*, p. 15, paragraphe 25.

PARAGRAPHE 1. DES CONDITIONS CLASSIQUES, ISSUES DES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT

En dehors de la condition *ratione loci*, classique pour la détermination de la compétence³²⁵ et qui ne crée guère de difficultés³²⁶, d'autres conditions apparaissent à la lecture des traités bilatéraux d'investissement. En effet, lorsque le consentement ressort d'un tel instrument, il faudra, pour mettre en action la clause de règlement des différends, respecter les obligations qu'elle impose. Ces obligations sont variées et vont concerner tant le règlement des différends *stricto sensu* – en imposant, par exemple, une clause de choix définitif, un délai ou le recours aux juridictions internes – que la protection du traité et son champ d'application. En effet, la clause de règlement des différends ne pourra être actionnée que si l'investissement est couvert par le traité, c'est-à-dire s'il tombe dans le champ d'application *ratione temporis* du traité. Cette question, fondamentale dans la compréhension de tout instrument international, occupe une place encore plus essentielle en ce qui concerne une institution ayant une vocation juridictionnelle.

Or, face à ces conditions, demeurées, certes, imprécises, les arbitres ont eu toute liberté de fixer le champ de leur compétence. Ils n'ont, pour autant, pas renié l'esprit des conventions bilatérales d'investissement et, se fondant sur leur objet qui est de protéger au mieux les investissements, ils ont retenu une interprétation favorable à la compétence, limitant la portée des clauses qui auraient pu l'exclure, mais ne niant pas pour autant la place de l'ordre interne (A), et admettant souvent leur compétence *ratione temporis* (B).

³²⁵ Cette condition ne va pas jouer seulement pour la compétence, mais également pour déterminer les investissements couverts par la protection du traité bilatéral d'investissement. Il est ainsi souvent précisé dans les accords – soit dans la définition de l'investissement, soit dans la clause relative au champ d'application – que l'investissement doit être fait sur le territoire d'un Etat partie.

³²⁶ La question a été soulevée à plusieurs reprises, notamment dans les affaires CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 ; CIRDI, *CSOB contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999 ; CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003 ; CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004 ; CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA c. Algérie* (ARB/05/3), décision sur la compétence du 12 juillet 2006. Pour des décisions où le tribunal décline sa compétence sur ce fondement v. la sentence CIRDI, *Bayview c. Mexique* (ARB(AF)/05/1), sentence du 19 juin 2007, dans laquelle le CIRDI a refusé de se reconnaître compétent du fait que l'investissement n'avait pas été considéré comme fait « dans le territoire » du Mexique. V. également S.A. CNUDCI (ALENA), *Canadian Cattleman for Dair Trade contre Etats-Unis*, décision sur la compétence du 28 janvier 2008. Pour commentaire, v. C. Knahr, "Investment "in the Territory" of the Host State" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 42-53. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 67.

A. Un arbitrage international n'excluant pas nécessairement l'ordre interne

La découverte du consentement à l'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement est un vecteur d'influence de l'arbitrage CIRDI, tout comme leur utilisation comme fondement des actions. Les conventions bilatérales d'investissement contiennent ainsi souvent des dispositions ayant vocation à influencer l'arbitrage. Ces clauses prévoient les modalités du règlement des différends et les conditions de la compétence du Centre³²⁷. Elles se justifient aisément, étant donné la volonté des Etats de conserver le contrôle des investissements sur leur territoire, ceux-ci impliquant souvent des intérêts étatiques essentiels³²⁸. On trouve, à ce titre, par exemple, la clause de choix définitif – *electa una via non datur recursus ad alteram* – ou celle prévoyant l'épuisement des voies de recours internes. Néanmoins, même si l'article 26(1) de la Convention de Washington autorise cette dernière condition, celle-ci est de moins en moins courante, correspondant mal au droit international des investissements. Hormis ces clauses classiques, d'autres peuvent faire leur apparition dans certains domaines considérés comme primordiaux à l'un des Etats contractants. Ainsi, par exemple, la République du Kirghizstan exclut, dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement qu'elle signe, la compétence du CIRDI pour les questions immobilières et oblige les investisseurs à recourir aux juridictions nationales³²⁹.

Ces clauses sont, en tout cas, fondamentales dans la relation qu'entretiennent les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI en ce qu'elles vont réglementer la répartition des recours entre ce juge international et le juge interne, normalement compétent à défaut de clause spécifique. Les conventions bilatérales d'investissement laissent donc leur marque sur la conduite de l'arbitrage, en réglementant les relations avec l'ordre interne (2°) et en évitant la multiplication des recours aux deux ordres juridiques (1°).

³²⁷ V., pour des ex. précis tirés du TBI Etats-Unis – Kirghizstan, N. Myrsalieva, "Jurisdictional Challenges in Investor-State Arbitration: Analysis of Typical Provisions in Bilateral Investment Treaties, With Specific Reference to the Treaty Between the US and the Kyrgyz Republic", *European Journal of Law Reform*, vol. VII, 2005, pp. 429-462.

³²⁸ *Ibid.*, p. 430.

³²⁹ *Ibid.*

1°) Plusieurs options, un choix

Les traités bilatéraux d'investissement prévoient, en général, le déroulement de la procédure de règlement des différends entre l'une des Parties contractantes et un investisseur. Ces clauses n'obéissent pas à un modèle unique, même si elles ont un certain nombre de traits communs. En particulier, la coordination de l'arbitrage et du recours aux juridictions internes peut créer certaines difficultés.

Ces clauses sont plus ou moins précises ou longues. Par exemple, le modèle néerlandais de 1997 contient une clause de règlement mixte particulièrement sommaire, insistant seulement sur le possible recours au CIRDI :

« Chacune des Parties contractantes consent à soumettre tout différend surgissant entre une Partie contractante et un ressortissant de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement effectué par ce ressortissant sur le territoire de l'autre Partie contractante, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, en vue d'un règlement par conciliation ou arbitrage, conformément à la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature le 18 mars 1965 à Washington »³³⁰.

A l'opposé, les modèles nord-américains – du Canada de 2004 et des Etats-Unis d'Amérique de 2004 et 2012 – comprennent des dispositions très élaborées sur le Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte, au point que ces clauses constituent une Section entière de leurs accords³³¹. Les traités modernes ont tendance à suivre le même modèle, précisant toujours davantage ces dispositions³³².

Il demeure que, dans la grande majorité des cas, la procédure obéit en général à un même schéma, prévoyant que tout différend juridique doit, dans la mesure du possible, être réglé à l'amiable. Certains accords précisent les modalités de ce règlement amiable, notamment celui entre l'Inde et l'Union belgo-luxembourgeoise :

« Dans la mesure du possible, les parties tenteront de régler le différend par la négociation, en faisant éventuellement appel à l'avis spécialisé d'un tiers, ou par la conciliation »³³³.

³³⁰ V. l'art. 9 du modèle néerlandais de 1997. V. également, par ex., l'art. 9 du TBI Pays-Bas – Mali, 2003.

³³¹ V. la Section C du modèle canadien et les sections B des modèles américains.

³³² V. not. l'art. IX du modèle colombien de 2008 et la Section 3 du modèle norvégien de 2007.

³³³ Art. 9, paragraphe 1 du TBI Inde – UEBL, 1997. V. également l'art. 10, paragraphe 1, du modèle allemand de 2005, qui prévoit: « *To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the Settlement of Investment Disputes* ».

Ce n'est qu'à l'issue d'un délai allant de trois³³⁴ à six mois³³⁵ que le litige pourra être soumis aux juridictions nationales ou à l'arbitrage international³³⁶, voire parfois à l'arbitrage de l'Etat où l'investissement a été réalisé³³⁷. Certains accords ne rappellent, cependant, pas toutes ces options, insistant exclusivement sur l'arbitrage international³³⁸.

L'articulation entre le recours interne et le recours international n'apparaît pas toujours clairement, l'option étant souvent simplement posée :

« Si ces consultations n'apportent pas de solution dans les six mois, (...) l'investisseur pourra soumettre le différend soit aux juridictions judiciaires ou administratives de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit à l'arbitrage international »³³⁹.

Parfois, la condition de l'épuisement des voies de recours internes³⁴⁰ refait discrètement son apparition, celle-ci ayant en général un champ très limité, comme dans l'Accord entre le Royaume-Uni et la Colombie :

« *With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration or to a local court or administrative tribunal in accordance with this Article, local administrative remedies shall be exhausted, should it be required by the law of the Contracting Party* »³⁴¹.

A défaut d'épuisement des voies de recours internes, certains accords prévoient le simple recours pendant un certain délai. C'est le cas, par exemple, dans l'accord entre la Turquie et la Syrie, où le recours à l'arbitrage international est possible :

« à condition que l'investisseur concerné ait soumis le différend au tribunal de la Partie au différend et qu'un jugement définitif n'ait pas été rendu dans un délai d'un an »³⁴².

Le modèle indien de 2003 est, à cet égard, très original, du fait que, après avoir obligé les parties à trouver un règlement amiable pendant six mois, il autorise l'investisseur à recourir

³³⁴ V., par ex, l'art. 12, paragraphes 1 et 2, du TBI Colombie – Pérou, 1994. V. également l'art. 8 du modèle anglais de 2006.

³³⁵ V., par ex., l'art. 9, paragraphe 2, du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 9 du modèle indien de 2003 ; l'art. 9 du TBI Allemagne – Guinée, 2006 ; l'art. 8, alinéa 2, du TBI France – Sénégal, 2007 ; l'art. 11, paragraphe 2, du TBI Chine – Suisse, 2009.

³³⁶ V. l'art. IX, paragraphe 3, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

³³⁷ V. l'art. 9, paragraphe 2, du TBI Inde – UEBL, 1997.

³³⁸ V. l'art. 8, paragraphe 1, du TBI Vietnam - Royaume-Uni, 2002.

³³⁹ Art. 11, paragraphe 2, du TBI Chine – Suisse, 2009. V. également l'art. 12, paragraphe 2, du TBI Colombie – Pérou, 1994 ; l'art. 9 du TBI Allemagne – Guinée, 2006 ; l'art. 11, paragraphe 2, du TBI Suisse – Syrie, 2007.

³⁴⁰ C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128.

³⁴¹ Art. IX, paragraphe 2, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010. V. également l'art. IX, paragraphe 1, du modèle colombien de 2008.

³⁴² Art. VII, paragraphe 2, du TBI Turquie – Syrie, 2004. V. également l'art. VII, paragraphe 2, d) du TBI Turquie – Estonie, 1997.

aux juridictions nationales ou à la conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), mais exclut à ce stade le recours à l'arbitrage. Ce n'est qu'en l'absence de choix des parties ou si la conciliation n'a pas abouti que les parties pourront recourir à l'arbitrage international :

« (2) Any such dispute which has not been amicably settled within a period of six months may, if both Parties agrees, be submitted :
(a) for resolution, in accordance with the law of the Contracting Party which has admitted the investment to that Contracting Party's competent judicial, arbitral or administrative bodies; or
(b) to International conciliation (...).
(3) Should the Parties fail to agree on a dispute settlement procedure provided under paragraph (2) of this Article or where a dispute is referred to conciliation but conciliation proceedings are terminated other than by signing of a settlement agreement, the dispute may be referred to Arbitration »³⁴³.

Les clauses de règlement mixte insistent particulièrement sur l'arbitrage, notant que chaque partie contractante donne son consentement pour son organisation³⁴⁴. Plusieurs options d'arbitrage sont souvent prévues, au premier desquelles figure bien évidemment le CIRDI³⁴⁵, mais souvent aussi l'arbitrage *ad hoc* suivant le Règlement CNUDCI³⁴⁶. Souvent, quand est prévu l'arbitrage *ad hoc*, la clause rappelle que toute sentence est contraignante et définitive et que l'Etat doit l'exécuter, sans exciper de son immunité³⁴⁷.

Des techniques figurent également dans les traités bilatéraux d'investissement pour éviter la multiplication des recours. La plus originale et la plus moderne se trouve dans le modèle norvégien de 2007, qui donne une grande liberté au tribunal arbitral :

« *The Tribunal shall, as appropriate, take into account the principles of res judicata and lis pendens, in accordance with international law, to hinder abuse of rights under this agreement, as well as otherwise exercising sound judicial economy* ».

Il n'est pas évident que cette marge de manœuvre laissée au tribunal le pousse à décliner sa compétence, même si le litige a déjà fait l'objet d'une décision définitive. Le modèle inclut donc une autre disposition, réglant les rapports entre juridictions internes et arbitrage

³⁴³ Article 9, paragraphes 2 et 3 du modèle indien de 2003.

³⁴⁴ V., par ex., l'art. 12, paragraphe 3, du TBI Colombie – Pérou, 1994 ; l'art. 11, paragraphe 2, du TBI Suisse – Syrie, 2007 ; l'art. 11, paragraphe 3, du TBI Chine – Suisse, 2009 ; l'art. IX, paragraphe 8, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

³⁴⁵ Certains accords ne prévoient que le recours au CIRDI. V., par ex., l'art. 12 du TBI Colombie – Pérou, 1994. D'autres donnent la préférence au CIRDI en l'absence de choix de la part des parties : v. l'art. IX, paragraphe 5, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

³⁴⁶ V., par ex., l'art. 9, paragraphe 3, du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 11, paragraphe 3, du TBI Chine et – Suisse, 2009.

³⁴⁷ V., par ex., l'art. 9, paragraphes 3 et 5, du TBI Inde – UEBL, 1997 ; l'art. 9, paragraphe 4, du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 9, paragraphes 4 et 5, du TBI Allemagne – Guinée, 2006 ; l'art. 11, paragraphes 4 à 6, du TBI Suisse – Syrie, 2007 ; l'art. 11, paragraphes 5 à 7, du TBI Chine – Suisse, 2009 ; l'art. IX, paragraphe 10, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

international en donnant la priorité aux recours internes et en obligeant, avant tout arbitrage, l'investisseur à renoncer à tout autre recours devant les juridictions nationales :

*« If any such dispute should arise and either
i. agreement cannot be reached between the parties to this dispute within 36 months from its submission to a local court for the purpose of pursuing local remedies, after having exhausted any administrative remedies; or
ii. there are no reasonably available local remedies to provide effective redress of this dispute, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress, and,
iii. the investor has provided a clear and unequivocal waiver of any right to pursue the matter before local courts,
then each Party hereby consents to the submission of such dispute to arbitration »³⁴⁸.*

Certains accords autorisent les investisseurs à soumettre l'affaire à la fois aux juridictions nationales et à l'arbitrage, à condition que ce ne soit pas simultanément. L'accord entre la Chine et la Suisse précise ainsi que :

« Un différend porté (...) devant une juridiction compétente de la Partie contractante concernée ne pourra être soumis à l'arbitrage international que si l'investisseur a préalablement retiré l'affaire de ladite juridiction »³⁴⁹.

Des accords prévoient également que si les juridictions nationales ont été saisies par l'investisseur, alors il ne pourra recourir à l'arbitrage international que si aucune décision définitive n'est intervenue dans le délai d'un an³⁵⁰.

D'autres accords sont bien plus sévères, excluant la compétence du Centre pour donner la priorité aux juridictions internes. C'est le cas de l'Accord entre le Pérou et la Colombie :

« Malgré les dispositions précédentes, le Centre ne peut statuer si la Partie qui entame la procédure a accepté, accepte de soumettre ou soumet le litige aux tribunaux administratifs ou judiciaires de la Partie contractante qui est partie au litige »³⁵¹.

Les accords récents prévoient que l'investisseur, pour pouvoir soumettre sa plainte à l'arbitrage, doit renoncer au droit d'engager ou de poursuivre devant un tribunal judiciaire ou administratif de l'une ou l'autre des Parties ou devant d'autres instances de règlement des différends un litige se rapportant à la même mesure³⁵². Ainsi, par exemple, l'article 26 du modèle américain de 2012 prévoit que :

³⁴⁸ Art. 15, paragraphe 3, du modèle norvégien de 2007.

³⁴⁹ Art. 11, paragraphe 4, du TBI Chine – Suisse, 2009.

³⁵⁰ V. l'art. 8, paragraphe 1 du TBI Suède – Turquie, 1997 : « Si le différend ne peut être réglé par les procédures susmentionnées, l'investisseur intéressé a le droit de le soumettre au (...) CIRDI pour arbitrage (...) à condition toutefois que, si l'investisseur intéressé a saisi du différend les tribunaux de la Partie contractante qui est partie au différend, une sentence définitive n'ait pas été rendue dans un délai d'un an ».

³⁵¹ Art. 12, paragraphe 6, du TBI Colombie – Pérou, 1994.

³⁵² D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 96 et pp. 107-109 ; C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich,

« 2. Aucune plainte ne pourra être soumise à l'arbitrage, au titre de la présente section à moins que :

a) la partie requérante consent par écrit à l'arbitrage (...) et

b) la notification d'arbitrage est accompagnée (...) d'une déclaration écrite de renonciation de la part du requérant (...) de tout droit d'engager ou de continuer, devant une cour ou un tribunal administratif aux termes de la législation interne de l'une ou l'autre Partie, ou devant d'autres procédures de règlement des différends, des poursuites se rapportant à toute mesure présumée constituer un manquement »³⁵³.

Une telle clause – qualifiée en anglais de « *No U Turn* » *election of remedies provision* »³⁵⁴ – est appréhendée de façon rigoureuse. Certains tribunaux arbitraux ont ainsi décliné leur compétence, du fait que la déclaration de renonciation n'était pas assez claire et définitive, au moins jusqu'à ce que les parties signent une nouvelle déclaration³⁵⁵.

Il demeure que l'option la plus régulièrement utilisée dans les traités bilatéraux d'investissement est la clause *electa una via* – aussi appelée clause de choix définitif ou clause d'option irrévocable et plus connue sous son appellation anglophone « *fork in the road* »³⁵⁶. Par exemple, l'Accord entre l'Inde et l'Union belgo-luxembourgeoise précise que :

« Dès que l'investisseur a exprimé son choix, celui-ci est contraignant et définitif »³⁵⁷.

Elle est également prévue, dans une certaine mesure, par la Convention de Washington, qui dispose que :

« Le consentement des parties dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ».

International Investment Law for the 21 st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128.

³⁵³ Art. 26, paragraphes 1 et 2, e) du modèle canadien de 2004 et l'annexe C.26 ; v. également l'art. 26 du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 2004.

³⁵⁴ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 487.

³⁵⁵ CIRDI, *Waste Management contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), décision sur la compétence du 2 juin 2000 ; S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence partielle, 7 août 2002 ; CIRDI, *Railroad Development Corporation contre Guatemala* (ARB/07/23), décision sur la compétence du 17 novembre 2008 ; CIRDI, *Commerce Groupe Corp. et San Sebastian Goldmines, Inc. contre El Salvador* (ARB/09/17), sentence du 14 mars 2011. *Contra* : S.A. CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation contre Mexique*, sentence du 26 janvier 2006.

³⁵⁶ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 103-107 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 216-217 ; C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21 st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 485-488.

³⁵⁷ Art. 9, paragraphe 2, du TBI Inde – UE, 1997 ; l'art. IX, paragraphe 7, du modèle colombien de 2008 ; l'art. IX, paragraphe 9, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010 : « *Once the investor has submitted the dispute to one of the procedures in paragraphs 3 and 4, the choice of the procedure shall be final* ». V. également l'art. 9, paragraphe 2, du modèle chinois de 2003. V. également l'art. 11, paragraphe 4, du TBI Colombie – Suisse, 2006 : « Une fois que l'investisseur aura soumis le différend à une juridiction nationale ou à l'un des mécanismes d'arbitrage international conformément à l'al. (2) ci-dessus, le choix de la procédure sera définitif ».

Cette clause a pour objet d'empêcher l'éclatement du litige en obligeant le plaignant à choisir de façon définitive et irrévocable la juridiction qui aura à connaître de son différend. Certaines difficultés sont apparues dans l'application des clauses de choix définitif, qui ressortent de la jurisprudence³⁵⁸. Elles ont reçu une interprétation largement en faveur de l'investisseur, née de la limitation de la définition de l'exercice du choix définitif. Comme le résume Ibrahim Fadlallah,

« Pour constituer l'exercice d'un choix définitif, la voie de recours doit d'abord avoir été introduite dans les mêmes parties et par l'investisseur : sinon, l'Etat pourrait supprimer l'option à sa guise. Il faut encore que l'investisseur ne soit pas en situation défensive (par exemple pour s'opposer à un titre exécutoire de l'administration) ou contraint, en raison de brefs délais, à saisir dans l'urgence les tribunaux locaux (par exemple en matière fiscale). A cela s'ajoute parfois l'exigence d'une identité de l'objet du litige, voire de sa cause. Cette dernière condition doit être maniée avec prudence car l'on peut toujours diviser un litige et l'exigence d'un choix définitif est destinée, notamment, à éviter le dépeçage des litiges »³⁵⁹.

La jurisprudence a retenu une interprétation restrictive de la clause de choix définitif. Elle a bien reconnu que le choix exercé en vertu d'une telle clause était définitif, même si le recours exercé n'avait pas donné lieu à une décision finale³⁶⁰. Une telle disposition permet d'éviter le dépeçage des litiges et d'aider à mettre fin aux critiques sur le caractère fragmenté du contentieux de l'arbitrage en matière d'investissement.

Les Etats ont ainsi souvent soulevé l'objection d'incompétence ou d'irrecevabilité en se fondant sur cette clause, ce qui a donné lieu à une jurisprudence assez importante. Néanmoins, la lecture que font les tribunaux arbitraux tend à donner à cette clause une portée très limitée, refusant systématiquement de considérer qu'elle fait obstacle à l'arbitrage. En effet, l'interprétation stricte et formelle retenue fait que, pour s'appliquer, il faut que le litige soit entre les mêmes parties et qu'il y ait identité de cause et d'objet. Ce test de la triple identité a finalement abouti à dénier tout effet à cette clause, les tribunaux considérant systématiquement que celle-ci n'existait pas. Les conditions retenues par la jurisprudence sont donc trop limitées pour donner un réel effet à une telle clause³⁶¹.

³⁵⁸ CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. c. Argentine – Vivendi I* - (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000 ; CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, *Generation Ukraine contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003 ; CIRDI, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L. P. contre Argentine* (ARB/01/3), décisions sur la compétence du 14 janvier 2004 et 2 août 2004 ; CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007.

³⁵⁹ I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218, p. 216.

³⁶⁰ CIRDI, *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphes 181-182.

³⁶¹ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 485-488.

Tout d'abord, l'investisseur disposant en général d'options, l'exercice d'un choix définitif lui revient, le choix définitif n'étant valable que s'il a entamé le recours³⁶² – sans y avoir été contraint, par exemple, par des délais très courts³⁶³. Les tribunaux arbitraux ont explicité cette condition en notant que :

« *The raising of a plea in defence to a claim in national courts cannot be described as the submission of a dispute for settlement ; the notion of « submission » connotes the making of a choice and a voluntary decision* »³⁶⁴.

Ensuite, la requête doit également avoir été introduite entre les mêmes parties et l'objet du litige, de même que sa cause, doivent par ailleurs être les mêmes. En effet, l'absence d'identité des parties a été retenue pour refuser l'application de la clause. Par exemple, dans l'affaire *Genin contre Estonie*, le tribunal a considéré que le plaignant, un actionnaire d'une banque estonienne, avait le droit de recourir au CIRDI, même si la banque – représentant l'ensemble des actionnaires – avait déjà entamé une action devant les juridictions locales³⁶⁵. Il en fut de même dans plusieurs affaires argentines³⁶⁶. De plus, ce n'est pas seulement l'investisseur qui doit être formellement le même, mais également l'Etat qui doit être partie dans l'action conduite devant les juridictions internes pour que la clause de choix définitif soit applicable³⁶⁷.

C'est, cependant, majoritairement sur l'absence d'identité de cause que les arbitres se sont fondés, assimilant la cause à la règle de droit invoquée. Les tribunaux ont considéré que lorsque seuls les moyens tirés de la violation du contrat ou de la législation avaient été évoqués devant les juridictions internes, alors on ne pouvait considérer qu'il y avait identité de cause, si les moyens tirés du traité étaient invoqués au titre de l'arbitrage. On voit alors réapparaître la distinction entre *treaty claim* et *contract claim*. Les tribunaux retenant une conception formelle de la cause, il est systématiquement considéré que les moyens sont différents, même si les obligations du traité ont été incorporées au droit interne.

³⁶² CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence du 17 juillet 2003, paragraphe 78. V. également CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004.

³⁶³ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador* (ARB/06/11), décision sur la compétence du 9 septembre 2008.

³⁶⁴ S.A. CNUDCI, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation contre Equateur*, troisième décision sur la compétence et l'admissibilité du 27 février 2012, paragraphe 4.82.

³⁶⁵ CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001.

³⁶⁶ V. not., CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/03/30), décision sur la compétence du 8 décembre 2003, paragraphe 90 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence, 17 juillet 2003, paragraphe 80 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphe 98 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp. et autres contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la compétence, 30 avril 2004, paragraphe 75. V. également CIRDI, *Champion Trading Company et autres contre Egypte* (ARB/02/9), décision sur la compétence, 21 octobre 2003, paragraphes 76-77.

³⁶⁷ CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentine Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13) (consolidé par ARB/04/8), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006.

Dès lors, l'application de la clause de choix définitif a été explicitement exclue lorsque l'investisseur invoque un déni de justice devant le tribunal arbitral, comme ce fut le cas dans l'affaire *Chevron*, où l'entreprise, après avoir attendu plus d'une décennie pour qu'une décision soit rendue par les juridictions locales, a soumis une requête en arbitrage pour déni de justice. Le Tribunal s'est reconnu compétent malgré la clause de choix définitif, du fait que l'investissement se fondait désormais sur le déni de justice³⁶⁸.

La question de l'identité de l'objet, quant à elle, n'a occupé que peu de place dans l'analyse des tribunaux arbitraux. Dans l'affaire *Olguin contre Paraguay*³⁶⁹, le tribunal a refusé de reconnaître l'identité d'objet, la demande de liquidation de la société présentée devant les juridictions nationales ne pouvant aboutir aux mêmes conséquences juridiques que l'arbitrage CIRDI. De même, dans l'affaire *Victor Pey Casado contre Chili*³⁷⁰, le tribunal a rejeté l'identité d'objet en opposant la demande de restitution auprès des juridictions chiliennes et la demande de réparation devant le Centre. Il demeure que, dans la plupart des cas, la question de l'identité d'objet est passée sous silence³⁷¹ et le test de la triple identité se voit réduit à un double test³⁷².

Dans tous les cas, ce test de la triple identité a largement contribué à nier toute portée à la clause *electa una via*. Les tribunaux en ont bien conscience, comme le rappelle celui statuant dans l'affaire *Chevron* :

*« It is unlikely that the triple identity test will be satisfied in many cases where a dispute before a tribunal against a State under a BIT and based upon an alleged breach of the BIT is compared with a dispute in a national court. (...) A strict application of the triple identity test would deprive the fork in the road provision of all or most of its practical effect »*³⁷³.

³⁶⁸ S.A. CNUDCI, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation contre Equateur*, sentence intérimaire du 1^{er} décembre 2008, paragraphe 207.

³⁶⁹ V. CIRDI, *M. Eudoro Armondo Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), décision sur la compétence, 8 août 2000, paragraphe 30.

³⁷⁰ CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende contre Chili* (ARB/98/2), décision sur la compétence du 8 mai 2002, paragraphes 487-493.

³⁷¹ CIRDI, *Genin, Eastern Credit Ltd, Inc, AS Balto contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001, paragraphes 33-332 : dans cette affaire, le tribunal, sans évoquer la question de l'identité de l'objet, mais sous couvert de l'examen de la cause, a analysé l'opposition des objets des demandes faites devant les juridictions nationales – annulation de la décision de l'autorité bancaire relative à la révocation de la licence bancaire – et dans le cadre de l'arbitrage.

³⁷² V. L. Achtouk-Spivak, "L'affaire Pantechniki ou la renaissance de la clause *electa una via* dans l'arbitrage d'investissement ?", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

³⁷³ S.A. CNUDCI, *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation contre Equateur*, troisième décision sur la compétence et l'admissibilité du 27 février 2012, paragraphe 4.76. Le tribunal est assez critique à l'égard de ce test de la triple identité, notant que celui-ci est né afin d'apprécier l'autorité de la chose jugée, mais est inadapté en droit international des investissements : « *The triple identity test was developed to address questions of res judicata and to identify specific issues that have already been determined by a competent tribunal. It has also been applied to similar questions arising in the broadly comparable context of lis pendens. It is not clear that the triple identity test should be applied here in order to determine if it is the same « dispute » that is being submitted to national courts and to the arbitration tribunal* » (paragraphe 4.77).

Il faut, néanmoins, noter que la clause de choix définitif a retrouvé un semblant d'actualité dans l'affaire *Pantechniki*³⁷⁴, dans laquelle l'arbitre unique, Jan Paulsson, a accepté de l'appliquer. En effet, il a considéré comme irrecevable une partie du litige, sur le fondement de la clause *electa una via* contenue dans le traité bilatéral d'investissement entre la Grèce et l'Albanie³⁷⁵ et de l'article 26 de la Convention de Washington. Plutôt que la position formelle jusqu'alors retenue de la clause, l'arbitre a préféré opter pour une approche plus substantielle. Au regard des faits qui lui étaient soumis, il a considéré que l'investisseur, qui s'était délibérément et librement tourné vers les instances nationales pour obtenir réparation de son préjudice, ne pouvait plus avoir recours à l'arbitrage CIRDI. Une telle décision redonne une certaine actualité aux clauses *electa una via*, mais on peut se demander si celle-ci sera suivie et fera jurisprudence au regard des conséquences très sévères qu'elle implique pour l'investisseur.

Tel ne semble pas être le cas, la question ayant été reposée au Tribunal statuant dans l'affaire *Toto Costruzioni Generali SpA contre Liban*. Se fondant sur la distinction entre réclamation contractuelle et réclamation conventionnelle³⁷⁶, le Tribunal considère que :

« *The fork-in-the road clause in Article 7 of the Treaty does not take away jurisdiction from the Tribunal over Treaty claims. In order for a fork-in-the-road clause to preclude claims from being considered by the Tribunal, the Tribunal has to consider whether the same claim is « on a different road » i.e., that a claim with the same object, parties and cause of action, is already brought before a different judicial forum* »³⁷⁷.

Le Tribunal refusa donc de décliner sa compétence, considérant que les deux recours n'avaient pas le même objet, ni la même cause³⁷⁸.

Enfin, la question se posait lorsque l'investisseur avait eu recours aux juridictions internes, mais que le traité ne contenait pas de clause de choix définitif. Pouvait-il alors recourir au CIRDI ? La jurisprudence s'accorde à laisser un libre choix à l'investisseur, en l'absence de

³⁷⁴ CIRDI, *Pantechniki SA Contractors & Engineers contre Albanie* (ARB/07/21), sentence du 30 juillet 2009. V., pour commentaire, L. Achouk-Spivak, "L'affaire Pantechniki ou la renaissance de la clause *electa una via* dans l'arbitrage d'investissement ?", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

³⁷⁵ V. le TBI Grèce – Albanie, 1991.

³⁷⁶ CIRDI, *Vivendi contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* du 3 juillet 2002, paragraphe 101 : « *Where « the fundamental basis of the claim » is a Treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the Treaty standard. At most, it might be relevant – as municipal law will often be relevant – in assessing whether there has been a breach of the Treaty* ». V. également C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the Vivendi I Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324.

³⁷⁷ CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SpA contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009, paragraphe 211. V. également J. Paulsson, N. Blackaby et L. Reed, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, Boston, 2011, XVII-468 p., pp. 100-103.

³⁷⁸ CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SpA contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009, paragraphes 203-217.

précision dans le traité. Il pourra alors très bien décider, après avoir eu recours aux juridictions internes, de déposer une requête devant le CIRDI si l'issue nationale ne lui convient pas³⁷⁹.

La jurisprudence apparaît donc clairement en faveur de l'investisseur, qui pourra dans la très grande majorité des cas recourir au CIRDI, même s'il avait eu recours à un autre mode de règlement des différends. Certains accords préfèrent alors préciser la procédure de règlement des différends au travers de clauses davantage détaillées, mais la jurisprudence demeure dans tous les cas favorable à une grande ouverture du CIRDI.

2°) Un règlement alternatif

En droit international public, le recours à une juridiction internationale est soumis à la condition d'épuisement des voies de recours internes³⁸⁰. Une telle clause s'impose parfois, par courtoisie internationale, pour laisser la chance à l'Etat de réparer lui-même la possible violation de ses obligations. Cette condition est admise en droit international des investissements³⁸¹, mais elle n'est nullement nécessaire³⁸² et est de plus en plus rare dans la pratique conventionnelle des Etats³⁸³. L'article 26 de la Convention de Washington l'exclut

³⁷⁹ CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999 ; CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003.

³⁸⁰ C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, XXXII-445 p. ; J. Paulsson, *Denial of justice in International Law*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2005, XXVI-279 p. ; CDI, "Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires t relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 2006, pp. 13-104 ; C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21 st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128 ; P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.

³⁸¹ V. l'art. 26 de la Convention de Washington.

³⁸² V. not., CIRDI, *Lanco International Inc contre Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998 ; CIRDI, *Metalclad contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; CIRDI, *Generation Ukraine contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la compétence du 30 avril 2004, paragraphe 77 ; CIRDI, *AES Corporation contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence du 26 avril 2005, paragraphe 69 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphe 151.

³⁸³ Le recours aux juridictions internes peut, cependant, faire partie des obligations substantielles et du standard violé. V., par ex., CIRDI, *Generation Ukraine contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003 ; CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004 ; CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/00/3), sentence du 30 avril 2004, paragraphe 97 : « in this context the notion of exhaustion of local remedies is incorporated into the substantive standard and is not only a procedural prerequisite to an international claim » ; CIRDI, *Parkerings Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007 ; CIRDI, *Helnan International Hotels A/S contre Egypte* (ARB/05/19), sentence du 7 juin 2008. V. également O. Spierman, "Premature Treaty Claims" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment*

d'ailleurs, sous réserve d'une mention expresse par l'Etat dans l'instrument dans lequel il exprime son consentement³⁸⁴. Cela s'explique aisément du fait que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une règle issue de la protection diplomatique, qui s'adapte mal lorsque l'individu défend lui-même ses droits³⁸⁵.

Aujourd'hui, la clause d'épuisement des voies de recours internes est généralement remplacée par des variantes dans les traités bilatéraux d'investissement, imposant des délais avant le recours à l'arbitrage, même si ces clauses n'ont pas tout à fait les mêmes effets³⁸⁶. Elles ont, en général, pour objet d'informer l'Etat de la volonté de l'investisseur de recourir à l'arbitrage, tout en lui laissant la possibilité d'organiser le règlement du litige par d'autres biais. Les arbitres ont eu une interprétation très souple de ces conditions, considérant dans de nombreux cas qu'elles pouvaient être levées ou contournées, dès lors que l'Etat était bien informé du litige et avait eu la possibilité d'en discuter avec l'autre partie³⁸⁷.

Ainsi, dans certains accords, il est imposé aux parties de tenter de régler à l'amiable leur différend pendant un certain délai, à l'issue duquel, si aucune solution n'a été trouvée, toute partie pourra soumettre le différend à une autorité administrative ou judiciaire de l'Etat hôte³⁸⁸. Ce n'est donc qu'après un second délai où il est laissée la possibilité aux juridictions nationales de régler le différend que l'investisseur pourra recourir à l'arbitrage international. La clause de règlement des différends du traité bilatéral d'investissement unissant les Pays-Bas à l'Argentine est rédigée suivant ce modèle :

Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 463-489. Pour un point de vue critique sur cette question, v. C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17, p. 16 : « *It is not inherently unreasonable to require that the investor make[s] some efforts domestically to obtain redress before seizing an international tribunal. But then neither is the domestic remedies rule inherently unreasonable. The decision to do away with it in investor-State investment arbitration was made consciously and for good reasons. Therefore, we should think twice before marking the use of local remedies a constitutive element or substantive requirement of a violation of international standards* ».

³⁸⁴ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., article 26.

³⁸⁵ Certains peuvent, toutefois, regretter qu'une telle règle ne s'applique pas, celle-ci permettant d'éviter que l'arbitrage en matière d'investissement devienne incontrôlable. V. not. J. Paulsson, "Avoiding Unintended Consequences" in K. P. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 241-265, p. 254 : « *It is essential that the non-requirement of exhaustion of local remedies does not lead to an uncontrolled expansion of the mission of investment arbitrators. It simply cannot be that each act of every official in every state having signed a BIT is subject to international scrutiny for compliance with international law* ».

³⁸⁶ CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence, 24 octobre 2011, paragraphes 47-49.

³⁸⁷ V., par ex., S.A. CNUDCI, *Link-Trading contre Moldavie*, décision sur la compétence, 16 février 2001 ; S.A. CNUDCI, *Lauder contre République Tchèque*, sentence du 3 septembre 2001 ; S.A. CNUDCI, *Alps Finance contre Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011 ; CIRDI, *Abaclat et autres contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence, 4 août 2011 ; CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence, 24 octobre 2011. *Contra* : S.A. CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited contre Argentine*, décision sur la compétence, 10 février 2012.

³⁸⁸ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 214-220 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 482-499.

« 1. Les différends éventuels entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante en ce qui concerne des questions couvertes par le présent Accord seront, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable.

2. Dans les cas où les différends en question ne pourraient pas être réglés conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article dans un délai de trois mois à partir de la date à laquelle l'une ou l'autre des parties au différend a demandé un règlement à l'amiable, l'une ou l'autre Partie peut soumettre le différend aux organes administratifs ou judiciaires de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué.

3. Si dans une période de dix huit mois à partir de la soumission du différend aux organes compétents mentionnés au paragraphe 2 ci-dessus ces derniers n'ont pas donné une décision finale, ou si cette décision a été donnée mais le différend subsiste entre les parties, l'investisseur intéressé peut avoir recours à l'arbitrage international à la conciliation »³⁸⁹.

Le traité bilatéral entre l'Allemagne et l'Argentine est également construit sur le même modèle, n'autorisant le recours à l'arbitrage qu'après une tentative de règlement amiable et la soumission du différend aux juridictions internes et seulement dans le cas où, soit la juridiction interne n'aurait pas statué dans un délai de dix-huit mois après la saisine, soit le différend persisterait entre les parties malgré la décision des autorités nationales.

Les difficultés liées à une telle clause³⁹⁰ sont apparues en pleine lumière dans l'affaire *Maffezini*³⁹¹, au cours de laquelle le tribunal a conclu que si l'investisseur n'avait pas respecté le délai durant lequel celui-ci devait avoir recours aux juridictions internes, il devait se déclarer incompétent³⁹². Cependant, loin de décliner sa compétence, il s'est ensuite attaché à la clause de la nation la plus favorisée et en a fait application à l'égard de la clause de règlement des différends, permettant ainsi à l'investisseur de ne pas avoir à remplir cette condition³⁹³. L'application de la clause de la nation la plus favorisée au mécanisme de règlement des différends³⁹⁴ permet ainsi au demandeur de profiter, par exemple, de l'arbitrage CIRDI s'il considère qu'il lui est davantage favorable. Une telle interprétation renferme une potentialité d'extension importante de la compétence du Centre³⁹⁵.

³⁸⁹ Art. 10 du TBI Argentine - Pays-Bas, 1992.

³⁹⁰ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 482-499.

³⁹¹ CIRDI, *Maffezini c. Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000.

³⁹² *Ibid.*, paragraphe 36.

³⁹³ Pour une analyse historique de la clause de la nation la plus favorisée et sur la question de son application aux mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement, v. W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, 1127-1162.

³⁹⁴ V. *infra*, p. 735 et s.

³⁹⁵ V., par ex., CIRDI, *Maffezini c. Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000 ; CIRDI, *Gas Natural SDG S.A. c. Argentine* (ARB/03/10), décision sur la compétence, 17 juin 2005, paragraphes 30-31 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004, paragraphe 103 ; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique* (ARB(AF)/00/2), 29 mai 2003, paragraphe 69. On constate parallèlement que la jurisprudence *Maffezini* a été largement critiquée : v. CIRDI, *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005, paragraphes 183-227 ; CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004, paragraphes 115-119.

La décision prise dans l'affaire *Maffezini* a fait l'objet de nombreuses critiques. Toutefois, même s'il n'est arrivé à la même conclusion sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends, le Tribunal dans l'affaire *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie* a fait preuve d'une grande compréhension par rapport à la condition du recours aux juridictions internes :

« The decision in Maffezini is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present. »³⁹⁶.

Le point de vue des arbitres sur le préalable recours aux juridictions internes est clair. Ils se fondent sur une analyse téléologique, en faveur de la protection de l'investisseur. Les critiques de cette condition révèlent, en tout cas, l'évolution qu'a connue le droit international des investissements au regard du droit international public et la volonté du CIRDI de s'affirmer comme le juge ordinaire des investissements.

Cependant, certains considèrent cette interprétation extensive comme abusive, du fait que le refus d'appliquer un délai ou l'obligation de négociation pourra créer un préjudice à l'Etat, qui aurait très bien pu vouloir parvenir à une transaction. Cela est d'autant plus grave que l'Etat peut ne pas être informé du litige avant que la procédure soit entamée du fait que son consentement n'a pas été donné *intuitu personae*, d'autant plus si une de ses émanations est le véritable destinataire de l'action. On peut, dès lors, se demander si l'interprétation des arbitres, qui passe outre certaines conditions des clauses de règlement des différends, ne nuit pas profondément à l'égalité des armes. Comme le note Kenneth J. Vandeveldé à propos des délais :

« A host state may be able to demonstrate significant prejudice from a failure to observe the waiting period, at least where the waiting period is commenced by notice of a claim. The waiting period provides the host state with an opportunity to evaluate the claim, to decide whether to offer compensation or some other remedy to the claimant, and to prepare for an arbitration should one occur, such as by selecting outside counsel, collecting evidence, and identifying arbitrators (...). Failure to require the claimant to observe the waiting period may necessitate that the host state commence an arbitration with little, if any, time to prepare. By contrast, the claimant, perhaps long aware of its own intention of submitting a claim to arbitration, may have

³⁹⁶ CIRDI, *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie* (ARB/03/24), sentence du 8 février 2005, paragraphe 224.

had abundant opportunity to prepare before commencing the arbitration and thereby may begin with a substantial tactical advantage »³⁹⁷.

Néanmoins, l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends – même si elle a fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante – a été admise dans de nombreux cas, le critère de son invocabilité se fondant sur la distinction entre recevabilité et compétence. Cette distinction n'est pas anodine, du fait qu'une obligation procédurale pourra parfois être levée et ne pas s'appliquer. Selon l'analyse du Professeur Schreuer, présentée dans l'affaire *Wintershall* :

*« The practice of tribunals demonstrates that the principle that procedural obstacles are non jurisdictional requirements and may be disregarded where appropriate, also applies where the claimant is not a State party to the treaty but a national who may benefit from it »*³⁹⁸.

Les clauses relatives au délai avant l'engagement d'une procédure d'arbitrage posent, dès lors, problème quant à leur classification et à leurs liens avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes³⁹⁹. Ainsi, dans l'affaire *TSA Spectrum*⁴⁰⁰, cette règle a été qualifiée de « *moderate* » version of the exhaustion of local remedies rule »⁴⁰¹. Il a été considéré qu'on ne pouvait renoncer tacitement au respect de cette disposition, mais la question des conditions de son application posait problème. En effet, *TSA Spectrum* avait eu recours aux procédures administratives argentines, mais n'avait pas utilisé des voies judiciaires. Le Tribunal s'est interrogé sur le fait de savoir si l'investisseur avait obtenu réellement une décision définitive ou s'il devait se tourner vers les juridictions nationales. Il considéra, avec l'Argentine, que, dans la mesure où il existait des voies de recours ouvertes qui pouvaient donner une chance raisonnable à l'investisseur de régler le différend, alors il fallait considérer qu'aucune décision définitive n'avait été adoptée⁴⁰². Le tribunal qualifie donc la règle en cause d'exigence d'épuisement des voies de recours internes limitée dans le temps⁴⁰³, ce qui aurait dû l'obliger à considérer la saisine de *TSA Spectrum* comme prématurée. Cependant, au terme d'une motivation contestable⁴⁰⁴, le tribunal accepte de se déclarer compétent⁴⁰⁵.

³⁹⁷ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 496. Dernièrement, un arbitrage semble avoir accordé plus d'importance à ces conditions de délai : S.A. CNUDCI, *ICS Inspection and Control Services Limited contre Argentine*, décision sur la compétence, 10 février 2012.

³⁹⁸ CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008, paragraphe 133.

³⁹⁹ V. J. Cazala, "Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

⁴⁰⁰ CIRDI, *TSA Spectrum de Argentina SA contre Argentine* (ARB/05/5), sentence du 19 décembre 2008.

⁴⁰¹ CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004.

⁴⁰² CIRDI, *TSA Spectrum de Argentina SA contre Argentine* (ARB/05/5), sentence du 19 décembre 2008, paragraphe 107.

⁴⁰³ *Ibid.*, paragraphe 101.

⁴⁰⁴ V. J. Cazala, "Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

Le Tribunal dans l'affaire *Wintershall* se fonde, quant à lui, sur la distinction entre simple obligation procédurale, pour laquelle la clause de la nation la plus favorisée peut jouer, ou condition véritable de la compétence⁴⁰⁶. Or, il a considéré que l'obligation de recours aux organes internes était bien une condition à la compétence du Centre⁴⁰⁷, l'obligeant à décliner sa compétence. L'absence de tentative par l'investisseur de règlement du différend par les autorités nationales était une violation claire du traité bilatéral d'investissement en cause et aucune autre solution ne pouvait s'imposer⁴⁰⁸.

Récemment, la décision dans l'affaire *Hochtief contre Argentine* a apporté de nombreux éclairages sur la question, déduisant de la formulation de la clause de règlement des différends contenue dans le traité bilatéral d'investissement – ici entre l'Allemagne et l'Argentine – l'obligation de soumettre le litige aux juridictions internes avant tout recours à l'arbitrage⁴⁰⁹. Le Tribunal remarque la ressemblance de cette obligation avec celle de l'épuisement des voies de recours internes, mais insiste sur la divergence de leurs effets⁴¹⁰. Constatant que l'obligation de recourir aux juridictions internes avant de pouvoir soumettre le litige à l'arbitrage n'est pas pleinement cohérente avec l'objet du traité, le tribunal se tourne vers la clause de la nation la plus favorisée⁴¹¹. Le tribunal s'interroge alors sur le fait de savoir si la possibilité de recourir à l'arbitrage avant le délai de dix-huit mois est un droit distinct ou s'il s'agit simplement de l'exercice d'un droit concernant le traitement des investissements, ce qui permettrait l'application de la clause de la nation la plus favorisée⁴¹². Considérant que l'obligation de recourir aux juridictions de droit interne pendant ce délai n'est qu'une modalité de l'exercice du droit à l'arbitrage international et que, dès lors, elle ne relève que de l'admissibilité et non de la compétence⁴¹³, le Tribunal accepte d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée et de passer outre ce délai.

⁴⁰⁵ CIRDI, *TSA Spectrum de Argentina SA contre Argentine* (ARB/05/5), sentence du 19 décembre 2008, paragraphe 112 : « *it would be highly formalistic now to reject the case on the ground of failure to observe the formalities in Article 10(3) of the BIT, since a rejection on such ground would in no way prevent TSA from immediately instituting new ICSID proceedings on the same matter* ».

⁴⁰⁶ CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008, paragraphe 145 : « *A waiting period for amicable settlement (or for « negotiation ») is definitely not the same as a requirement to invoke the jurisdiction of domestic Courts for a given period of time* ».

⁴⁰⁷ *Ibid.*, paragraphe 156. V., pour commentaire, J. Cazala, "Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

⁴⁰⁸ CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008.

⁴⁰⁹ CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphes 30-46. V. également l'art. 10, paragraphe 2, du TBI Allemagne – Argentine, 1991 : « Si un différend au sens du paragraphe 1 ne peut être réglé dans le délai de six mois à compter de la date à laquelle une des parties au différend l'a soulevé, il sera soumis à la demande de l'une des parties aux tribunaux compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué ». Toutefois, le paragraphe 3 semble obliger les parties à recourir aux juridictions internes pendant dix-huit mois avant de pouvoir recourir à l'arbitrage.

⁴¹⁰ CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphes 47-50.

⁴¹¹ *Ibid.*, paragraphes 56-100.

⁴¹² Sur les liens entre cette distinction et celle relative à la compétence et à la recevabilité, voir CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphe 90.

⁴¹³ V. *infra* pour plus de détails sur cette distinction, p. 735 et s.

Cette jurisprudence complexe – et contradictoire – montre, toutefois, la spécificité du droit international des investissements, qui s'éloigne beaucoup du droit international public général dans l'application de la règle coutumière de l'épuisement des voies de recours internes⁴¹⁴.

Une telle obligation est à rapprocher d'une autre disposition contenue dans les clauses de règlement des différends des traités bilatéraux d'investissement⁴¹⁵. Ces clauses prévoient, dans la grande majorité des cas, un délai de règlement amiable, avant d'autoriser le recours à la conciliation ou à l'arbitrage, institutionnalisé ou non. Ce délai d'attente ou de règlement amiable – ou encore « *cooling off period* » – avant l'engagement d'une procédure d'arbitrage a donné lieu à quelques décisions du fait que certains investisseurs n'ont pas attendu la fin du délai, imposé par les traités bilatéraux d'investissement sur lesquels il se fondait, pour entamer une action dans le cadre du CIRDI.

Les tribunaux, confrontés à une telle disposition, se sont interrogés sur la nature de cette obligation, à savoir s'il s'agissait d'une simple obligation procédurale ou si son respect constituait une condition nécessaire à l'affirmation de la compétence du Centre⁴¹⁶. Le délai d'attente durant lequel les parties doivent rechercher un règlement amiable peut facilement être qualifié d'obligation procédurale⁴¹⁷.

Les Etats en cause ont alors considéré que le non-respect de ce délai imposé par le traité obligeait les tribunaux à dénier leur compétence. Les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI n'ont pas retenu une position si tranchée⁴¹⁸ et ont eu une conception large des consultations⁴¹⁹. Il a été considéré qu'il n'était pas nécessaire d'aller jusqu'à la fin du délai prévu pour un règlement amiable, lorsqu'il était établi que les négociations seraient vaines⁴²⁰.

⁴¹⁴ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 482-499.

⁴¹⁵ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 50-52.

⁴¹⁶ V. not., J. Cazala, "Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

⁴¹⁷ *Contra* : CIRDI, *Goetz contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphes 82-88. Dans ces affaires, les tribunaux ont considéré que la condition de délai participait à la compétence du Tribunal.

⁴¹⁸ CIRDI, *Wena Hotels Ltd. contre Egypte* (ARB/98/4), décision sur la compétence du 29 juin 1999 ; CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003 ; CIRDI, *Biwater Gauff contre Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008. *Contra* : CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004.

⁴¹⁹ CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001 ; CIRDI, *Azurix I contre Argentine* (ARB/01/12), décision sur la compétence du 8 décembre 2003 ; CIRDI, *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004 ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence du 14 novembre 2005 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentine Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13) (consolidé par ARB/04/8), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006.

⁴²⁰ V., pour un exemple récent de l'application de ce principe, CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company contre Equateur* (ARB/06/11), décision sur la compétence, 9 septembre 2008.

Un tribunal a même considéré que l'absence de consultation ne l'empêchait pas de se reconnaître compétent :

« *Tribunals have generally tended to treat consultation periods as directory and procedural rather than as mandatory and jurisdictional in nature. Compliance with such a requirement is, accordingly, not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction* »⁴²¹.

Il faut, en tout cas, reconnaître que, pour la plupart, ces clauses paraissent parfois dépassées ou n'ont pas donné lieu à de réels effets dans le contentieux international⁴²². Elles retrouvent, toutefois, un semblant de vivacité aujourd'hui par la volonté des Etats de réintroduire des obligations classiques du traitement des étrangers et de reprendre, ainsi, une partie du contrôle sur leur politique d'investissement. Cela est particulièrement notable si l'on s'attache aux nouveaux modèles de traités bilatéraux d'investissement qui prévoient des conditions toujours plus précises pour la conduite de l'arbitrage et tentent d'en limiter les défauts précédemment évoqués.

B. Une interprétation large du champ d'application *ratione temporis* des conventions bilatérales d'investissement

La condition classique de la compétence *ratione temporis* n'apparaît qu'en filigrane à l'article 25 de la Convention de Washington. Malgré son importance, elle n'a donné lieu qu'à peu d'interrogations, autant de la part de la doctrine que de la part des arbitres. Cependant, même si cette question est, en général, réglée par l'application des principes classiques du droit international général (1°), elle révèle bien les liens particuliers qu'entretiennent les questions de compétence avec les traités bilatéraux d'investissement, la compétence *ratione temporis* dépendant de l'applicabilité dans le temps du traité (2°).

⁴²¹ CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003, paragraphe 184 (référence omise). V. également S.A. CNUDCI, *Ethyl contre Canada*, sentence du 24 juin 1998 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la compétence du 30 avril 2004 ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence du 14 novembre 2005, paragraphe 100 ; CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphe 96.

⁴²² V., par ex., sur la question du délai d'attente, la reconnaissance explicite de l'Etat équatorien in CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company contre Equateur* (ARB/06/11), décision sur la compétence, 9 septembre 2008, paragraphe 91.

1°) L'application des principes du droit international

La détermination de la compétence *ratione temporis* va jouer dans divers cas et sera souvent réglée par l'application des principes classiques du droit international général en la matière.

Tout d'abord, lorsque le Secrétaire général du CIRDI doit vérifier que l'Etat est bien partie à la Convention pour enregistrer une affaire, il devra contrôler, malgré le consentement des parties, que les Etats ont le statut d'Etats contractants au moment de la requête. Même si l'Etat a donné son consentement avant de ratifier la Convention, ce consentement ne deviendra effectif qu'une fois la Convention entrée en vigueur à son égard. Ce problème s'était posé dans l'affaire *Holiday Inns c. Maroc*, où, ni le Maroc, ni la Suisse – Etat dont la société était ressortissante – n'étaient encore parties à la Convention au moment de leur consentement à la compétence du Centre. Les Etats en cause ayant ratifié la Convention avant la requête de l'investisseur, le tribunal a considéré que ce consentement était devenu effectif au moment où les deux Etats étaient devenus des parties contractantes et avaient rempli la condition *ratione personae*⁴²³. La Convention de Washington impose, en effet, également une condition de date pour la détermination de la nationalité de l'investissement, conformément à son article 25⁴²⁴.

Ensuite, le champ *ratione temporis* va permettre la détermination par le tribunal arbitral de sa compétence au regard du fondement de l'action. En l'absence d'autres indications dans la Convention de Washington, la détermination de ce critère de compétence va donc se faire au regard de l'instrument contenant le consentement, le traité bilatéral d'investissement pour ce qui nous intéresse. La question de la compétence *ratione temporis* apparaît, dans ce cas, comme essentielle et novatrice. En effet, ce problème ne pouvait se poser avec un compromis d'arbitrage ou une clause compromissoire, le différend étant soit déjà né, soit nécessairement postérieur à la conclusion de la clause. Or, à l'inverse, l'on pourrait très bien admettre qu'un traité bilatéral d'investissement puisse avoir un effet rétroactif et s'étendre à des différends nés avant son entrée en vigueur⁴²⁵.

Il convient, avant d'analyser les dispositions spécifiques des conventions bilatérales d'investissements, de revenir aux principes du droit international général⁴²⁶. Le droit

⁴²³ V. CIRDI, *Holiday Inns v. Morocco* (ARB/72/1), décision sur la compétence, 12 mai 1974, in P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162.

⁴²⁴ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 41-43.

⁴²⁵ S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, pp. 791-792.

⁴²⁶ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 175.

international coutumier, tel que codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités, apporte des éléments de réponse. Cette dernière rappelle principalement la règle de non-rétroactivité des traités :

« A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date »⁴²⁷.

Cette règle ne sert pas seulement à déterminer la compétence d'un tribunal, mais également le droit applicable au différend. Elle est d'ailleurs reprise dans les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat :

« Le fait de l'Etat ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'Etat ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit ».

Le comportement de l'Etat sera analysé au regard du droit applicable au moment des faits, comme le rappelle le Tribunal dans l'affaire *Impregilo contre Pakistan* :

« *Impregilo complains of a number of acts for which Pakistan is said to be responsible. The legality of such acts must be determined, in each case, according to the law applicable at the time of their performance* »⁴²⁸.

Cette règle va, toutefois, avoir des conséquences particulières en matière de compétence. Il faudra, tout d'abord, déterminer la date à laquelle la compétence *ratione temporis* doit être évaluée. En l'absence de règle précise dans le traité, la date considérée sera celle de l'introduction de l'instance⁴²⁹, conformément aux principes de la justice internationale. Comme le rappelle le Tribunal dans l'affaire *Vivendi II* :

« *it is generally recognized that the determination of whether a party has standing in an international judicial forum, for purposes of jurisdiction to institute proceedings, is made by reference to the date on which such proceedings are deemed to have been instituted. ICSID Tribunal have consistently applied this Rule* »⁴³⁰.

En l'absence de disposition contraire dans la convention bilatérale d'investissement, la compétence du CIRDI s'étend donc aux différends nés après l'entrée en vigueur, mais aussi

⁴²⁷ Art. 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969. V. également l'art. 13 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

⁴²⁸ CIRDI, *Impregilo contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 311.

⁴²⁹ CIJ, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye contre Etats-Unis)*, arrêt du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires, *CIJ Rec.* 1998, p. 115 ; CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo contre Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *CIJ Rec.* 2002, p. 3.

⁴³⁰ CIRDI, *Compañia de Aguas des Aconquija, S.A. & Vivendi Universal contre Argentine – Vivendi II* - (ARB/97/3), décision sur compétence, 14 novembre 2005, paragraphe 60.

aux différends existant au moment de l'entrée en vigueur⁴³¹. Cela est précisé au paragraphe 2 du Commentaire de la Convention de Vienne, qui s'intéresse à la question de la compétence d'un organe juridictionnel et à la notion de différend :

« by using the word « disputes » without any qualification, the parties are to be understood as accepting jurisdiction with respect to all disputes existing after the entry into force of the agreement »⁴³².

S. A. Alexandrov note, à cet égard, que :

« When a claim submitted to ICSID centers around an « existing » dispute, even if that dispute were deemed to have originally arisen prior to the BIT's entry into force, the ICSID tribunal would not violate the principle of non-retroactivity by assuming jurisdiction over it. A number of recent cases (...) follow the principle of Article 28 of the Vienna Convention that treaties do not apply retroactively, but nevertheless do apply to measures and disputes that continue to exist after the treaty's entry into force »⁴³³.

Par exemple, dans les affaires *Tecmed*⁴³⁴ et *SGS contre Philippines*⁴³⁵, qui impliquaient toutes deux des traités bilatéraux d'investissement, les tribunaux ont considéré qu'une conduite intervenant après l'entrée en vigueur du traité mais étant en rapport avec des événements ayant eu lieu avant celle-ci pouvait constituer une violation des obligations conventionnelles soumises à la compétence du Centre. Dans la première affaire, le tribunal a même considéré qu'il lui revenait d'analyser le comportement du défendeur avant l'entrée en vigueur si celui-ci pouvait l'aider à déterminer si une violation avait eu lieu après celle-ci⁴³⁶. Cette conception se rapproche de celle adoptée en droit international général⁴³⁷, qui ressort notamment des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour ce qui concerne les actes continus⁴³⁸. Le tribunal l'a reconnu expressément dans l'affaire *SGS contre*

⁴³¹ V. sur la question du moment où naît le différend CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393 et, en particulier, les articles 14 et 15, respectivement sur les faits continus et composites.

⁴³² V. R. G. Wetzel et D. Rauschnig, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux préparatoires*, Alfred Metzner Verlag, Francfort, 1978, 543 p. V., pour application en matière d'investissement, S.A. CNUDCI, *Paushok, Golden East Company, Vostokneftegaz contre Mongolie*, sentence du 28 avril 2011.

⁴³³ S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59.

⁴³⁴ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 66.

⁴³⁵ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphes 167-168.

⁴³⁶ CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 66.

⁴³⁷ Sur le fait que les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI n'ont finalement fait qu'appliquer les principes dégagés en droit international général, v. S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59.

⁴³⁸ V. l'art. 14, paragraphe 2, des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI, 2001 : « La violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la

Philippines, notant que le traité bilatéral d'investissement s'appliquait aux violations ayant commencé avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement, mais continuant après celle-ci⁴³⁹.

Il en est de même pour les faits composites, définis par les Articles de la CDI comme « une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite » et qui peuvent constituer une violation d'une obligation internationale lorsque « se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite »⁴⁴⁰. Se pose alors bien évidemment la question du moment de la naissance du différend et celle de la compétence *ratione temporis* du tribunal. Les Articles apportent une réponse assez favorable à l'investisseur, notant que :

« 2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non-conformes à ladite obligation internationale »⁴⁴¹.

Les Etats se sont opposés à l'application d'un tel principe au droit des investissements, faisant notamment valoir que les actes en cause constituaient des violations séparées donnant lieu à plusieurs différends distincts. Dès lors, le tribunal ne devait pas se reconnaître compétent pour les faits ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du traité. Cependant, une telle interprétation n'a pas rencontré de succès⁴⁴² et les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont préféré

période durant laquelle le fait continue et reste non-conforme à l'obligation internationale. ». V. également R. Ago, "Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, A/CN.4/291, 1976, pp. 3-58, paragraphe 62 : « Il y aura violation de l'obligation internationale avec laquelle le comportement de l'Etat est en opposition pour autant que, pour une certaine période au moins, il y ait simultanément entre la permanence du fait de l'Etat et l'existence à la charge de cet Etat de l'obligation en question. Si le comportement a commencé avant que l'obligation n'entre en vigueur pour l'Etat et continue de se dérouler après, il y aura violation de l'obligation et fait internationalement illicite du commencement jusqu'à l'extinction pour l'Etat de l'obligation ». V. également en droit international des investissements, R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 38-45.

⁴³⁹ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004, paragraphe 167. V. également CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002 ; Sentence CNUDCI, *Société Générale contre République Dominicaine*, décision sur la compétence du 19 septembre 2008, paragraphe 88 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008, paragraphe 157.

⁴⁴⁰ Art. 15, paragraphe 1, des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI, 2001.

⁴⁴¹ *Ibid.*, paragraphe 2.

⁴⁴² CIRDI, *CMS Gas Transmission Co. contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence, 17 juillet 2003, paragraphes 101-115. Au paragraphe 109, le tribunal notait : « *As long as [the measures] affect the investor in violation of its rights and cover the same subject matter, the fact that they may originate from different sources or emerge at different times does not necessarily mean that the disputes are separate and distinct.* ». V. également CIRDI, *Compañia de Aguas des Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine* (ARB/97/3), décision d'annulation, 3 juillet 2002, dans laquelle le Comité *ad hoc* a reconnu qu'alors qu'un acte isolé n'était pas forcément une violation du traité bilatéral d'investissement, une série d'action pouvait constituer une telle violation : « *The claim was not simply reducible to so many civil or administrative law claims concerning so many individual acts alleged to violate the Concession Contract or the administrative law of Argentina. It was open to Claimants to claim, and they did claim, that these acts taken together, or some of them, amounted to a breach of Articles 3 and/or 5 of the BIT. In the Committee's view, the Tribunal, faced with such a claim and having validly held that it had jurisdiction, was obliged to consider and to decide it* » (paragraphe 112).

adhérer à la règle posée par les Articles de la CDI⁴⁴³. En effet, dans l'affaire *Mondev*, le tribunal a conclu que si une violation du traité se poursuivait après son entrée en vigueur, alors il devait se reconnaître compétent et pouvait même analyser la conduite du défendeur avant l'entrée en vigueur du traité pour déterminer s'il y avait eu une violation :

*« an act, initially committed before NAFTA entered into force, might in certain circumstance continue to be of relevance after NAFTA's entry into force, thereby becoming subject to NAFTA obligations (...). These events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligations. But it must still be possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach »*⁴⁴⁴.

L'application des principes du droit international pour déterminer la compétence *ratione temporis*⁴⁴⁵ n'est pas toujours suffisante, les arbitres devant nécessairement vérifier que l'investissement est bien couvert par la protection du traité. Le fait que l'arbitrage soit fondé sur un traité bilatéral d'investissement oblige donc les arbitres à vérifier une nouvelle condition, liée à l'applicabilité du traité dans le temps.

2°) Les liens entre compétence et applicabilité dans le temps du traité

Ces principes – et en particulier celui de non-rétroactivité – sont ceux du droit international général. Or, même si les traités bilatéraux d'investissement peuvent y adhérer, ils peuvent aussi bien prévoir d'autres conditions concernant leur applicabilité dans le temps ou celle de leur clause de règlement des différends, l'article 28 de la Convention de Vienne⁴⁴⁶ ne fixant

⁴⁴³ V., en particulier, CIRDI, *MCI Power Group contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007 ; et S.A. CNUDCI, *Chevron contre Equateur*, décision du 1^{er} décembre 2008.

⁴⁴⁴ CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphes 58 et 70. V. également, sur cette question, CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004, paragraphe 177 ; CIRDI, *Tradex Hellas S.A. contre Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence, 24 décembre 1996 ; Sentence CNUDCI, *Société Générale contre République dominicaine*, décision sur la compétence du 19 septembre 2008, paragraphe 91 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008, paragraphe 157.

⁴⁴⁵ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, pp. 483-485.

⁴⁴⁶ V. l'art. 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, qui précise : « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie ».

pas un « principe intangible de non-rétroactivité des traités, mais [retenant] cette dernière qu'en tant que règle supplétive de la volonté des parties »⁴⁴⁷.

Il est souvent considéré que la compétence *ratione temporis* se calque sur l'applicabilité du traité dans le temps. Néanmoins, certains ont fait valoir que la question de la compétence *ratione temporis* était bien plus complexe, affirmant son autonomie⁴⁴⁸ : elle ne dépendrait « qu'en partie de l'applicabilité du traité dans le temps et (...) sa détermination n'obéit pas aux mêmes règles que celles qui déterminent cette applicabilité du traité dans le temps »⁴⁴⁹. Cela est confirmé par la jurisprudence du CIRDI et, notamment, dans l'affaire *Salini* :

« *The Tribunal observes that one must distinguish carefully between jurisdiction ratione temporis of an ICSID tribunal and applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT* »⁴⁵⁰.

Cette distinction est nécessaire, du fait que la compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps ne coïncident pas toujours. Par exemple, la clause de règlement des différends peut étendre la compétence du tribunal aux faits intervenus avant l'entrée en vigueur du traité, sans que le traité s'applique nécessairement de façon rétroactive⁴⁵¹. Le Tribunal, dans l'affaire *SGS contre Philippines*, marque bien la différence :

« *According to Article II of the BIT, it applies to investments « made whether prior to or after the entry into force of the Agreement ». Article II does not, however, give the substantive provisions of the BIT any retrospective effect. The normal principle stated in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies (...). It may be noted that in international practice a rather different approach is taken to the application of treaties to procedural or jurisdictional clauses than to substantive obligations* »⁴⁵².

On ne peut que tomber d'accord avec cette assertion, mais il faut noter que les clauses relatives au champ d'application⁴⁵³ et celles relatives à la compétence ne sont pas toujours

⁴⁴⁷ S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 794.

⁴⁴⁸ V., par ex., A. de Nanteuil, "Application des traités dans le temps et compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 38-45.

⁴⁴⁹ V. J. Matringe, "La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 45-83, p. 45.

⁴⁵⁰ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 176.

⁴⁵¹ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 39. V., par ex., CIRDI, *Salini Costruttori SpA contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004, paragraphes 176-177 ; CIRDI, *Impregilo contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 309

⁴⁵² CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, paragraphes 166 et 167.

⁴⁵³ V. not., D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 174-180.

distinguées, ce qui peut expliquer la confusion⁴⁵⁴. En outre, le consentement de l'Etat à l'arbitrage se situant dans le traité, en l'absence de précision, il ne vaudra qu'une fois intervenue l'entrée en vigueur. En tous cas, les traités peuvent fournir, au titre de ces deux clauses, des indications utiles, auxquels les tribunaux CIRDI ont recours – parfois de façon trop extensive⁴⁵⁵.

Il faut donc, dans tous les cas, prêter une grande attention aux termes employés par les traités⁴⁵⁶, ceux précisant parfois cette condition dans la clause de règlement des différends⁴⁵⁷.

Par exemple, certains accords prévoient explicitement l'exclusion de la compétence pour les différends nés avant l'entrée en vigueur du traité, même si ceux-ci se poursuivent après⁴⁵⁸. C'était le cas dans l'affaire *Maffezini c. Espagne*, mais le tribunal considéra que le traité était entré en vigueur, lorsque le différend, dans son acception technique et juridique⁴⁵⁹, est apparu⁴⁶⁰. Il précise :

« *there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them* »⁴⁶¹.

Il faudra alors être particulièrement attentif à la date de naissance du différend – et *a fortiori* à la définition de celle-ci – du fait qu'elle détermine la compétence *ratione temporis*. Par exemple, le Tribunal dans l'affaire *Lucchetti* a décliné sa compétence, considérant que le différend était apparu avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement entre le

⁴⁵⁴ V., sur les difficultés de la question et pour des exemples récents de cette confusion, A. de Nanteuil, "Application des traités dans le temps et compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.

⁴⁵⁵ Dans certaines affaires, les tribunaux vont se fonder exclusivement sur la clause d'application dans le temps, sans même s'interroger sur la clause de règlement des différends. V. not., CIRDI, *MCI Power Group LC et autres c. Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007 ; CIRDI, *Maffezini c. Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000 ; CIRDI, *Jan de Nul N.V c. Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006.

⁴⁵⁶ S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 792.

⁴⁵⁷ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 175-178.

⁴⁵⁸ V., par ex., le TBI Portugal – Pakistan, 1995.

⁴⁵⁹ V. la définition de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, définissant le différend comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses ou d'intérêts entre deux personnes ». V. CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 1924, CPJI Série A n° 2, p. 11 ; CIJ, *Affaire relative au Timor oriental (Portugal contre Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, CIJ Rec. 1995, p. 100. V. également C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.

⁴⁶⁰ CIRDI, *Maffezini c. Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000, paragraphes 91-98.

⁴⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 96. V. également CIRDI, *Helnan contre Egypte*, décision sur la compétence du 17 octobre 2006, paragraphes 33 à 57.

Chili et le Pérou⁴⁶² ; mais un autre Tribunal accepta sa compétence, considérant qu'il existait un nouveau différend entre les parties, intervenu après l'entrée en vigueur du traité, bien distinct de celui qui existait avant son entrée en vigueur :

*« while the dispute which gave rise to the proceedings before the Egyptian courts and authorities related to questions of contract interpretation and of Egyptian law, the dispute before this ICSID Tribunal deals with alleged violations of the two BITs »*⁴⁶³.

Certains traités bilatéraux d'investissement – en particulier les modèles nord-américains – prévoient également parfois un délai de forclusion pour le dépôt d'une plainte à l'arbitrage. Par exemple, le modèle canadien de 2004 précise que :

« L'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage (...) uniquement si les conditions suivantes sont réunies : (...)
b) au moins six mois se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte ;
c) pas plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi »⁴⁶⁴.

De même l'Accord entre la Colombie et le Royaume-Uni précise que :

*« An investor may not submit the Notification of Intent, and therefore may not invoke the international arbitration procedures (...) if more than five years have elapsed since the date the investor had knowledge or ought to have had knowledge of the alleged violation »*⁴⁶⁵.

Quant au modèle norvégien de 2007, il prévoit un délai de 10 ans⁴⁶⁶.

Dans certaines affaires, ce délai a pu être avancé pour que le tribunal décline sa compétence, au moins pour une partie du différend⁴⁶⁷. Les Tribunaux sont attentifs à cette condition, mais considèrent, toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour mondiale⁴⁶⁸, que même si

⁴⁶² CIRDI, *Lucchetti SA contre Pérou* (ARB/03/4), sentence d'incompétence, 7 février 2005, paragraphes 48-59. V., pour commentaire, J. P. Gaffney, "Jurisdiction *ratione temporis* of ICSID Tribunals: Lucchetti and Jan De Nul Considered", *Transnational Dispute Management*, 2006.

⁴⁶³ CIRDI, *Jan de Nul NV & Dredging International NV contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006, paragraphe 117. V., pour commentaire, J. P. Gaffney, "Jurisdiction *ratione temporis* of ICSID Tribunals: Lucchetti and Jan De Nul Considered", *Transnational Dispute Management*, 2006. V. également CIRDI, *Helnan International Hotels A/S contre Egypte* (ARB/05/19), décision sur la compétence du 17 octobre 2006.

⁴⁶⁴ Art. 26 du modèle canadien de 2004. V. également l'art. 26 du modèle américain de 2012 : « Aucune plainte ne pourra être soumise à l'arbitrage au titre de la présente section si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la partie requérante a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué (...) ou du dommage subi ».

⁴⁶⁵ Art. IX, paragraphe 14 du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

⁴⁶⁶ Art. 15, paragraphe 4, du modèle norvégien de 2007.

⁴⁶⁷ CIRDI, *Marvin Roy Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 58 ; CIRDI, *Mondev contre Etats-Unis* (ARB(AF)99/2), sentence du 11 octobre 2002 ; S.A. CNUDCI, *UPS contre Canada*, sentence du 11 juin 2007, paragraphes 20 à 31.

⁴⁶⁸ CPIJ, *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, arrêt du 4 avril 1939, *CPJI Série A/B n° 77*, p. 64, p. 82.

leur compétence se limite au litige intervenu dans les trois ans, ils peuvent connaître des faits au-delà de ce délai afin de vérifier la légalité de la mesure⁴⁶⁹.

Cependant, les clauses de règlement des différends ne sont pas toujours aussi précises. Ce n'est pas pour autant que le tribunal ne s'attachera pas à la formulation de la clause de règlement des différends, l'analyse grammaticale ayant parfois permis au tribunal d'exclure toute portée rétroactive à la clause⁴⁷⁰. Les tribunaux arbitraux refusent, dans tous les cas, de se prêter à une recherche de la volonté implicite des Etats, mais la frontière est parfois difficile à trancher⁴⁷¹.

La compétence *ratione temporis* dépend donc de la clause de règlement des différends, mais également beaucoup du champ d'application du traité dans le temps, fixé par les conventions bilatérales d'investissement⁴⁷². Dans la majorité des cas, les conventions bilatérales d'investissement sont conclues pour une période limitée – en général de 10 ans – courant à partir de l'entrée en vigueur. L'entrée en vigueur intervient souvent soit à la réception de la seconde notification⁴⁷³, soit un mois après l'échange des instruments de ratification⁴⁷⁴. Néanmoins, en attendant la mise en application définitive, il pourra y avoir une mise en application provisoire.

⁴⁶⁹ S.A. CNUDCI, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al contre Etats-Unis d'Amérique*, décision sur la compétence du 20 juillet 2006, paragraphe 86.

⁴⁷⁰ CIRDI, *Tradex Hellas contre Albanie* (ARB/94/2), décision sur la compétence, 24 décembre 1996. Dans cette affaire, le tribunal analysa la formulation grammaticale de la clause et conclut de l'emploi du futur que les parties contractantes n'avaient pas eu l'intention d'inclure les différends nés avant l'entrée en vigueur du traité. Même si l'analyse grammaticale n'est pas reprise et que les motivations sont davantage laconiques, un raisonnement similaire semble avoir été adopté dans les affaires CIRDI, *Salini Costruttori SpA contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 29 novembre 2004 et CIRDI, *Impregilo SpA contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence, 22 avril 2005. Dans cette dernière affaire, le tribunal se contenta de noter qu'« une telle formulation et l'absence de disposition spécifique pour la rétroactivité impliquait que les différends qui avaient pu survenir avant l'entrée en vigueur du TBI n'étaient pas couverts » (paragraphe 300, traduction de S. Manciaux in S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 793).

⁴⁷¹ Certains traités bilatéraux d'investissement sont rédigés en termes si larges qu'il semble difficile d'exclure par principe les différends nés avant l'entrée en vigueur du traité. C'est le cas de la clause de règlement des différends incluse dans le traité entre la France et l'Algérie : « Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé... ». V., pour une analyse plus détaillée, S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 795.

⁴⁷² R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., pp. 44-47.

⁴⁷³ V. l'art. 13, paragraphe 1, du TBI Suisse – Chine, 2009. V. également l'art.14 du TBI Inde – Suisse, 1997, et l'art. 14 du TBI Inde – UE, 1997 ; l'art. XI du modèle turc de 2000 ; l'art. 14 du modèle indien de 2003.

⁴⁷⁴ Certains accords sont, toutefois, plus précis, les modèles américains prévoyant l'entrée en vigueur après un délai de 30 jours (art. 22), tout comme le TBI Colombie – Pérou de 1994 (article 15) et le TBI Suède – Turquie de 1997 (art. 10). Ce délai peut être porté à soixante jours dans certains accords. V. par ex., l'art. XIII du modèle colombien de 2008 ; et l'art. XV du TBI Colombie - Royaume-Uni, 2010. Les traités conclus par la Chine, conformément à l'art. 13 de son modèle de 2003, font référence au premier jour du mois suivant l'échange des instruments de ratification. Les modèles allemand de 2005 et néerlandais de 1997 prévoient, respectivement à leurs articles 13 et 14, que le traité entrera en vigueur au premier jour du second mois suivant l'échange des instruments de ratification ; le modèle norvégien de 2007 fait référence au premier jour du troisième mois (art. 34).

Les investissements constitués avant l'entrée en vigueur pourront faire l'objet de dispositions spécifiques qui les assimilent explicitement aux investissements constitués après son entrée en vigueur⁴⁷⁵. Parfois, soit dans le corps même de l'accord⁴⁷⁶, soit par protocole additionnel⁴⁷⁷, soit par voie d'échange de lettres⁴⁷⁸, le bénéfice de l'extension sera accordé de façon automatique à l'ensemble des investissements constitués avant la date de l'entrée en vigueur. Cependant, même en l'absence d'indication spécifique, il est considéré que l'application du traité aux investissements existant ne constitue pas une application rétroactive⁴⁷⁹.

Certains traités préfèrent, toutefois, préciser les conditions d'application *ratione temporis*. Par exemple, l'Accord de 2009 entre la Chine et la Suisse prévoit explicitement, dans sa clause relative au champ d'application, que les investissements constitués avant l'entrée en vigueur seront couverts par la protection du traité :

« Le présent Accord est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie contractante, conformément à ses lois et règlements, par des investisseurs de l'autre Partie contractante, avant ou après son entrée en vigueur. Il n'est toutefois pas applicable aux créances ou différends nés d'évènements antérieurs à son entrée en vigueur »⁴⁸⁰.

Toutefois, l'Accord prend garde d'exclure explicitement la compétence arbitrale pour les différends nés avant l'entrée en vigueur⁴⁸¹. De même, l'Accord entre l'Allemagne et la Chine précise, dans une disposition relative à la transition que :

« Le présent Accord s'appliquera à tous les investissements réalisés par les investisseurs de l'une ou l'autre Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord. Il ne s'appliquera cependant pas à tout litige ni à toute revendication relatif à un investissement qui faisait déjà l'objet d'une procédure judiciaire ou arbitrale avant son entrée en vigueur »⁴⁸².

⁴⁷⁵ V. l'art. 1, alinéa 2, du modèle français de traité bilatéral d'investissement de 2006. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 43-45.

⁴⁷⁶ V. not., les TBI France - Ile Maurice (1973) ; TBI France - Singapour (1975) ou TBI - Roumanie (1995). V. également l'art.10 du modèle néerlandais de 1997 ; l'art. XI du modèle turc de 2000 ; l'art. 2 du modèle indien de 2003. V., par ex., l'art. 10 du TBI Pays-Bas - Mali, 2003 : « Les dispositions du présent Accord s'appliqueront également, à compter de la date de son entrée en vigueur, aux investissements effectués avant cette date ».

⁴⁷⁷ V. le TBI France - Malte, 1976.

⁴⁷⁸ Ce fut le cas entre la France et la Corée. V. également le TBI France - Corée, 1977.

⁴⁷⁹ S.A. ASEAN, *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd contre Myanmar*, sentence du 31 mars 2003. K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 175.

⁴⁸⁰ Art. 2 du TBI Suisse - Chine, 2009 ; l'art. 2 du TBI Suisse - Colombie, 2006. V. également l'art. 11 du TBI Allemagne - Chine, 2003 ; l'art. 10 du TBI Colombie - Pérou, 1994 ; l'art. 2 du TBI Inde - Suisse, 1997, et l'art. 2 du TBI Inde - UEFL, 1997.

⁴⁸¹ J. Matringe, "La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 45-83.

⁴⁸² Art. 16 du TBI Allemagne - Chine, 2003. V. également l'art. 10 du TBI Allemagne - Guinée, 2006.

Le modèle américain de 2012 prend également la précaution d'exclure les faits ou situations qui ont cessé d'exister avant l'entrée en vigueur, écartant ainsi les différends de la compétence arbitrale⁴⁸³. Le modèle norvégien répète cette exclusion à deux reprises, la première fois dans sa disposition relative au champ d'application⁴⁸⁴ et, la seconde, dans ses clauses de règlement des différends⁴⁸⁵. Le modèle français en fait de même. Toutefois, sans imposer le règlement arbitral, il le conseille aux parties au différend :

« Le présent Accord couvre l'ensemble des investissements effectués, avant ou après son entrée en vigueur. Il ne couvre pas les différends survenus avant son entrée en vigueur. Toutefois, les parties à ces différends s'efforceront d'en appliquer les dispositions »⁴⁸⁶.

Parallèlement, l'arrivée du terme ne met pas nécessairement fin à la convention, qui peut être soit tacitement reconduite, soit formellement renouvelée pour des durées variables ou indéfiniment⁴⁸⁷. Dans le modèle français, la reconduction tacite est possible soit pour une seule période de 10 ans, soit pour un nombre illimité de périodes de 10 ans⁴⁸⁸, soit pour une durée indéterminée⁴⁸⁹. La dénonciation est donc toujours possible par voie diplomatique, mais il faudra toujours un préavis de dénonciation⁴⁹⁰, qui varie entre six mois et un an⁴⁹¹.

Des clauses de rémanence sont incluses dans l'ensemble des conventions. La rémanence permet, après qu'une convention a cessé d'être en vigueur, d'en prolonger, en tout ou en partie, les effets dans le temps, de sorte que les investissements constitués sous l'empire de cet accord continuent à bénéficier du traitement, de la protection voire de la garantie résultant de

⁴⁸³ V. l'art. 2, paragraphe 3, du modèle américain de 2012 : « *For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty* ». V. également l'art. 11 du modèle chinois de 2003 ; l'art. 2, paragraphe 3, du modèle américain de 2004 ; l'art. 12 du modèle anglais de 2006 ; l'art. II du modèle colombien de 2008 ; l'art. XIII du TBI Colombie – Royaume-Uni, 2010.

⁴⁸⁴ V. l'art. 1^{er} du modèle norvégien de 2007.

⁴⁸⁵ V. l'art. 13 du modèle norvégien de 2007 : « *This Section does not apply to disputes arising out of events that have occurred before the entry into force of this Agreement* ».

⁴⁸⁶ Art. 2 du TBI France – Sénégal, 2007.

⁴⁸⁷ V. l'art. 22 du modèle américain de 2012 : « *It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated* ». V. également l'art. 15 du TBI Colombie – Pérou, 1994 : « Il est valable pendant dix ans et se proroge ensuite pour une durée indéfinie ». Dans l'Accord entre la Chine et la Suisse, le traité est reconduit tacitement pour des périodes de deux ans. V. l'art. 13 du TBI Suisse – Chine, 2009.

⁴⁸⁸ V. également l'art. 14 du modèle néerlandais de 1997.

⁴⁸⁹ V., par ex., l'art. 13 du TBI France – Sénégal, 2007 : « L'accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an ».

⁴⁹⁰ Sur les dénonciations récentes, v. *infra*, p. 837 et s.

⁴⁹¹ V. également l'art. 15 du TBI Colombie – Pérou, 1994 ; v. également l'art. 11 du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. XIII du TBI Colombie – Royaume-Uni, 2010.

ses dispositions. La portée de la clause est limitée dans le temps : elle varie entre 10⁴⁹² et 20⁴⁹³ ans le plus souvent.

La question de la délimitation *ratione temporis* de la compétence du CIRDI a donc été soulevée dans de nombreuses affaires, créant une jurisprudence importante et d'une relative cohérence, hormis la regrettable exception de l'affaire *Luchetti*⁴⁹⁴. Les arbitres CIRDI ont eu une conception extensive de ce critère, de façon à offrir le bénéfice des traités et le maximum de sécurité aux investissements existants et futurs⁴⁹⁵.

Pour conclure, il convient de rappeler une dernière condition classique, à savoir que le dommage doit être certain et non hypothétique⁴⁹⁶. Même si cette condition n'est pas généralement mentionnée dans les traités bilatéraux d'investissement, elle participe à la définition même du différend. La question a été soulevée plusieurs fois par des Etats l'utilisant comme moyen pour que le tribunal décline sa compétence, mais n'a jamais été retenue⁴⁹⁷. Les Tribunaux en font une appréciation assez souple, considérant que même si l'ensemble du préjudice ne s'est pas produit, il suffit que l'investisseur ait subi un dommage :

« It is, according to this Tribunal, in the nature of disputes such as the present one that some of the damage is concrete and specific in that it has occurred already, while some, which may occur later, is not yet specified but is more or less foreseeable under the circumstances. (...) Many investment disputes arise from situations with continuing adverse effects on the claimants and these will have to be taken into account by the arbitral tribunal called upon to deal with those disputes, at least regarding damage that was uncertain at the jurisdictional phase but crystallized at the

⁴⁹² V., par ex., l'art. 13, paragraphe 2, du TBI Suisse – Chine, 2009 : « En cas de dénonciation, les dispositions des art. 1 à 12 du présent Accord continueront de s'appliquer pendant une période supplémentaire de dix ans aux investissements effectués avant son expiration ». V. également l'art. 22, paragraphe 3, du modèle américain de 2012.

⁴⁹³ V. l'art. 11, paragraphe 4, du TBI Allemagne – Chine, 2003 : « S'agissant des investissements ayant été effectués avant la date de cessation du présent Accord, les dispositions des art. 1 à 14 continueront à produire leurs effets pour une période ultérieure de vingt années à compter de cette date de dénonciation ». L'art. XV du TBI Colombie – Royaume-Uni, 2010, prévoit l'application pour une période de quinze ans.

⁴⁹⁴ V. CIRDI, *Luchetti SA contre Pérou* (ARB/03/4), sentence d'incompétence, 7 février 2005. Dans cette affaire, le tribunal arbitral a refusé de reconnaître sa compétence, considérant que le différend qui lui était soumis était né avant l'entrée en vigueur du traité bilatéral d'investissement entre le Chili et le Pérou. Pour une analyse critique, v. S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, pp. 798-801.

⁴⁹⁵ V., à cet égard, l'affaire CIRDI, *Jan de Nul NV & Dredging International NV contre Egypte* (ARB/04/13), objections préliminaires, sentence du 6 novembre 2008, commentée in Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p.

⁴⁹⁶ C. Schreuer, "What is a Legal Dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., pp. 94-95 ; K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 480-481.

⁴⁹⁷ CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004 ; CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004 ; CIRDI, *AES Corporation contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence du 26 avril 2005 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006 ; CIRDI, *Micula et al. contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 28 septembre 2008.

merits stage. This is one of the reasons why the present Tribunal, at this point, dismisses the present objection, all the more so because the Claimants, prima facie, have demonstrated their assertion that some damage has occurred »⁴⁹⁸.

Par exemple, le Tribunal a refusé de décliner sa compétence dans une affaire concernant une taxe, à laquelle l'investisseur devait être soumis, considérant que le différend n'était pas hypothétique :

« The Tribunal is mindful of the fact that once the taxes have been assessed and the payment ordered there is a liability of the investor irrespective of the actual collection of those amounts. This means that a claim seeking protection under the Treaty is not hypothetical but relates to a very specific dispute between the parties »⁴⁹⁹.

La volonté de protéger l'investisseur, telle qu'elle ressort des traités bilatéraux d'investissement, oblige ici le tribunal à se reconnaître compétent pour un dommage certain, qui n'a pourtant pas encore eu lieu.

Même si les tribunaux arbitraux se défendent d'avoir une interprétation extensive, il est indéniable qu'ils s'éloignent parfois beaucoup des clauses de règlement des différends incluses dans les traités bilatéraux d'investissement et du sens ordinaire des termes qu'elles contiennent dans l'appréhension de leur compétence. Si l'objet des traités est de protéger les investisseurs et si cet objet est bien relayé par la jurisprudence, on peut toutefois s'interroger sur le fait que cette motivation soit suffisante pour passer outre la volonté expresse des Etats, notamment d'imposer un délai, un mode de règlement des différends ou un choix à l'investisseur. Cette jurisprudence, très favorable à l'investisseur, est principalement la responsabilité des arbitres, les clauses de règlement des différends étant, en général, assez équilibrées.

La procédure de l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement se trouve donc à la croisée du droit international public – et en particulier du droit des traités – du droit du contentieux et du droit de la responsabilité internationale. La plupart des conditions ne sont pas spécifiques au droit international des investissements, mais ont été plus ou moins revisitées par l'arbitrage CIRDI ou par les traités bilatéraux d'investissement. Dans ces accords, l'obligation classique d'épuisement des voies de recours internes s'est transformée en simple obligation de règlement amiable ou délai de recours aux institutions nationales ; la compétence *ratione temporis* s'étend avec une applicabilité dans le temps du traité extensive. Parallèlement, les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont eu une conception large de ces conditions, la clause de choix définitif n'imposant qu'un choix temporaire et le dommage certain pouvant être plus ou moins hypothétique. La même approche a été adoptée pour les

⁴⁹⁸ CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentina Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006, paragraphes 177-178.

⁴⁹⁹ CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphe 74.

autres clauses incluses dans les conventions bilatérales d'investissement et régissant le règlement des différends. Cette jurisprudence se justifie par le caractère compréhensif des dispositions⁵⁰⁰ du traité et par une analyse téléologique de ceux-ci, qui aboutit à aller systématiquement vers la protection de l'investisseur. Cela n'a pas échappé aux rédacteurs des traités, à savoir les Etats, qui ont modifié les dispositions relatives au règlement mixte des différends pour l'enserrer dans des conditions et une procédure précise, s'imposant en plus de la Convention de Washington et venant en combler les failles.

PARAGRAPHE 2. UNE NOUVELLE ORGANISATION DE L'ARBITRAGE PAR LES CONVENTIONS BILATERALES D'INVESTISSEMENT

Trois modèles récents sont particulièrement intéressants au regard de l'évolution de l'arbitrage en matière d'investissement. En effet, plutôt que d'inclure une simple clause relative au règlement des différends, les modèles américain, canadien et norvégien y consacrent une section entière. Toutes les questions essentielles de l'arbitrage, qui relèvent traditionnellement de l'accord des parties, comme la sélection des arbitres, le lieu ou la conduite de l'arbitrage, sont réglées dans le cadre de ces sections. Cela ne signifie pas que l'autonomie des parties ou leur liberté de choix est niée, la plupart des dispositions n'étant que supplétive. Néanmoins, la précision de ces clauses révèle la volonté des Etats de permettre une procédure plus efficace, mais aussi de reprendre le contrôle de ces arbitrages souvent laissés à la discrétion des tribunaux⁵⁰¹. En effet, le caractère lacunaire des clauses de règlement des différends contenues dans les traités bilatéraux d'investissement laissaient jusqu'alors une large marge de manœuvre aux arbitres, probablement jugée trop grande par les Etats. L'influence de la jurisprudence du CIRDI sur ces accords est ici évidente, soit que ces derniers tentent de contribuer à l'œuvre accomplie par le Centre (B), soit, au contraire, qu'ils tentent d'en pallier les défaillances (A).

⁵⁰⁰ V., par ex., les considérations du Tribunal dans l'affaire CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphe 49.

⁵⁰¹ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682 ; K. J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p.. V. également le Commentaire attaché au modèle norvégien du 19 décembre 2007, 47 p., pp. 29-41.

A. A la recherche d'une jurisprudence plus cohérente

Le terme de jurisprudence peut porter à confusion en ce qui concerne le contentieux de l'investissement. Loin d'appliquer la règle du précédent, l'extrême décentralisation de l'arbitrage fait que chaque tribunal arbitral est libre dans la détermination du droit applicable et ne sera nullement lié par le corps de sentences développé précédemment. Un des tribunaux arbitraux ayant donné lieu à l'une des plus grandes contradictions dans la jurisprudence en matière d'investissement l'a d'ailleurs clairement affirmé :

« there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision »⁵⁰².

Une telle approche n'a pas été sans créer de difficulté. En effet, si l'on doit considérer que chacun de tribunaux est libre de statuer comme il l'entend, alors les risques de contradictions sont incommensurables⁵⁰³. Cela est d'autant plus vrai en matière d'investissement, dans la mesure où les traités bilatéraux ne prévoient pas un mode unique de règlement des différends, mais une option laissée à la discrétion de l'investisseur entre des mécanismes d'arbitrage, institutionnalisés ou non. Comme le note le Professeur Juillard :

« L'unité d'interprétation ne peut être assurée, dès lors qu'aucun tribunal arbitral n'est lié par les déterminations qu'opère son prédécesseur, et qu'aucun organe d'appel n'est chargé de corriger les divergences d'interprétation. Le défaut de cohérence s'introduit alors, et, avec lui, le risque d'instabilité et d'insécurité dans la définition de la règle de droit »⁵⁰⁴.

Parallèlement, les risques de contradiction dans la jurisprudence arbitrale augmentent mécaniquement avec le nombre d'affaires, dont la progression a été fulgurante⁵⁰⁵. Par exemple, comment ne pas redouter des contradictions dans la jurisprudence issue des différentes affaires argentines ? Certains pourraient considérer que ces incohérences ne portent nullement préjudice au CIRDI, ce qui semble d'ailleurs être démontré par son fort succès. Néanmoins, l'on peut penser que même si pour l'instant ces difficultés n'ont pas porté préjudice au CIRDI, cela ne saurait tarder, les incohérences dans la jurisprudence, tendant à

⁵⁰² CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, paragraphe 97.

⁵⁰³ V., sur les contradictions de la jurisprudence du CIRDI, J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220.

⁵⁰⁴ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 680.

⁵⁰⁵ J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220.

nuire aux parties à l'arbitrage et au climat d'investissement, l'absence de sécurité juridique étant particulièrement problématique dans ce domaine.

Heureusement, les arbitres ont, en général, statué avec sagesse et ont tenté de donner cohérence à ce droit⁵⁰⁶. Cela ne signifie pas que la « jurisprudence » n'ait pas rencontré certains écueils, comme il a été notamment évoqué à propos de la distinction entre réclamations contractuelles ou conventionnelles ou encore de l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends. C'est pour mettre fin à ce problème de cohérence que les traités bilatéraux se sont emparés de la question. Deux techniques apparaissent dans les nouveaux modèles d'accords pour résoudre cette difficulté, l'une prônant la jonction des affaires relatives à des faits similaires (1°), l'autre étant favorable à l'instauration d'un organe d'appel, capable d'harmoniser la jurisprudence (2°).

1°) La consolidation des affaires

La première technique qui ressort des traités bilatéraux d'investissement est qualifiée de consolidation ou de jonction et a vocation à éviter que le même litige ne soit porté devant deux juridictions différentes. En effet, face au développement spectaculaire des mécanismes de règlement des différends, même dans le seul domaine du contentieux économique international, les cas de possibles conflits de juridiction sont multipliés. Comme le note Walid Ben Hamida :

« On peut citer, à titre d'exemple, l'organe de règlement des différends de l'OMC, les procédures prévues dans les différents accords de libre échange, les mécanismes prévus dans les conventions fiscales internationales, les différentes cours régionales des droits de l'homme qui contrôlent le respect de certains droits économiques et les juridictions communautaires en Europe, en Afrique et en Amérique latine (CJCE, Cour de justice de l'Amérique centrale et Cour de justice de la Communauté andine). Ces mécanismes s'ajoutent aux juridictions traditionnelles telles que les juridictions internes, les juridictions choisies par les parties en vertu d'une clause de règlement des litiges insérée dans un contrat, les juridictions du droit international public telles que la CIJ et l'arbitrage interétatique »⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Certains ont pu parler de « *peer pressure* ». V. J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220.

⁵⁰⁷ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 566.

Comme le constate l'auteur, ces juridictions n'obéissent pas aux mêmes règles de compétence, mais cette multiplicité de juridictions augmente dans tous les cas le risque de contradiction dans les décisions prises en matière d'investissement.

Même si certaines clauses des traités bilatéraux d'investissement – comme la clause *electa una via* ou celle d'épuisement des voies de recours internes, au moins pendant un certain délai – ont pour objet d'éviter qu'un même différend ne soit porté devant diverses juridictions, elles ne sont pas parvenues à empêcher les conflits. Les affaires *Ronald S. Lauder contre République tchèque* et *CME B.V contre République tchèque*⁵⁰⁸, même s'il s'agit d'arbitrages sur le fondement du règlement CNUDCI et non d'affaires portées devant le CIRDI, sont à cet égard révélatrices. Initiées à la suite de la mise en place de nouvelles exigences par le Conseil de la radiodiffusion, ces affaires portaient sur les mêmes faits, les mêmes mesures, le même investissement et les mêmes arguments juridiques étaient soulevés, même s'ils ne se fondaient pas sur le même traité bilatéral d'investissement⁵⁰⁹. Or, les deux sentences rendues sont parvenues à des résultats diamétralement opposés et contradictoires⁵¹⁰. Dans la première sentence, les mesures ont été considérées comme légitimes et n'ont pas donné lieu à indemnisation ; alors que dans la seconde, les arbitres ont considéré que ces mesures équivalaient à une expropriation et qu'elles devaient aboutir à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat. Le refus par la République tchèque d'accepter la proposition des investisseurs de consolider les deux procédures a donc abouti à révéler en pleine lumière les possibles contradictions et incohérences de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement. Or, les cas de possibles conflits sont nombreux. En l'espèce, il s'agit de deux actions séparées, l'une par un actionnaire et l'autre par la société. Mais l'on peut également imaginer qu'une mesure générale prise par un Etat aboutisse à de nombreux litiges ayant tous le même fondement. L'exemple de l'Argentine est ici le plus probant. La loi du 6 janvier 2002 supprimant la parité pesos-dollar a abouti à de très nombreuses demandes d'arbitrages, fondées sur les mêmes faits considérés comme une expropriation déguisée. Parallèlement, les options laissées aux parties dans les diverses clauses de règlement des différends à leur disposition augmente le risque de multiplication des forums et *a fortiori* de décisions contradictoires.

⁵⁰⁸ V. S.A. CNUDCI, *Ronald S. Lauder contre République Tchèque*, sentence du 3 septembre 2001, Londres ; et S.A. CNUDCI, *CME B.V contre République Tchèque*, sentence du 13 septembre 2001, Stockholm. V., pour commentaire, B. Bezdek, "Lauder, CME Battle Czech Republic on Media Investment : Panels in London and Stockholm Reach Opposite Result", *News and Notes from the Institute for Transnational Arbitration*, n° 4, 2001, p. 1 et s.

⁵⁰⁹ V., pour plus de précision, W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 579.

⁵¹⁰ W. Kuhn, "How to Avoid Conflicting Awards – The Lauder and CME Cases ", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 1, 2004, pp. 564-602. Certains ont, néanmoins considéré que les sentences, dans les deux affaires, n'étaient pas si contradictoires, les tribunaux arbitraux ayant convenu que la République Tchèque avait pris des mesures discriminatoires et arbitraires, violant ainsi les traités bilatéraux d'investissement en cause. La différence se situe au niveau de la preuve du préjudice, ce qu'a échoué à démontrer Lauder alors que CME y est parvenue. V. A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, pp. 412-413.

Plusieurs solutions ont pu être envisagées, notamment dans les derniers modèles de traités bilatéraux d'investissement. Certaines sont empruntées au droit judiciaire commun, d'autres sont spécifiques au droit international des investissements⁵¹¹. Dans la première catégorie, on trouve en particulier les principes de l'autorité de la chose jugée – ou *res judicata* – qui « interdit les instances successives portant sur un même litige » ou de la litispendance⁵¹² – ou *lis pendens* – qui fait « obstacle à la soumission simultanée d'un même litige à deux juridictions »⁵¹³. Ce sont des principes universels, qui s'appliquent même en l'absence de fondement conventionnel. Il demeure que certains modèles récents d'accords de promotion et de protection des investissements les évoquent, comme le modèle norvégien de 2007. Ces principes ne sont, cependant, pas suffisants et des techniques propres au droit international des investissements sont venues s'ajouter, comme la clause *electa una via* ou *fork in the road* évoquée précédemment⁵¹⁴ ou encore la clause prévoyant que le plaignant renonce explicitement aux autres voies de recours ouvertes – *the waiver of alternative forums*⁵¹⁵. Les difficultés liées à cette dernière disposition et son inefficacité ont conduit les rédacteurs des nouveaux modèles de traités bilatéraux d'investissement à adopter une nouvelle technique, propre au droit des investissements, la consolidation. Ce procédé consiste en la jonction de plusieurs affaires portant sur les mêmes faits afin de les soumettre à un seul tribunal arbitral qui statuera sur l'ensemble des réclamations. Ainsi, par exemple, le modèle norvégien d'accord de 2007 fait-il référence, non seulement aux principes de *res judicata* et de litispendance, mais aussi à la consolidation. A son article 16, traitant des « *Additional Procedural Issues* », il propose :

« *The Tribunal shall, as appropriate, take into account the principles of res judicata and lis pendens, in accordance with international law, to hinder abuse of rights under*

⁵¹¹ V. W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 581 et s. V. également A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420.

⁵¹² V., par ex., sur ces principes, D. D. Reichert, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings: The Litispence Principle and International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 8, 1992, p. 237 et s. ; E. Geisinger et L. Levy, "La litispendance dans l'arbitrage commercial international", *Bulletin de la CCI*, 2003, pp. 55-73 ; P. Mayer, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international" in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, XII-361 p. ; A. Reinisch, "The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 37 et s. ; International Law Association, *Res Judicata and Arbitration*, Conférence de Berlin, 2004, 27 p. ; M. Beeley et H. Seriki, "*Res Judicata* - Recent Developments in Arbitrations", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 111-116 ; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, LI-490 p., pp. 336-372.

⁵¹³ Définitions proposées par W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 589 et p. 591.

⁵¹⁴ V. not., A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, p. 395 et s..

⁵¹⁵ *Ibid.*, pp. 397-398.

this agreement, as well as otherwise exercising sound judicial economy. If all parties to the dispute so agree, the Tribunal may consolidate claims »⁵¹⁶.

Il est intéressant de noter que ce modèle laisse une plus grande marge de liberté aux parties et surtout au tribunal arbitral. Comme le mentionne le Commentaire de ce modèle, l'article 16 ne comprend aucune véritable obligation, mais remplit davantage une fonction d'information, tant de l'investisseur sur ses droits et leurs limites, que du tribunal sur les options qui lui sont ouvertes⁵¹⁷. A cet égard, il convient de distinguer entre la consolidation volontaire ou imposée.

La consolidation volontaire, qui par définition est soumise à la volonté et à la coopération des parties, peut être directe, si celles-ci décident de joindre leurs réclamations ou indirecte – *de facto*⁵¹⁸ – dans le cas où les parties dans des affaires similaires décident de choisir les mêmes arbitres⁵¹⁹. Ce fut le cas dans les affaires *Salini contre Maroc* et *RFCC contre Maroc* qui concernaient des faits identiques et se fondaient sur le même traité bilatéral d'investissement ; mais aussi dans les affaires *Sempra Energy* et *Camuzzi International contre Argentine* ou encore dans les affaires *Suez and Interaguas* et *Suez and Vivendi contre Argentine*. Les parties à chacune des affaires ont décidé, sur proposition du Secrétariat du CIRDI, de désigner les mêmes arbitres même si les procédures étaient conduites séparément. On comprend bien que cette solution s'inscrive directement dans une volonté d'imprimer plus de cohérence à la jurisprudence arbitrale. Toutefois, cette consolidation volontaire étant entre les mains des parties, elle n'est pas toujours réalisable. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *CMS contre Argentine*, le tribunal insiste sur le fait que :

« le Centre a fait tous les efforts possibles pour éviter une multiplicité de tribunaux et de compétences, mais il n'est pas possible d'empêcher différents investisseurs d'exercer les droits qu'ils sont susceptibles d'avoir en vertu de différents instruments »⁵²⁰.

⁵¹⁶ Art. 16 du modèle norvégien d'accord pour la promotion et la protection des investissements, 19 décembre 2007.

⁵¹⁷ V. le point 4.3.4 du Commentaire du modèle norvégien « *Additional Procedural Issues* » : « *Article 16 primarily serves an information function. It points out that the same investor should not be able to apply to an arbitration tribunal several times concerning the same case. Arbitration tribunals may preclude such legal action by means of well-known legal instruments such as res judicata and lis pendens. The provision further points out that, if two or more investors submit claims against a host country on the basis of the same circumstances, the cases may be merged if so agreed by all* ».

⁵¹⁸ V. A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, p. 387 ; C. B. Lamm, H. T. Pham et A. K. Meise Bay, "Consent and Due Process in Multiparty Investor-State Arbitrations" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 54-76 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 454-457.

⁵¹⁹ L'exemple le plus ancien dans l'histoire du CIRDI de consolidation *de facto* remonte aux affaires CIRDI, *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. contre Jamaïque* (ARB/74/2), sentence du 6 juillet 1975 ; CIRDI, *Kaiser Bauxite contre Jamaïque* (ARB/03/22), sentence du 6 juillet 1975 ; CIRDI, *Reynolds Jamaica Mines Ltd and Reynolds Metals Co contre Jamaïque* (ARB/74/4), interruption de la procédure.

⁵²⁰ CIRDI, *CMS contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence, 17 juillet 2003.

Un nouveau type de clause est ainsi apparu, prévoyant cette fois une jonction imposée des plaintes portant sur le même différend. L'Accord de libre-échange nord-américain dispose, à l'article 1126, paragraphe 2, que :

« Un tribunal établi aux termes du présent article qui est convaincu que les plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120 portent sur un même point de droit ou de fait pourra, dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes (...) se saisir de ces plaintes et en connaître simultanément »⁵²¹.

Il est intéressant de noter qu'en cas de consolidation, la procédure arbitrale semble échapper aux parties. En effet, tout est prévu à l'article 1126 et aucune marge de manœuvre n'est laissée⁵²². Chacune des parties peut faire la demande de consolidation. Elle devra l'adresser au Secrétaire général du CIRDI et aux autres parties concernées. Dans les soixante jours, le Secrétaire général devra nommer le tribunal arbitral. Ce « super-tribunal »⁵²³ sera composé de trois arbitres choisis parmi les listes du CIRDI et devra statuer conformément au règlement CNUDCI. Les autres investisseurs, ayant institué un arbitrage en vertu de l'ALENA, pourront alors adresser une demande en vue de l'inclusion de leur plainte à la procédure de consolidation. Le tribunal devra alors décider de se saisir ou non des différentes plaintes et, s'il décide de consolider les affaires, il devra déterminer s'il souhaite en connaître en totalité ou en partie. On comprend alors bien pourquoi cette procédure peut être qualifiée de consolidation imposée, cet arbitrage échappant totalement aux parties. Cela est d'autant plus vrai que ce « super-tribunal » dispose d'une compétence prioritaire, obligeant les autres tribunaux constitués en vertu du chapitre 11 de l'ALENA à surseoir à statuer ou, dans le cas où il se serait déclaré compétent pour une plainte, à décliner leur compétence pour régler cette réclamation.

Les modèles récents d'accords bilatéraux d'investissement reprennent ce type de disposition, prévoyant également le recours à la consolidation⁵²⁴. L'article 33 du modèle américain de 2012 – directement repris du modèle de 2004 – contient ainsi une clause prévoyant la jonction des affaires naissant des mêmes événements et concernant les mêmes questions de droit ou de fait :

« 1. Lorsque deux ou plusieurs plaintes sont soumises séparément à l'arbitrage au titre de l'article 24(1) et que lesdites plaintes portent sur un même point de droit ou de fait

⁵²¹ Art. 1126 de l'ALENA, portant sur la « Jonction ».

⁵²² V., pour un commentaire plus précis de la procédure mise en place par l'article 1126 de l'ALENA, A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, p. 401 et s..

⁵²³ L'expression appartient à Jan Paulsson ("Arbitration without privity", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257, p. 248) et a été reprise par Walid Ben Hamida in "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 599.

⁵²⁴ V., sur ce point, A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, p. 403.

ou sont nées des mêmes évènements ou circonstances, n'importe quelle partie contestante est en droit de solliciter une ordonnance de jonction »⁵²⁵.

Les autres paragraphes de l'article 33 viennent préciser la conduite de la procédure. La partie cherchant à obtenir la consolidation des affaires doit déposer sa requête auprès du Secrétaire général du CIRDI. Un tribunal arbitral composé de trois arbitres – un choisi par les demandeurs, un autre choisi par le défendeur et un troisième désignée par le Secrétaire général du CIRDI – devra alors statuer sur la question de savoir si les différentes affaires impliquent bien les mêmes questions de droit ou de fait et si elles sont nées des mêmes évènements afin de décider de consolider ou non les litiges et, si oui, dans quelle mesure, la consolidation pouvant être totale ou partielle. Dans tous les cas, sa compétence est prioritaire. On retrouve ainsi la même procédure que dans le cadre de l'ALENA⁵²⁶.

Le modèle canadien de 2004 reprend substantiellement la même disposition à son article 32, favorisant également la jonction des plaintes lorsqu'elles portent sur un même point de droit ou de fait⁵²⁷.

Quelques remarques s'imposent sur les dispositions contenues dans ces différents accords. Tout d'abord, la consolidation doit être le fruit d'une demande par l'une des parties et ne peut être soulevée d'office par un tribunal arbitral. L'autonomie des parties n'est donc pas mise à mal, la consolidation se fondant sur une base consensuelle⁵²⁸, et le tribunal arbitral ne disposera pas d'une entière liberté en la matière. Cela est d'autant plus vrai que les différents modèles imposent des conditions précises, en particulier que tous les différends naissent des mêmes évènements ou circonstances – en général de la même mesure prise par l'Etat – et impliquent les mêmes questions de droit ou de fait⁵²⁹.

Enfin, il convient de noter que cette procédure présente de nombreux avantages⁵³⁰. En effet, elle va dans le sens d'une jurisprudence arbitrale plus cohérente, en évitant le risque de

⁵²⁵ Art. 33, paragraphe 1, du modèle américain de 2004.

⁵²⁶ H. C. Alvarez, "Arbitration Under the North American Free Trade Agreement", *Arbitration International*, vol. 16, n° 4, 2000, pp. 393-430 ; M. N. Kinneer, A. K. Bjorklund et J. F. G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 974 p.

⁵²⁷ V. l'art. 32 du modèle canadien de 2004.

⁵²⁸ La question du consentement des parties à la consolidation s'est posée avec une particulière acuité dans une affaire relevant de l'ALENA, S.A. CNUDCI, *Canfor Corporation contre Etats-Unis d'Amérique ; Terminal Forest Products Ltd contre Etats-Unis d'Amérique*, ordonnance de consolidation du 7 septembre 2005, paragraphes 78-80. La procédure est, toutefois, très particulière dans le cadre de l'ALENA, du fait qu'elle ne nécessite pas l'accord des parties. V. not. H. C. Alvarez, "Arbitration Under the North American Free Trade Agreement", *Arbitration International*, vol. 16, n° 4, 2000, pp. 393-430 ; M. N. Kinneer, A. K. Bjorklund et J. F. G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 974 p., Art. 26 – Consolidation, p. 4 : « Unlike most consolidation provisions, the consent of the parties to consolidate is not required in NAFTA. As a result, the consolidation tribunal can effectively require a disputing party to participate in a consolidated arbitration against its wishes ».

⁵²⁹ V., sur ce point, A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, pp. 408-410.

⁵³⁰ V., pour plus de détails sur cette procédure, W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602. V. également, G. Kaufmann-Kohler, L. Boisson de Chazournes, V. Bonnin et M. M. Mbengue, "Consolidation of

sentences contradictoires. Elle évite également les inconvénients liés à la multiplication des forums, permettant à l'Etat d'échapper aux désagréments liés au fait de devoir préparer sa défense devant plusieurs tribunaux. Enfin, la mise en place d'une telle procédure peut inciter les petits investisseurs à recourir à l'arbitrage pour un différend qu'ils auraient, sinon, hésité à soumettre, faisant alors apparaître une forme d'action collective ou *class action* dans l'arbitrage international relatif aux investissements⁵³¹.

Ces avantages auraient dû permettre un développement rapide de cette procédure. Néanmoins, les tribunaux se sont montrés assez prudents. Par exemple, dans une affaire relevant de l'ALENA et concernant une taxe imposée par le Mexique à des sociétés américaines, le tribunal a refusé de consolider les affaires même s'il a reconnu qu'elles impliquaient les mêmes questions juridiques⁵³². En effet, la consolidation n'est pas sans risque et présente un certain nombre d'inconvénients. Par exemple, elle risque d'allonger les procédures et, par conséquent, les coûts de l'arbitrage, de même qu'elle peut poser des problèmes de confidentialité. En l'espèce, le tribunal s'était fondé sur ce dernier argument, notant que comme les sociétés étaient concurrentes, le risque lié au fait que des informations confidentielles seraient dévoilées durant la procédure était trop important. Il demeure que la consolidation mettra probablement quelques années avant de connaître un réel succès, cette procédure réduisant considérablement la liberté des parties, ce que les arbitres risquent d'avoir du mal à admettre. Il n'empêche que, le 7 septembre 2005, un tribunal arbitral a accepté de joindre trois demandes distinctes d'entreprises canadiennes contre les Etats-Unis. On peut donc imaginer que cette procédure a un bel avenir devant elle, celles-ci permettant d'éviter les risques de sentences contradictoires, comme l'a noté le tribunal arbitral dans cette dernière affaire, regrettant la non consolidation des affaires *Lauder et CME*⁵³³.

Il demeure que la consolidation est difficile à mettre en œuvre – d'autant qu'elle ne peut être que partielle – et n'est, par conséquent, pas à même d'éradiquer les problèmes de cohérence dans la jurisprudence arbitrale. De plus, en l'état actuel, la consolidation exclut le CIRDI, étant donné qu'il est toujours prévu le recours au Règlement CNUDCI pour la mise en œuvre

Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? - Colloquium on Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration Geneva, April 22, 2006 ", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 21, n° 1, 2006, pp. 59-125 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 454-457.

⁵³¹ A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - The Fordham Paper 2008*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XLIX-382 p. ; C. B. Lamm, H. T. Pham et A. K. Meise Bay, "Consent and Due Process in Multiparty Investor-State Arbitrations" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 54-76.

⁵³² V. le rejet par le tribunal arbitral (ALENA) de la demande de consolidation faite par le Mexique dans les affaires CIRDI, *Corn Products International, Inc. contre Mexique* (ARB/04/1) et CIRDI, *Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. contre Mexique* (ARB/04/5), 20 mai 2005.

⁵³³ V. l'ordre de consolidation du tribunal arbitral (ALENA), à la demande des Etats-Unis d'Amérique, dans les affaires CNUCED, *Canfor Corporation contre Etats-Unis d'Amérique* et *Tembec et al contre Etats-Unis d'Amérique* et *Terminal Forest Products Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique*, 7 septembre 2005.

de cette procédure. Pourtant, la Convention de Washington n'exclut pas une telle possibilité⁵³⁴, qui a d'ailleurs déjà été mise en œuvre⁵³⁵.

Une autre solution a donc été recherchée dans le cadre du CIRDI et constitue aujourd'hui l'un des plus grands débats de ces dernières années. Il s'agit de la question de la mise en place d'un mécanisme d'appel.

2°) L'introduction d'un mécanisme d'appel dans l'arbitrage international relatif aux investissements

La Convention de Washington ne prévoit nullement de mécanisme d'appel des sentences CIRDI⁵³⁶. Les sentences rendues par les tribunaux statuant sous son égide n'ont que l'autorité relative de la chose jugée – ce qui rend moins embarrassant le problème de la cohérence de la jurisprudence – mais elles sont finales et doivent être exécutées immédiatement. La sentence est certes authentifiée par le Secrétaire général⁵³⁷, mais cela ne signifie pas qu'il dispose d'un droit de regard. Même s'il est prévu que la sentence doit répondre à chacune des questions posées au tribunal arbitral et qu'elle doit mentionner les motivations⁵³⁸, aucun mécanisme de contrôle n'est prévu :

*« there is no provision (...) for ICSID to scrutinize or otherwise review a draft award »*⁵³⁹.

⁵³⁴ Il n'existe pas de disposition traitant de cette question, mais les travaux préparatoires semblent révéler que l'arbitrage impliquant plusieurs parties n'était pas exclu. V. CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. II, p. 400 et 413. V. également P. Szasz, "The Investment Disputes Convention – Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)", *Journal of Law and Economic Development*, vol. 1, n° 5, 1970, p. 23 et s., p. 28 : « provided that the jurisdiction limitations as to the parties to proceedings under the Centre are observed, and the consent of all parties concerned is secured, there is no reason why appropriate multi-partite proceedings cannot be carried out pursuant to the Convention » ; C. B. Lamm, H. T. Pham et A. K. Meise Bay, "Consent and Due Process in Multiparty Investor-State Arbitrations" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 54-76.

⁵³⁵ V., par ex., CIRDI, *Bernadus Henricus Funnekotter et autres contre Zimbabwe* (ARB/05/6), sentence du 22 avril 2009.

⁵³⁶ J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220 ; J. Paulsson, "What authority do International Arbitrators have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165.

⁵³⁷ V. l'art. 49(1) de la Convention de Washington.

⁵³⁸ V. l'art. 48, paragraphes 2 et 3, de la Convention de Washington.

⁵³⁹ L. Reed, J. Paulsson et N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, Londres, 2004, XII-224 p., p. 89.

Il est donc impossible de refuser de reconnaître ou d'exécuter une sentence CIRDI, sauf dans le cas d'une demande d'annulation. Toutefois, les motifs prévus à l'article 52 de la Convention de Washington sont si limités qu'ils ne doivent jouer que de façon marginale. Il faut, néanmoins, constater que l'annulation des sentences a été à de nombreuses reprises recherchée, rapprochant parfois cette procédure d'un mécanisme d'appel⁵⁴⁰.

Les Etats se sont emparés de la question de l'introduction d'un tel mécanisme⁵⁴¹, afin d'harmoniser la jurisprudence, et ont commencé à inclure des dispositions relatives à un mécanisme d'appel dans leurs nouveaux traités bilatéraux d'investissement. Le CIRDI notait ainsi, en 2005, que :

« *By mid-2005, as many as 20 countries may have signed treaties with provisions on an appeal mechanism for awards rendered in investor-to-State arbitrations under the treaties* »⁵⁴².

Les Etats-Unis d'Amérique se sont montrés très favorables à une telle option et ont prévu, dès leur modèle de 2004, le possible recours à un mécanisme d'appel. En effet, les cas d'ouverture du recours en annulation étant, selon eux, trop limités, seul un mécanisme d'appel pourrait permettre d'éviter les contradictions entre sentences arbitrales. Ainsi, les Etats-Unis plaident-ils, depuis 2004, pour l'instauration d'un organe d'appel qui permettrait un contrôle des sentences et de parvenir, à terme, à une unité de jurisprudence. C'est pourquoi l'article 28, paragraphe 10, dispose :

« Au cas où un accord multilatéral, indépendant du présent traité, entrerait en vigueur entre les parties contractantes et créerait un organe d'appel dans le but de contrôler les sentences rendues par les tribunaux constitués en vertu d'accord de commerce ou d'investissement pour connaître du contentieux des investissements, alors les parties au présent traité s'efforceront de parvenir à un arrangement en vue d'autoriser cet organe d'appel à contrôler les sentences rendues en vertu de l'article 34 dans les

⁵⁴⁰ V. J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220, p. 205.

⁵⁴¹ V. B. Legum, "The Introduction of an Appellate Mechanism: the US Trade Act of 2002" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Huntington, 2004, pp. 289-296 ; D. A. Gantz, "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2005, p. 703-740 ; W. H. Knull III et N. D. Rubins, "Betting the Farm on International Arbitration: Is It Time to Offer an Appeal Option?", *American Review of International Arbitration*, vol. 11, 2000, pp. 531-607 ; J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220 ; I. Laird et R. Askew, "Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System", *Journal of Appellate Practice & Process*, vol. 7, n° 2, 2005, p. 285 et s. ; C. J. Tams, *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, Institut für Wirtschaftsrecht, Halle-Wittenberg, 2006, 50 p. ; A. Qureshi, "An Appellate System in International Investment Arbitration?" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 1154 et s. ; K. P. Sauvants, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, XXIII-447 p. ; I. Kalnina et D. Di Pietro, "The Scope of ICSID Review: Remarks on Selected Problematic Issues of ICSID Decisions" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 221-250 ; C. Schreuer, "From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, n° 2, 2011, pp. 211-225.

⁵⁴² CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID*, Secretariat Discussion Paper, 2004, Washington, 8 p..

procédures introduites postérieurement à l'entrée en vigueur de l'accord multilatéral visé ci-dessus entre les parties au présent traité »⁵⁴³.

Comme le mentionne cet article, il devra s'agir d'un traité multilatéral et les Etats-Unis ont bien conscience des difficultés relatives à la réglementation globale du droit international des investissements. C'est pourquoi ils ont prévu, à l'annexe D, la possibilité de mettre en place un mécanisme bilatéral d'appel si rien n'était fait au niveau international dans un délai de trois ans après l'entrée en vigueur du traité :

« Possibilité d'un mécanisme d'appel bilatéral.

Dans les trois années suivant l'entrée en vigueur du présent traité, les parties considéreront s'il y a lieu de créer un organe d'appel bilatéral, ou tout autre mécanisme semblable, en vue de contrôler les sentences rendues en application de l'article 34 dans les procédures introduites après qu'elles auront créé l'organe d'appel bilatéral ou le mécanisme semblable visé ci-dessus »⁵⁴⁴.

On comprend bien qu'une telle solution n'est pas viable à terme et que seul un mécanisme multilatéral d'appel pourra assurer la cohérence de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement. En effet, si chaque traité bilatéral possède son propre mécanisme d'appel, le risque de contradiction dans les sentences arbitrales sera encore augmenté. Comme le note Antonio Crivellaro :

*« When consolidation fails, the result is a proliferation of parallel proceedings, and this diffuses an image of « ungovernable anarchy » of the process »*⁵⁴⁵.

Le CIRDI est très opposé à la mise en place de mécanismes d'appel bilatéraux. En effet, ces systèmes seraient hors du cadre du Centre et échapperaient donc à son contrôle.

Il est intéressant, à cet égard, de noter que dans leur modèle de 2012, les Etats-Unis semblent bien moins pressés d'inclure un tel mécanisme d'appel et envisagent cette possibilité avec plus de réserve. Alors que l'annexe D a simplement disparu, l'article 28 prévoit désormais que :

« In the event that an appellate mechanism for reviewing award rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that

⁵⁴³ Traduction proposée par Patrick Juillard in "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, 669-682, p. 681.

⁵⁴⁴ *Idem*.

⁵⁴⁵ A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420, p. 373.

any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29 »⁵⁴⁶.

Les Etats-Unis ont donc renoncé à l'introduction automatique d'un mécanisme d'appel, privilégiant désormais la transparence, dont devra nécessairement faire preuve ce nouveau mécanisme.

Les Etats ne sont pas les seuls à envisager cette option. Conscient des difficultés liées à la cohérence de la jurisprudence, le CIRDI est favorable à l'instauration d'un nouveau mécanisme supplémentaire, créé par le conseil d'administration sur le fondement de l'article 6 de la Convention de Washington. Même si l'on peut douter que cette base juridique serait suffisante, cette solution paraît plus efficace tant du fait de son champ international que par son caractère centralisé, demeurant sous le contrôle du Centre. En octobre 2004, le Centre a donc proposé la mise en place d'un organe d'appel⁵⁴⁷, sur le modèle du Mécanisme supplémentaire pour éviter que celui-ci doive être ratifié par tous les Etats parties. Ce système optionnel devrait donc être expressément prévu dans les traités bilatéraux d'investissement⁵⁴⁸ et pourrait jouer en cas d'erreur de droit ou de fait, mais aussi pour les motifs d'annulation. Il fonctionnerait sur la base d'un panel de 15 personnes, reconnues comme autorités en la matière et ayant démontré leur expertise en droit et concernant les investissements internationaux et les traités d'investissement, qui seraient élues par le Conseil d'Administration du CIRDI sur proposition du Secrétaire général. A moins que les parties n'en conviennent autrement, les tribunaux arbitraux statuant comme organes d'appel seraient composés de trois membres désignés par le panel en consultation avec les parties.

Une telle solution est favorable à la mise en place d'une jurisprudence plus cohérente⁵⁴⁹, comme le montre également l'expérience de l'Organe d'appel de l'Organisation Mondiale du Commerce⁵⁵⁰. Toutefois, plusieurs questions se posent, notamment au regard des possibles motifs d'annulation des sentences ou sur la légitimité de ces organes d'appel. Il faudrait, en effet, résoudre la question de la hiérarchie entre les tribunaux arbitraux et savoir si les

⁵⁴⁶ Art. 28, paragraphe 10, du modèle américain de 2012.

⁵⁴⁷ V. CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID*, Secretariat Discussion Paper, 2004, Washington, 8 p. V. également, pour commentaire, H. L. Mann, *Comments on ICSID Discussion Paper, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration"*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2004, 17 p. ; J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220 ; G. Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, p. 1 et s.

⁵⁴⁸ Le CIRDI donne un exemple d'une telle clause : « awards made in cases covered by the treaty would be subject to review in accordance with the ICSID Appeals Facility Rules ».

⁵⁴⁹ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

⁵⁵⁰ V. J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220, pp. 210-212.

sentences rendues en appel auraient davantage de valeur, comme celle de constituer des précédents⁵⁵¹.

Suite aux nombreux débats, ce mécanisme d'appel a été retiré de l'agenda, celui-ci étant considéré comme « prématuré »⁵⁵². Il n'a donc pas été intégré aux amendements du Règlement d'arbitrage du CIRDI entrés en vigueur le 10 avril 2006⁵⁵³.

Il demeure que ces nouveaux aspects de l'arbitrage en matière d'investissement contribuent à l'éloigner encore davantage de l'arbitrage classique, se fondant sur l'autonomie des parties et sur son caractère consensuel. On assiste aujourd'hui, comme le note Walid Ben Hamida, à une « judiciarisation des procédures de règlement des différends relatifs aux investissements »⁵⁵⁴ qui fait échapper l'arbitrage à la simple volonté des parties. Certains vont même jusqu'à vouloir remplacer le système consensuel de l'arbitrage par une réelle juridiction, une « cour globale, multilatérale, unique des investissements »⁵⁵⁵. Cela se comprend au regard des intérêts publics mis en jeu dans le domaine des investissements, ce qui oblige également à ouvrir de plus en plus la procédure arbitrale.

B. Une plus grande ouverture de la procédure arbitrale

Les modèles récents de traités bilatéraux d'investissement prévoient diverses dispositions en vue d'assurer une plus grande ouverture au public de l'arbitrage en matière d'investissement, du fait que ces investissements mettent souvent en jeu des questions d'intérêt général ou de

⁵⁵¹ G. Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, p. 1 et s., p. 6 : « it is hardly a good idea to have an upper caste with super-arbitrators on appeal and a lower caste of inferior arbitrators in first instance ». V. également B. Legum, "Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes" in K. P. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 231 et s. ; J. Paulsson, "Avoiding Unintended Consequences" in K. P. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 241-265 ; I. Kalnina et D. Di Pietro, "The Scope of ICSID Review: Remarks on Selected Problematic Issues of ICSID Decisions" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 221-250.

⁵⁵² V. sur cette question, C. J. Tams, *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, Institut für Wirtschaftsrecht, Halle-Wittenberg, 2006, 50 p.

⁵⁵³ V. A. de Lotbinière McDougall et A. Santens, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *International Arbitration Law Review*, vol. 9, n° 4, 2006, pp. 119-122.

⁵⁵⁴ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602, p. 601.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 602. V. également, au niveau régional, F. Horchani, *L'investissement inter-arabe - Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, CERP, Tunis, 1992, pp. 390-401 et W. Ben Hamida, "The First Arab Investment Court Decision", *Journal of World Investment*, vol. 7, n° 5, 2006, p. 699 et s.. V. encore CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p.

politique publique. La légitimité de la réglementation des investissements internationaux et du régime d'arbitrage est donc aujourd'hui conditionnée par cette ouverture au public, comme l'avait fait remarquer le Comité de l'investissement de l'OCDE dès 2005⁵⁵⁶. Celle-ci passe essentiellement par un effort en vue de plus de transparence⁵⁵⁷ (1°) et par l'admission d'*amici curiae* dans la procédure arbitrale (2°).

1°) La fin de la confidentialité dans l'arbitrage international sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement

Le CIRDI, comme toute institution arbitrale, obéit au principe de la confidentialité. La Convention de Washington ne fait pas exception : il n'est prévu aucune obligation d'information. Bien au contraire : les pièces ne sont pas divulguées ; les délibérations du tribunal sont secrètes ; la sentence ne pourra être rendue publique qu'avec le consentement des parties. Parallèlement, les audiences ne sont pas, en général, ouvertes au public, sauf avec le consentement des parties, ce qui demeure extrêmement rare.

Pourtant la transparence paraît essentielle en matière d'investissement – et dans tout domaine économique – celle-ci servant, comme le rappelle Yves Nouvel, « l'idée ricardienne selon laquelle « le profit général n'est assuré que par la répartition la plus productive de l'ensemble du capital, c'est-à-dire par un libre échange universel »⁵⁵⁸ »⁵⁵⁹. Or, l'ordre juridique est considéré comme un facteur de l'attractivité économique d'un pays, ce qui justifie

⁵⁵⁶ OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, N° 2005/1, Publications de l'OCDE, 2005, Paris, 27 p., p. 1 : « Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserves des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l'investissement partagent en général l'opinion que, dans la mesure où l'instance soulève des questions importantes d'intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises ».

⁵⁵⁷ Z. Drabek et W. Payne, "The impact of transparency on foreign direct investment", *Journal of Economic Integration*, vol. 17, n° 4, 2002, pp. 777-810 ; R. G. Gelos et S. J. Wei, "Transparency and international investor behavior", *SSRN*, 2002, 39 p. ; J. Delaney et D. Barstow Magraw, "Procedural Transparency" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 721-789 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 397-404.

⁵⁵⁸ D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF-Flammarion, Paris, 1819, 379 p., p. 355.

⁵⁵⁹ Y. Nouvel, "Les relations économiques internationales à l'heure de la transparence" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 177-190, p. 178.

l'application de la transparence au domaine du droit et, en particulier, au droit international de l'investissement où elle occupe une place essentielle⁵⁶⁰.

Le Centre a ainsi très tôt compris la nécessité d'un effort de transparence et a tenté, dans la mesure du possible, d'aller vers une plus grande ouverture au public. Il a mis en place un registre public de toutes les affaires soumises à son arbitrage, ce qui est un progrès important pour une institution arbitrale. De plus, même si le Centre n'est pas autorisé à publier les sentences sans le consentement des parties, le Secrétariat du CIRDI encourage très vivement les parties à divulguer les sentences. Finalement, l'on constate qu'un bon nombre de décisions sont publiées⁵⁶¹. Ainsi, si une seule partie refuse la diffusion, souvent l'autre fera en sorte de la publier par d'autres biais. Et même si aucune des parties n'accepte la diffusion, le Centre publie en général des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal dans la sentence, conformément à l'article 48, paragraphe 4, du Règlement d'arbitrage du CIRDI. Dès lors, même si seule la moitié des sentences sont publiées avec l'autorisation des parties, les principales règles juridiques sont systématiquement diffusées⁵⁶².

Toutefois, ces efforts vers la transparence restent limités, les procédures demeurant dans tous les cas confidentielles. Cela a entraîné un grand nombre de critiques dans l'opinion publique, les investissements étant perçus comme un facteur déterminant relevant de la politique gouvernementale et de l'intérêt public. Il est intéressant ici de citer l'éditorial du New York Times du 27 septembre 2004 :

« Some arbitration is necessary in international trade (...) But the arbitration process itself is often one-sided, favoring well-heeled corporations over poor countries, and must be made fairer that it is today. Unlike trials, arbitrations take place in secret. There is no room in the process to hear people who might be hurt... There is no appeal. And the rules of the game are such that when companies seek to recover damages, arbitration panels tend to focus narrowly on the issue of whether a company's profits were affected by a government action. They need not consider whether the action or law in question was necessary to protection the environment or public health, or even to stop a corporation's harmful behavior (...) The trade agreements that set the rules should direct arbitration panels to take a much broader view – to consider not just corporate interests but the needs of governments and citizens. The panels should also be required to invite a wider range of views. Because

⁵⁶⁰ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 491 : « ainsi, se confirme l'importance désormais donnée par le droit international économique à l'exigence de transparence, dont on peut se demander si elle n'est pas en train de se hausser au rang de principe général ». V. également Y. Nouvel, "Les relations économiques internationales à l'heure de la transparence" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 177-190.

⁵⁶¹ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 451-453.

⁵⁶² V. OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, N° 2005/1, Publications de l'OCDE, 2005, Paris, 27 p., p. 6.

their decisions have great public impact, arbitration panels owe the public a hearing. »⁵⁶³.

Cette question s'est faite de plus en plus présente dans l'arbitrage en matière d'investissement, au point que, dans l'affaire *Loewen*, les Etats-Unis ont reçu une demande de diffusion des documents relatifs à l'affaire en vertu de la *Freedom of Information Act*. Il a été fait droit à cette demande par le Tribunal, qui considéra qu'elle ne s'opposait ni à l'ALENA, ni à la Convention CIRDI.

Les Etats se sont donc intéressés de plus en plus à la transparence et les traités relatifs aux investissements ont donc suivi la même tendance que le CIRDI et ont tenté d'aller vers une plus grande ouverture au public. Il faut, toutefois, noter que malgré la reconnaissance unanime de l'importance de la transparence, encore peu de traités bilatéraux d'investissement contiennent des dispositions explicites imposant son respect.

Le principe a été intégré pour la première fois en 1982 lorsque les Etats-Unis ont conclu leur premier accord⁵⁶⁴. Par la suite, la Commission du libre-échange de l'ALENA s'est penchée sur cette question⁵⁶⁵ et les Etats-Unis ont continué d'inclure des dispositions ayant vocation à assurer sa diffusion dans leurs traités bilatéraux et, notamment, dans leur modèle de 2004, mais surtout dans celui de 2012 où elle occupe une place clé. La transparence y est présente à de nombreuses reprises⁵⁶⁶ et apparaît comme une innovation essentielle⁵⁶⁷. Ce principe est omniprésent et va s'appliquer dans tous les domaines évoqués par le traité et, en particulier, à la phase contentieuse. L'article 29 est ainsi consacré à la transparence des procédures arbitrales entre un investisseur et l'Etat hôte de son investissement. Comme l'explique le Professeur Juillard, cette disposition comprend trois règles⁵⁶⁸. La première obligation s'adresse à l'Etat – nécessairement défendeur – qui devra assurer la publication des documents de la procédure. Sont concernés la notification par l'investisseur de son intention de soumettre le différend à la procédure d'arbitrage – *notice of intent* ; la notification de la procédure d'arbitrage – *notice of arbitration* ; les mémoires et autres productions ; les procès verbaux et autres compte-rendus des audiences du tribunal et, enfin, les ordonnances, sentences ou décisions du tribunal arbitral. Dès la réception de ces pièces, mentionnées à

⁵⁶³ "The Secret Trade Courts", *New York Times*, 27 septembre 2004, p. 26.

⁵⁶⁴ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 398.

⁵⁶⁵ V. les communications de la Commission du libre-échange de l'ALENA : *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001 ; *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, octobre 2003 ; et *Déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALENA – Une décennie de réussites*, San Antonio, 16 juillet 2004.

⁵⁶⁶ V. les art. 10 (publication des lois et décisions concernant l'investissement) ; 11 (transparence) ; 15 (formalités particulières et obligations d'information) ; 19 (divulgaration d'informations) et 29 (transparence des procédures arbitrales) du modèle américain de 2004.

⁵⁶⁷ V. P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 677.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 678.

l'article 29, paragraphe 1, l'Etat devra assurer non seulement la communication à l'autre Etat contractant, mais également leur publication. Jamais l'arbitrage n'avait connu une telle obligation, la confidentialité étant sans nul doute l'un de ses avantages les plus recherchés. C'est donc bien un grand bouleversement dans la conduite de la procédure.

La deuxième règle s'adresse au tribunal arbitral qui devra organiser ses audiences, afin que celles-ci soient publiques. Toutes les mesures nécessaires devront être prises en vue d'y parvenir, avec le tempérament de la consultation préalable des parties. Un problème apparaît dès lors, les procédures arbitrales mettant souvent en jeu des informations confidentielles. Un régime pour ces informations est donc prévu, ce qui constitue la troisième règle. Leur qualification n'appartient pas seulement aux parties, mais devra être déterminée par le tribunal arbitral à la demande de l'une des parties. Les informations relevant de la sécurité nationale sont, toutefois, toujours considérées comme confidentielles. Après avoir déterminé ces classifications, c'est encore au tribunal arbitral qu'il revient d'assurer la confidentialité des informations en cause, tant dans le cadre des audiences que pour la production des documents.

Le modèle canadien de 2004 est également très attentif à la transparence, qui apparaît à de nombreuses reprises dans le cadre de l'organisation de la procédure contentieuse⁵⁶⁹. D'une part, des efforts de publicité sont organisés à l'égard de l'Etat non partie à l'affaire qui devra recevoir une copie de la notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, l'avis d'arbitrage, la requête⁵⁷⁰, mais aussi tous les autres actes de procédures – comme les exposés ou preuve⁵⁷¹. Il pourra également participer à l'instance, ayant le droit d'assister aux audiences et pouvant présenter des observations au tribunal⁵⁷². Le public est, d'autre part, concerné par cet effort de transparence. En effet, les audiences seront ouvertes au public et l'ensemble des documents de la procédure seront accessibles – avec l'exception traditionnelle concernant les informations confidentielles⁵⁷³. Il est également prévu que la sentence sera rendue publique.

Le modèle norvégien de 2007 fait également de la transparence une de ses préoccupations centrales⁵⁷⁴. Dans le cadre contentieux, la transparence est évoquée tant pour les différends entre investisseur et Etat que pour les différends entre les parties contractantes concernant l'interprétation et l'application de l'accord. Ainsi, les articles 19 et 21 prévoient-ils que tous les documents relatifs à la procédure – à l'exception de ceux contenant des informations confidentielles – doivent être rendus publics et que les audiences doivent être ouvertes au public. Cela a un impact très important, sachant que l'arbitrage est en général confidentiel.

⁵⁶⁹ V. la Section C – Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte – du modèle canadien de 2004.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, art. 33.

⁵⁷¹ *Ibid.*, art. 34.

⁵⁷² *Ibid.*, art. 35.

⁵⁷³ *Ibid.*, art. 38.

⁵⁷⁴ V. le Préambule et l'article 31 du modèle norvégien d'accord pour la promotion et la protection des investissements.

Cette ouverture implique, en effet, que la requête soit rendue publique, que l'affaire soit enregistrée sur un registre ouvert à tous et qu'enfin la décision soit accessible. Mais, comme le mentionne le Commentaire du modèle, il en va de la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement :

« *A transparent arbitration process is essential to ensure the necessary legitimacy of the dispute settlement process* »⁵⁷⁵.

Cela ne signifie pas pour autant que la transparence sera considérée comme un principe absolu, non susceptible de dérogation et échappant tant au tribunal qu'aux parties. Bien au contraire, il est mentionné que la plus grande attention sera accordée aux besoins, tant de l'investisseur que de l'Etat en cause, en particulier au regard des informations qu'ils considéreraient comme confidentielles. Le rôle du tribunal arbitral est ici essentiel, tant dans la détermination des informations classées confidentielles, que dans leur protection. En effet, c'est à lui que revient l'organisation logistique de la procédure arbitrale, qui doit être conforme à ces diverses obligations. Dès lors, l'accès aux documents, comme aux audiences, dépendra de la détermination faite par le tribunal en consultation avec les parties.

Le CIRDI a également souhaité rendre, de façon générale, ses procédures plus transparentes⁵⁷⁶. Les sentences ou, du moins, les principales règles juridiques qu'elles contiennent, sont maintenant publiées. Néanmoins, cette publication intervient parfois de façon tardive. Or, il est essentiel, en particulier pour la cohérence des sentences arbitrales que cette diffusion intervienne le plus tôt possible surtout quand plusieurs affaires concernent des questions similaires. Le Secrétariat du CIRDI a donc proposé de modifier l'article 48(4) du Règlement d'arbitrage afin que le Centre soit tenu de publier rapidement les extraits des raisonnements juridiques⁵⁷⁷. Parallèlement, il est proposé d'amender l'article 32(2) du Règlement d'arbitrage afin de pouvoir autoriser des personnes à assister aux audiences ou à les rendre publiques sans le consentement des parties, comme cela est le cas actuellement.

L'ouverture du contentieux en matière d'investissement passe également par l'admission de la participation de tierces parties aux procédures d'arbitrage.

⁵⁷⁵ V. le point 4.3.7 « *Transparency of Proceedings* » du Commentaire du modèle norvégien d'accord pour la promotion et la protection des investissements, 19 décembre 2007.

⁵⁷⁶ V. CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID*, Secretariat Discussion Paper, 2004, Washington, 8

p. ;
⁵⁷⁷ V., sur ce point, OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, N° 2005/1, Publications de l'OCDE, 2005, Paris, 27 p., p. 13.

2°) La participation des tiers à l'arbitrage CIRDI

Les tiers ont peu à peu pris leur place dans l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement⁵⁷⁸. Ces tiers peuvent se diviser en deux catégories : ceux qui sont directement intéressés par l'affaire, en particulier l'Etat signataire du traité bilatéral d'investissement sur lequel se fonde le plaignant qui n'est pas partie au litige mais dont on comprend très bien l'implication ; et ceux qui sont indifférents au litige, mais s'intéressent seulement aux questions soulevées par celui-ci et qui souhaitent apporter un éclairage particulier au tribunal en tant qu'amis de la Cour. Il n'a pas été difficile d'admettre que les Etats puissent participer à la procédure et les nouveaux modèles d'accords viennent préciser leur statut en leur autorisant l'accès aux documents ainsi qu'aux audiences. Le vrai débat intéresse les *amici curiae*⁵⁷⁹. Exclue traditionnellement de l'arbitrage international – étant donné qu'ils n'étaient même pas informés de l'enregistrement des affaires – les efforts faits en vue de plus de transparence ont forcément soulevé la question de leur admission. Au regard des questions d'intérêt public ou de politique gouvernementale soulevées par les litiges en matière d'investissement, il paraissait légitime de s'interroger sur un possible statut.

La question est d'abord apparue dans la jurisprudence arbitrale, en particulier au regard de l'ALENA. Ainsi, dans l'affaire *Methanex*, la société canadienne se plaignait d'une mesure prise par l'Etat de Californie qui, selon elle, équivalait à une expropriation de son investissement, ce qui violait l'article 1110 de l'ALENA. La mesure en cause portait, certes, préjudice à l'investissement de Methanex, mais avait, selon les Etats-Unis, comme objet principal la protection de la santé et de la sécurité humaines, de même que de l'environnement. Face à ces enjeux essentiels d'intérêt public, la question de la participation des tiers s'est rapidement posée. Il a, en effet, été demandé au tribunal que deux organisations non gouvernementales, l'Institut international du développement durable et Earthjustice, puissent obtenir le statut d'*amici curiae* et présenter des communications écrites. Le tribunal a accepté que des communications écrites puissent être présentées et que les audiences soient publiques, mais a refusé que les tiers soient autorisés à présenter des arguments oraux⁵⁸⁰. Il a motivé sa décision en se fondant sur la distinction entre l'arbitrage classique et celui en

⁵⁷⁸ V., de façon générale, D. Shelton, "The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, vol. 88, 1994, p. 611 et s.

⁵⁷⁹ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 57-60 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 453-454.

⁵⁸⁰ V. S.A. CNUDCI dans l'affaire *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, décision de tribunal relative aux pétitions demandant d'autoriser l'intervention de tierces parties en tant qu'*amici curiae*, 15 janvier 2001.

matière d'investissement, impliquant des questions de politique gouvernementale⁵⁸¹. Ainsi, en mars 2004, les deux organisations non gouvernementales ont pu déposer des mémoires au tribunal et des audiences publiques, retransmises en direct, se sont tenues au siège de la Banque mondiale du 7 au 17 juin 2004.

Dans une autre affaire relevant de l'ALENA, la société United Parcel Services (UPS) a fait valoir que le Canada avait violé les obligations qui lui incombait en vertu du traité et, en particulier, l'obligation de traitement national et de traitement conforme au droit international. Cette affaire concernant le service des postes, le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada et le Conseil des canadiens ont souhaité pouvoir participer à l'instance, étant directement intéressés par la plainte. Le tribunal, se fondant sur le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, a considéré que rien ne l'empêchait d'accepter des communications écrites de tierces parties, insistant sur « l'importance accordée à la plus grande transparence pour des procédures de ce type. Ces procédures ne sont pas aujourd'hui, si tant est qu'elles ne l'aient jamais été, sur un pied d'égalité avec le déroulement habituel d'un arbitrage international de différends commerciaux opposant des parties privées »⁵⁸².

Enfin, la question s'est posée dans l'affaire *Vivendi contre Argentine*, dans laquelle le Tribunal a développé des critères afin de déterminer si la participation des tiers devait être admise. Ainsi, pour évaluer l'opportunité d'admettre de telles soumissions, il faudra vérifier que les faits mis en jeu dans l'affaire se prêtent bien à une telle participation, la pertinence d'autoriser le tiers en cause à s'exprimer dans l'affaire et la procédure permettant une telle action⁵⁸³. Sur le premier critère, le Tribunal constate que les juridictions internes admettent, en général, une telle participation pour les litiges soulevant une question d'intérêt public ; mais il refuse d'adopter la même approche, la mise en jeu d'un intérêt public n'étant pas en elle-même suffisante. Il faut un intérêt public particulier, ce qui était le cas en l'espèce, l'affaire mettant en jeu la distribution de l'eau et le système d'évacuation des eaux usées. Pour ce qui est de la pertinence de la participation d'un tiers, le Tribunal note qu'il n'admettra que des personnes jouissant d'une expertise et d'une expérience particulière et faisant preuve d'une totale indépendance⁵⁸⁴. Cette jurisprudence a été reprise dans l'affaire *Aguas*

⁵⁸¹ *Ibid.*, paragraphe 49 : le type de problématiques en matière d'investissement « dépasse largement celles que soulève l'arbitrage transnational habituel des différends commerciaux... l'intérêt public découle ici de l'objet même qui est traité, comme l'ont bien souligné les auteurs des Demandes » (traduction de l'OCDE *in Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, N° 2005/1, Publications de l'OCDE, 2005, Paris, 27 p., p. 11).

⁵⁸² V. S.A. CNUDCI, *United Parcel Services Inc. contre Canada*, décision du tribunal relativement aux interventions et à la participation de tierces parties en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, paragraphe 70.

⁵⁸³ CIRDI, *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/03/19), ordonnance en réponse à la pétition pour la participation d'*amici curiae*, 19 mai 2005, paragraphe 17.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, paragraphes 24-25.

*Provinciales de Santa Fe*⁵⁸⁵ et apporte d'utiles indications sur les conditions de la participation des tiers.

Ces affaires ont entraîné quelques changements dans la pratique conventionnelle. Les nouveaux accords internationaux prennent acte de l'intérêt de certaines personnes à pouvoir participer, d'une façon ou d'une autre, aux audiences et leur accorde un semblant de statut. Ainsi est-il prévu dans le modèle américain que le tribunal peut accepter de prendre en compte les communications écrites présentées en tant qu'*amicus curiae* par une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend⁵⁸⁶. Le modèle canadien, quant à lui, va encore plus loin : il dispose que toutes les audiences d'arbitrage seront rendues publiques et rend systématique la possibilité d'accepter les communications des tiers durant l'arbitrage⁵⁸⁷.

Le CIRDI s'est également attaché à la question. Parmi les propositions faites par le Secrétariat, en 2004, sur des projets d'amélioration éventuelle du système d'arbitrage du CIRDI⁵⁸⁸, qui ont été soumis à différents groupes intéressés et ont été amendés en 2005, figure celle de modifier l'article 37 du Règlement d'arbitrage et l'article 41 du Règlement du Mécanisme supplémentaire, afin de conférer aux tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI le pouvoir d'accepter des *amici curiae* et de les autoriser à présenter des communications écrites, après consultation des parties au différend. La soumission de ces communications doit, bien évidemment, être contrôlée et soumise à des conditions.

Suite à ces diverses propositions et à un long processus de consultation, les règles dirigeant l'activité du CIRDI ont été modifiées et les amendements sont entrés en vigueur le 10 avril 2006 et s'appliquent à tous les arbitrages CIRDI pour lesquels les parties ont donné leur consentement après cette date ou l'ont expressément décidé ainsi. Ces nouvelles règles prévoient principalement la possibilité pour les tiers d'assister aux audiences et d'intervenir dans la procédure, ainsi que la diffusion des sentences CIRDI.

En ce qui concerne l'admission des *amici curiae*, l'article 37 du Règlement d'arbitrage a été modifié :

« (2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend »⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ CIRDI, *Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales de Agua SA contre Argentine* (ARB/03/17), ordonnance en réponse à la pétition pour la participation d'*amici curiae* du 17 mars 2006. V. également CIRDI, *Aguas del Tunari SA contre Bolivie* (ARB/02/3), lettre en réponse à la demande de participation d'*amici curiae*, 29 janvier 2003.

⁵⁸⁶ V. l'art. 28 du modèle américain de 2004.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, art. 39.

⁵⁸⁸ V. CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID*, Secretariat Discussion Paper, 2004, Washington, 8 p..

⁵⁸⁹ Art. 37, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage du CIRDI après les amendements du 10 avril 2006.

Le principe de l'admission de tierces parties est donc posé, mais est, bien évidemment, soumis à des conditions⁵⁹⁰. Il faudra, tout d'abord, que le tribunal évalue dans quelle mesure la communication soumise l'aiderait à trancher la question en cause, en lui apportant « un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ». Le tribunal doit, ensuite, vérifier que la soumission porte bien sur une question soulevée par le différend. L'intérêt de la personne ou de l'entité souhaitant participer à l'instance doit également être significatif. Enfin, le tribunal doit vérifier et faire en sorte que l'admission d'*amici curiae* ne perturbe pas l'instance ou ne cause pas un préjudice injuste à l'une des parties⁵⁹¹. On voit que ces conditions – non exclusives – sont davantage des indices, qui doivent permettre au tribunal de mieux évaluer la pertinence de telles soumissions, mais il reste en réalité assez libre dans sa prise de décision. Ainsi, même si les parties doivent être consultées, elles ne disposent nullement d'un droit de veto⁵⁹².

Les tiers commencent donc à jouir d'un statut dans l'arbitrage CIRDI. Cela est d'autant plus vrai qu'ils ont désormais le droit d'assister aux audiences. L'article 32 du Règlement d'arbitrage, relatif à la procédure orale, autorise ainsi le tribunal à admettre dans certains cas que des tiers puissent assister aux audiences. La procédure est ici davantage encadrée : le tribunal devra prévoir des arrangements logistiques appropriés pour protéger les informations confidentielles ; mais surtout chacune des parties dispose d'un droit de veto, les audiences pouvant être publiques « sauf si l'une des parties s'y oppose »⁵⁹³. Ainsi, même si le consentement explicite des parties n'est pas exigé, elles conservent un rôle primordial dans la conduite de la procédure.

L'autre modification concerne la publication des sentences. Jusqu'aux amendements adoptés en 2006, le Centre disposait de la possibilité de publier les règles juridiques contenues dans les sentences, mais la nouvelle version va plus loin. L'article 48 prévoit que « le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal »⁵⁹⁴. La publication de la sentence est toujours soumise au consentement exprès des parties, mais des efforts de rapidité et de diffusion sont faits. En effet, ce ne sont plus seulement les règles juridiques, mais le raisonnement du tribunal qui doit être publié et

⁵⁹⁰ V. R. P. Buckley et P. Blyschak, "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, Paper 33, 2007, 22 p.

⁵⁹¹ V. l'art. 37, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

⁵⁹² V. A. de Lotbiniere McDougall et A. Santens, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *International Arbitration Law Review*, vol. 9, n° 4, 2006, pp. 119-122.

⁵⁹³ V. l'art. 32 – La procédure orale – paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage du CIRDI : « (2) Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation de Secrétaire général peut permettre à des personnes autres que les parties (...) d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées ».

⁵⁹⁴ V. l'art. 48, paragraphe 4, du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

cette publication devient obligatoire. L'ouverture au public est donc mieux assurée, mais aussi l'accès à un corps de jurisprudence qui aidera à parvenir à des décisions plus cohérentes.

Cette plus grande ouverture du règlement des différends au public contribue à éloigner encore les procédures en matière d'investissement de l'arbitrage commercial. Même si initialement, l'arbitrage commercial avait pu constituer une source d'inspiration, les questions soulevées par les investissements internationaux, par leur particularité et parce qu'elles touchent souvent à l'intérêt général, font qu'aujourd'hui, le CIRDI a été condamné à évoluer sous peine de perdre en légitimité.

*

Conclusion de la section. La procédure arbitrale conduite devant le CIRDI révèle toute la spécificité de l'arbitrage international sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement. La relation entre les conventions et la jurisprudence du CIRDI a donné une toute nouvelle forme aux conditions classiques du recours à l'arbitrage international, telles que par exemple la compétence *ratione temporis*, ou à la relation entre droit interne et droit international. Les arbitres n'hésitant pas à donner une lecture profondément extensive des clauses de règlement des différends prévues, les traités bilatéraux d'investissement ont répondu par des dispositions bien plus précises et une procédure davantage encadrée dans leurs nouveaux traités bilatéraux d'investissement. Ce dialogue a contribué à forger une procédure de règlement des différends propre aux investissements internationaux et autonome, qui participe à l'affirmation de cet ordre juridique international relatif aux investissements.

*

Conclusion du chapitre. Les conventions bilatérales d'investissement, lorsqu'elles sont le fondement des actions menées devant le CIRDI – et c'est principalement le cas – vont avoir un rôle déterminant sur tout l'arbitrage. Cette influence se ressent tant dans la portée de la compétence du Centre que dans la conduite de l'arbitrage. Est-ce dire que l'influence n'est qu'unilatérale ? Bien évidemment que non. La jurisprudence des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI a révélé la portée des engagements et les besoins d'amendements, mais

surtout les failles laissées par les traités bilatéraux d'investissements, dans lesquelles les arbitres n'ont pas hésité à s'engouffrer, trouvant ainsi une assez grande liberté, pas toujours du goût des Etats. Les anciens traités ont ainsi cédé la place à de nouveaux modèles, plus précis et comblant les lacunes. Le droit international des investissements apparaît donc comme le fruit de ce mouvement d'action-réaction, unissant les Etats et les arbitres et faisant de ce droit un droit moderne et dynamique. Cela est encore plus vrai lorsque l'on s'intéresse aux deux critères essentiels de la compétence, la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione personae*.

CHAPITRE 4

LA DEFINITION D'UNE COMPETENCE EXTENSIVE

Le droit international des investissements repose sur le postulat que les flux d'investissements en direction d'un Etat augmenteront si les investisseurs acquièrent le droit de présenter des réclamations au niveau international contre l'Etat hôte, en se fondant sur des standards de traitement privilégiés issus des traités conclus entre ce dernier et l'Etat de nationalité de l'investisseur. Ces droits conférés à une personne privée sont exorbitants et expliquent que l'on doive s'attacher très précisément à la définition de ses destinataires. L'éligibilité de certaines opérations et de certains opérateurs dépendra des définitions retenues par ce droit.

Sommairement, il s'agit de préciser les notions d'investissement et d'investisseur ; mais en réalité, derrière ces questions se cachent des conditions précises qui vont fonder tant les droits que les conditions de l'arbitrage. Les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ont donc eu à connaître et à déterminer les conditions pour qu'une opération puisse être qualifiée d'investissement ou qu'une personne privée soit considérée comme investisseur.

Ces tribunaux, maîtres de la « compétence de leur compétence », devaient également, au-delà de la qualité intrinsèque d'investissement ou d'investisseur, vérifier l'éligibilité aux droits contenus dans les traités bilatéraux d'investissement. La définition ainsi retenue devait donc nécessairement se fonder sur les conventions bilatérales d'investissement ou d'autres accords. La relation réciproque entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI apparaît alors en pleine lumière. En effet, suivant une danse en trois temps, les tribunaux CIRDI ont d'abord trouvé une source d'inspiration dans les conventions, pour ensuite s'en détacher et élaborer une définition autonome, définition plus ou moins satisfaisante pour les Etats qui ont, enfin, souhaité reprendre une forme de contrôle en précisant les définitions contenues dans les accords. De ce mouvement ressort un droit dynamique et qui semble finalement échapper autant aux Etats qu'aux arbitres.

Ce phénomène se constate autant pour la définition de l'investissement que de l'investisseur. La distinction peut, toutefois, paraître inutile. Une seule définition devrait suffire, l'investisseur étant l'agent exerçant l'investissement ou l'investissement étant l'opération de l'investisseur. Mais c'est oublier que derrière cette simple recherche de définition, ce sont davantage les conditions pour l'éligibilité aux accords et à l'arbitrage internationaux dont il

est question. L'investissement et l'investisseur doivent donc être étudiés séparément, même si l'on constate une cohérence interne, celle du droit international des investissements, qui imprime les mêmes traits à ces deux sources d'incertitudes.

En effet, le droit international des investissements a, finalement, pour unique vocation de protéger les investissements, cette seule assertion suffisant à permettre la contrepartie qu'attendent les pays en développement, à savoir un développement des flux d'investissements. C'est ce qui ressort des traités bilatéraux d'investissement qui tentent naturellement de protéger un maximum d'objets et de personnes aussi bien par la protection substantielle accordée que pour l'autorisation de recourir à l'arbitrage. Sur ce dernier point, ces accords ont imprimé la voie suivie par les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, à savoir de retenir une définition extensive⁵⁹⁵, tant de l'investissement (Section 1) que de la notion d'investisseur (Section 2) leur permettant d'exercer leur compétence.

SECTION 1. UNE DEFINITION EXTENSIVE DE LA COMPETENCE *RATIONE* *MATERIAE*

La compétence matérielle des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI doit se lire conjointement dans la Convention de Washington et dans les traités bilatéraux d'investissement quand ils contiennent le consentement à l'arbitrage. La compétence est alors définie de façon similaire – si ce n'est identique – en référence à un différend en relation avec un investissement. Si la notion de différend n'a pas réellement créé de difficulté, il faut, néanmoins, s'y intéresser, celle-ci occupant une place centrale dans la délimitation de la compétence ; mais c'est bien évidemment sur la définition de l'investissement que se sont concentrées la plupart des interrogations. Cette notion, à la fois économique et juridique, ne trouve pas de définition unique, mais une multitude de significations en fonction de l'objet des instruments y faisant référence.

Contre toute attente, la Convention de Washington ne contient pas de telle définition. Pourtant, celle-ci apparaît essentielle dans le cadre du CIRDI, la compétence du Centre étant limitée par son intitulé même aux différends relatifs à un investissement. Alors que les rédacteurs de la Convention auraient pu prévoir une compétence générale, fonctionnant comme d'autres institutions arbitrales, telles que par exemple, la Chambre de commerce

⁵⁹⁵ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

internationale ou la Cour Permanente d'Arbitrage, tel n'a pas été le cas. Même si le premier projet relatif à la création du Centre ne contenait pas de référence aux différends en relation avec un investissement⁵⁹⁶, la compétence limitée de la Banque mondiale obligeait à restreindre son champ à ces opérations spécifiques. Ainsi, le recours au CIRDI est conditionné par l'existence d'un tel investissement, à défaut de quoi, les parties devront se tourner vers une autre instance arbitrale⁵⁹⁷. Dès lors,

« si le CIRDI est choisi, le demandeur doit démontrer l'existence d'un investissement non seulement au sens de la loi ou de la convention internationale exprimant le consentement à l'arbitrage mais également au sens de la Convention de Washington »⁵⁹⁸.

C'est donc, non seulement dans cette Convention, mais aussi dans les traités bilatéraux d'investissement que le Centre a pu trouver son inspiration pour cerner cette notion et, *a fortiori*, la compétence du tribunaux statuant sous son égide. Cette définition est particulièrement essentielle, mettant en jeu toute la légitimité du système. En effet, étant donné qu'

« en vertu d'un principe général, le Centre est lui-même lié par les règles de compétence de la Convention et par conséquent il ne suffit pas que les parties, peut-être arbitrairement ou par suite de pression exercée sur l'Etat récepteur par une société ou un grand groupe international, admettent que cette société ou ce grand groupe correspond à ce qui est exigé par la Convention »⁵⁹⁹ pour fonder la compétence du Centre.

Admettre une définition trop large de l'investissement pourrait permettre aux Etats de

« soutenir qu'une telle solution s'analyse purement et simplement en une violation de la Convention de Washington par les arbitres, justifiant leur refus d'exécuter la sentence et à envisager, le cas échéant, des recours contre les Etats qui faciliteraient ou

⁵⁹⁶ CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. II, p. 22 ; G. Gopal, "International Centre for Settlement of Investment Disputes", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 14, 1982, p. 591 et s. ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 114 et s.

⁵⁹⁷ F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306 ; D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84.

⁵⁹⁸ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p., p. 325. V. également P. Kahn, "L'extension de la notion d'investissement" in J. Bourrinet, *Les investissements français dans le Tiers Monde*, Economica, Paris, 1984, pp. 111-121, p. 114 : « le CIRDI voit sa compétence limitée par la nature de l'opération en cause ».

⁵⁹⁹ B. Goldman, "Observations" in Colloque SFDI, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 51.

entreprendraient des mesures d'exécution de telles sentences rendues en violation de la Convention de Washington »⁶⁰⁰.

Un tel scénario nuirait à tout l'équilibre du système et entraînerait un profond discrédit de l'arbitrage CIRDI.

Les arbitres ont donc dû élaborer leur propre définition, profitant parfois des failles laissées par les Etats dans leurs accords, mais tentant de parvenir à une solution équilibrée. Cela n'a pas été une chose aisée, comme le note Emmanuel Gaillard :

*« At the time of the adoption of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID Convention) it could hardly have been foreseen that, more than forty years later, the notion of investment would become one of the most controversial issues as regards the determination of ICSID arbitral tribunals' jurisdiction »*⁶⁰¹.

La délimitation de la compétence *ratione materiae* a donc suivi un chemin sinueux (Paragraphe 1), auquel les arbitres, mais aussi les Etats ont imprimé quelques virages (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. LA DIFFICILE DELIMITATION DE LA COMPETENCE RATIONE MATERIAE

La Convention de Washington, tout comme la plupart des traités bilatéraux relatifs aux investissements, définissent la possibilité de recours à l'arbitrage par l'expression de « différend en relation avec un investissement ». Loin de fournir une assise claire, cette formule a, au contraire, soulevé de nombreuses questions (A), sans que les définitions de la notion d'investissement contenues dans un certain nombre d'instruments juridiques apportent de réponse (B).

⁶⁰⁰ F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306, p. 296.

⁶⁰¹ E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416, p. 403.

A. Des critères de compétence demeurant flous

La compétence *ratione materiae* des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement doit être définie tant au regard de ces derniers que de la Convention de Washington. Or, leur recours commun au critère du « différend en relation avec un investissement » n'a pas facilité les choses. Si la définition de cette compétence est assez classique pour une institution ayant une vocation juridictionnelle, un différend d'ordre juridique en relation avec un investissement devant exister (1°), elle a été largement compliquée par l'absence de définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington (2°).

1°) La nécessaire existence d'un différend en relation avec un investissement

L'article 25 (1) de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats pose que :

« (1) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique (...) qui sont en relation directe avec un investissement (...) ».

Cette disposition fixe ainsi les conditions *ratione materiae* de la compétence du Centre. Trois critères matériels apparaissent : il doit, tout d'abord, exister un différend ; ce différend doit, ensuite, être d'ordre juridique ; enfin, il doit être en relation directe avec un investissement.

La même approche est également adoptée par les traités bilatéraux d'investissement. Ces accords doivent, en effet, dans leur volet juridictionnel, définir les différends pouvant être soumis à arbitrage. Cette clause de règlement des différends a une importance essentielle pour la protection – et *a fortiori* la promotion – des investissements et l'on comprend, dès lors, que la définition de la compétence *ratione materiae* ne soit pas des plus précises de façon à permettre une interprétation large. Le modèle français évoque ainsi simplement « tout différend relatif aux investissements »⁶⁰² ; le modèle allemand les « *disputes concerning investments* »⁶⁰³ ; le modèle américain un « *investment dispute* »⁶⁰⁴ sans plus de précision. Le

⁶⁰² Art. 8 du modèle français de 2006, « Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante ».

⁶⁰³ Art. 10 du modèle allemand de 2005, « *Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State* ».

⁶⁰⁴ Art. 23, Section B, du modèle américain de 2004.

modèle chinois, quant à lui, insiste sur le caractère juridique du différend – « *any legal dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment* »⁶⁰⁵. D'autres modèles n'insistent pas tant sur la notion d'investissement, que sur les obligations contenues dans l'Accord. Ainsi, le modèle anglais évoque les « *Disputes (...) concerning an obligation (...) under this Agreement in relation to an investment* »⁶⁰⁶. Il ressort de ces divers exemples qui, certes, n'usent pas exactement de la même formulation, que fondamentalement la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral évoquée dans la clause de règlement des différends obéit aux mêmes conditions que celles incluses dans la Convention de Washington, à savoir l'existence d'un différend, son caractère juridique et son lien direct avec un investissement.

Si l'on reprend la définition élaborée par la Cour permanente de Justice internationale, un différend est un :

« désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »⁶⁰⁷.

Il faut, bien évidemment, dans le cas de litiges relatifs aux investissements, s'attacher au caractère nécessairement juridique des différends, ceux-ci étant, plus précisément des :

« Différend[s] dans le[s]quel[s] les parties sont en désaccord sur l'application ou l'interprétation du droit existant »⁶⁰⁸.

Ce sont donc des prétentions de droit qui sont contestées, mais c'est également par l'application du droit qu'une solution sera trouvée⁶⁰⁹. Le différend juridique⁶¹⁰ est principalement à opposer au différend politique, à savoir un « différend consistant en une opposition d'intérêts sans contestation de droit ou (...) une demande contestée tendant à

⁶⁰⁵ Art. 9, paragraphe 1, du modèle chinois de 2003.

⁶⁰⁶ Art. 8 du modèle anglais de 2005, tel qu'amendé en 2006, « *Settlement of Disputes between an Investor and a Host State* ».

⁶⁰⁷ V. not., CPJI, *Mavrommatis*, série A, n° 2, p. 11 ; CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, première phase, Rec. 1950, p. 74 ; CIJ *Sud-Ouest africain*, Rec. 1962, p. 328 ; CIJ, *Cameroun septentrional*, Rec. 1963, p. 27 ; CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 27 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 26 avril 1988, Rec. 1988, p. 27, paragraphe 35. V. également l'arbitrage dans l'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company contre Libye*, sentence préliminaire du 27 novembre 1975, dans laquelle le différend a été défini comme « *a present divergence of interests and opposition of legal views* ». V. également C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979 ; B. Garner et H. Black, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, Saint Paul, 2009, XXXI-1920 p. : un litige est « *a conflict or controversy, esp. one that has given rise to a particular lawsuit* ».

⁶⁰⁸ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 338.

⁶⁰⁹ *Id.*: « De tels différends sont par nature susceptibles d'être résolus par application des principes et des règles du droit international ».

⁶¹⁰ V. not., C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.

modifier la situation juridique existant en invoquant l'opportunité politique, la convenance unilatérale ou réciproque, l'équité »⁶¹¹.

Le Rapport des Administrateurs insiste sur cette exigence classique, observant que de simples conflits d'intérêts ne relèvent pas de la compétence du Centre et qu'il doit bien s'agir d'un différend sur « soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique »⁶¹².

Un tribunal CIRDI a eu à se prononcer sur l'existence d'un différend juridique et a noté que :

« pour que l'on soit en présence d'un différend d'ordre juridique, il est nécessaire, mais il suffit que la Demanderesse ait soumis au tribunal arbitral des conclusions que celui-ci est à même de trancher en appliquant la procédure mise en place par la Convention »⁶¹³.

Cette conception, qui a pu être qualifiée de subjectiviste⁶¹⁴, n'est, en effet, pas très opportune, mais laisse au tribunal une grande liberté dans la détermination de sa compétence. Les tribunaux ont ainsi systématiquement rejeté cet argument du caractère non-juridique du différend lorsqu'il était soulevé pour qu'ils déclinent leur compétence⁶¹⁵, considérant qu'il suffit que la requête soit présentée en termes juridiques⁶¹⁶ :

« A legal dispute, in the ordinary meaning of the term, is a disagreement about legal rights or obligations (...). In the present case, the Claimants clearly base their case on legal rights which they allege have been granted to them under the bilateral investment treaties that Argentina has concluded with France and Spain. In their written pleadings and oral arguments, the Claimants have consistently presented their

⁶¹¹ J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, XV-755 p., p. 212.

⁶¹² V. le Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Banque internationale pour la reconstruction et le développement (ci-après, Rapport des Administrateurs), 18 mars 1965, paragraphe 26.

⁶¹³ CIRDI, *L.E.S.I. Dipenta contre Algérie* (ARB/03/08), sentence du 10 janvier 2005, paragraphe 2.1.6.

⁶¹⁴ S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 791.

⁶¹⁵ V. not. C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979. V. également, par ex., CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 61 ; CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphes 94-98 ; CIRDI, *Gas Natural SDG, S.A. contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur la compétence du 17 juin 2005, paragraphes 20-23 ; CIRDI, *Camuzzi International SA contre Argentine* (ARB/03/2), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 55 ; CIRDI, *AES Corporation contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence du 26 avril 2005, paragraphes 40-47 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphes 67-68 ; CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006, paragraphe 67 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphes 47-62 ; CIRDI, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006, paragraphe 74 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentine Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13) (consolidé par ARB/04/8), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006, paragraphes 71-91.

⁶¹⁶ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 230-231.

case in legal terms (...) the dispute as presented by the Claimants is legal in nature »⁶¹⁷.

Cette condition de différend juridique est traditionnelle et se justifie totalement dans le cas d'un tribunal arbitral. Cela ne semble alors pas devoir soulever la moindre controverse. Comme le note Sébastien Manciaux,

« Comme tout organe juridictionnel, un tribunal arbitral CIRDI ne tire sa raison d'être que de l'existence d'un différend qu'il est chargé de trancher en disant le droit »⁶¹⁸.

Toutefois, certains auteurs ont critiqué une telle condition, notant, d'une part, que les différends entre un investisseur et un Etat avaient très souvent un « arrière-plan politique »⁶¹⁹ et, d'autre part, que cette condition ne pouvait se justifier pour les procédures de conciliation ou lorsqu'il était demandé aux arbitres de statuer *ex aequo et bono*⁶²⁰. Il demeure que ces procédures sont très rares et que jamais cette condition n'a réellement posé problème. Un tribunal a d'ailleurs répondu à ces arguments en termes clairs au sujet de la dissolution de la Tchécoslovaquie :

« While it is true that investment disputes to which the State is a party frequently have political elements or involve governmental actions, such disputes do not lose their legal character as long as they concern legal rights or obligations or the consequences of their breach »⁶²¹.

Lorsqu'est évoquée la question du différend – notamment au sujet de sa date de naissance – les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI se sont parfois sentis dans l'obligation de définir la notion. Ils ont alors simplement repris la définition donnée par la Cour permanente de Justice internationale⁶²². Ce différend doit jouir de certains caractères précisés par Christoph Schreuer, en particulier au regard de ses conséquences :

⁶¹⁷ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. contre Argentine* (ARB/03/17), décision sur la compétence du 16 mai 2006, paragraphe 37. V. également paragraphes 34-36. V. également CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006, paragraphes 37 et 67 ; également CIRDI, *Abaclat et al. contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence du 4 août 2011, paragraphes 254-255.

⁶¹⁸ S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802, p. 789.

⁶¹⁹ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 38. A l'appui de cet argument, v. la décision sur la compétence rendue le 24 mai 1999 dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), paragraphe 61.

⁶²⁰ V. not., R. Kovar, "La compétence du CIRDI" in Colloque SFDI de Dijon, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 25 et s., pp. 29-31.

⁶²¹ CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphes 60-61. V. également C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.

⁶²² V. not., CPJI, *Mavrommatis*, série A, n° 2, p. 11 ; CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, première phase, Rec. 1950, p. 74 ; CIJ *Sud-Ouest africain*, Rec. 1962, p. 328 ; CIJ, *Cameroun septentrional*, Rec. 1963, p. 27 ; CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 27 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 26 avril 1988, Rec. 1988, p. 27, paragraphe 35 ; CIJ, *Affaire du Timor Oriental (Portugal contre Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Rec.*

« Le désaccord entre les parties doit avoir des conséquences pratiques quant à leur relation et ne pas être purement théorique. Le rôle du CIRDI n'est pas de résoudre des problèmes juridiques *in abstracto*. Le désaccord doit porter sur des points clairement identifiés (...). Le différend doit aller au-delà de doléances générales et doit être susceptible d'être formulé en termes de demandes concrètes »⁶²³.

Il faudra surtout que l'existence du différend soit établie afin de démontrer la compétence du tribunal. Même si cette « existence d'un différend international demande à être établie objectivement »⁶²⁴, cela se fait en général de façon implicite, étant donné que les parties contestent rarement une telle existence. Ceci n'est apparemment arrivé qu'une fois devant le CIRDI, dans l'affaire *Agip contre Congo*⁶²⁵. L'Etat en cause faisait valoir que le différend avait cessé, étant donné qu'il avait admis l'expropriation et accepté le principe de l'indemnisation. Dans une réponse elliptique, le tribunal a refusé un tel argument, notant que :

« les déclarations faites par le gouvernement manquent à ce point de précision que l'existence et la persistance du différend ne font pas de doute »⁶²⁶.

La question ne crée donc pas de difficulté, obéissant au principe « *You know it when you see it* »⁶²⁷. Et même lorsque les arbitres ont eu à s'interroger sur la question, ils ne se sont guère éloignés de la définition donnée par le Rapport des Administrateurs, sans s'interroger plus avant sur ce moyen⁶²⁸.

1995, p. 90, paragraphe 22, citant la jurisprudence de la CPIJ et de la CIJ en la matière. V. également, par ex., les affaires CIRDI, *E.A. Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000, paragraphes 94 et s. ; CIRDI, *Impregilo SpA contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence, 22 avril 2005, paragraphes 301 et s. ; CIRDI, *Lucchetti SA contre Pérou* (ARB/03/4), sentence d'incompétence du 7 février 2005, paragraphe 48.

⁶²³ C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 11, n° 2, 1992, pp. 320-392, p. 337 ; C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 12, n° 1, 1997, pp. 60-150 (tel que traduit in S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802) ; C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979. V. également CIRDI, *E. A. Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000.

⁶²⁴ CIJ, *Affaire du Timor Oriental (Portugal contre Australie)*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Rec.* 1995, p. 90, paragraphe 22.

⁶²⁵ CIRDI, *Agip contre Congo* (ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979, paragraphes 38-42. V. également C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.

⁶²⁶ CIRDI, *Agip contre Congo* (ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979, paragraphe 42.

⁶²⁷ C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.

⁶²⁸ V. not., les affaires CIRDI, *Kaiser Bauxite contre Jamaïque* (ARB/74/3), décision sur la compétence du 6 juillet 1975, paragraphe 16 ; CIRDI, *AMT contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997, paragraphe 5.06 ; CIRDI, *A. Goetz contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, paragraphe 83 ; CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, paragraphe 15 ; CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 61 ; CIRDI, *Lanco International contre Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998, paragraphe 47.

La dernière condition *ratione materiae* est celle de l'existence d'une relation directe avec un investissement. Elle se décompose en deux critères : d'un part, l'existence d'un lien ; d'autre part, les caractères de ce lien avec l'investissement. Même si la qualification de l'investissement vient logiquement avant la recherche du lien, il convient de commencer par ce point qui n'a créé aucune controverse contrairement à la première question.

La seule condition est que le lien unissant le différend à l'investissement soit suffisant⁶²⁹ pour que la relation puisse être qualifiée de directe. Une telle condition a pour objet d'éviter que des matières sans rapport direct avec l'investissement⁶³⁰ soient soumises au CIRDI, alors même que les Etats ne souhaiteraient pas les voir juger par un tribunal arbitral. C'est le cas en particulier pour des matières sensibles, comme la fiscalité ou le droit pénal. Ce lien a pu être qualifié de lien de causalité⁶³¹, de lien originaire, mais la relation directe recoupe une réalité plus large, comme a pu le relever Patrick Juillard :

« L'investissement peut être l'objet du différend, ou le différend peut être simplement lié à l'environnement de l'investissement »⁶³².

Ces différends devront être distingués, mais ceux relatifs à l'environnement de l'investissement ne doivent pas être exclus d'office et pourront également tomber dans le champ de compétence du CIRDI. La nature de la relation avec l'investissement doit donc faire l'objet d'une analyse au cas par cas⁶³³. Les tribunaux font preuve de flexibilité dans l'appréhension de cette condition, comme le montre la décision *CSOB* :

« *An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention,*

⁶²⁹ V. R. Kovar, "La compétence du CIRDI" in Colloque SFDI de Dijon, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 25 et s., p. 35.

⁶³⁰ G.R. Delaume note que « l'exigence d'un lien direct entre le différend et l'investissement auquel il se rapporte ne fait donc que refléter l'objet même de la Convention », in G. R. Delaume, "La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *JDI*, 1966, pp. 26-49, p. 35.

⁶³¹ Cette qualification a pu être critiquée, not. par Sébastien Manciaux in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 40.

⁶³² P. Juillard, "Chronique de droit international économique : investissements privés", *AFDI*, vol. 30, n° 1, 1984, pp. 744-802, p. 779.

⁶³³ V., par ex., CIRDI, *Holiday Inns v. Morocco* in P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p. ; CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, paragraphes 8.01-8.23 ; CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), seconde soumission, décision sur la compétence du 10 mai 1988, paragraphes 562-565 ; CIRDI, *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004, paragraphes 87-93. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 232.

provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment »⁶³⁴.

La question s'est posée en particulier dans les affaires argentines, l'Etat faisant valoir que les mesures prises étant d'ordre général, elles n'étaient pas en relation directe avec un investissement. Les tribunaux ont rejeté un tel argument, notant que :

*« The Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant's investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts »*⁶³⁵.

Il faut, dans tous les cas, noter que même si ce critère a fait l'objet de développements dans certaines sentences, son appréciation ne crée guère de difficultés, contrairement à la notion de l'investissement qui a souffert de n'avoir trouvé de définition dans la Convention de Washington.

⁶³⁴ CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 72. V. également CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphes 58-60 et 70 ; CIRDI, *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation (NACC) et autres contre Turquie* (ARB/02/5), décision sur la compétence du 4 juin 2004, paragraphes 106-124 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery contre Egypte* (ARB/03/11), sentence sur la compétence du 6 août 2004, paragraphe 54 ; CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphes 326-331.

⁶³⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence du 17 juillet 2003, paragraphe 33. V. également, par ex., CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la compétence du 30 avril 2004, paragraphe 67 ; CIRDI, *AES Corporation contre Argentine* (ARB/02/17), décision sur la compétence du 26 avril 2005, paragraphes 56-57 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphes 56 et s. ; CIRDI, *Gas Natural SDG, S.A. contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur la compétence du 17 juin 2005, paragraphes 37-40 ; CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006, paragraphe 74 ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. contre Argentine* (ARB/03/17), décision sur la compétence du 16 mai 2006, paragraphes 27-30 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision sur la compétence du 27 avril 2006, paragraphes 89-100 ; CIRDI, *Pan American Energy LLC et BP Argentine Exploration Company contre Argentine* (ARB/03/13) (consolidé par ARB/04/8), décision sur les objections préliminaires du 27 juillet 2006, paragraphes 55-70 ; CIRDI, *Spyridon Roussalie contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphes 489-493.

2°) L'impossible définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington

La véritable question qui se pose pour déterminer la compétence *ratione materiae* du CIRDI concerne la notion d'investissement.

Cette notion, empruntée aux sciences économiques, recoupe diverses réalités. Plus qu'une simple recherche sémantique, la définition de l'investissement va mettre en jeu l'appréhension philosophique de la notion, ainsi que la volonté politique de réglementation, qui laisseront nécessairement leur empreinte sur toute définition. Cela explique l'inflation définitionnelle de la notion⁶³⁶, mais aussi l'absence de définition unanime et le vide laissé dans la Convention de Washington. Est-ce dire que, pour autant, on ne peut parvenir à une définition ? Bien au contraire, cela signifie que chaque instrument international relatif aux investissements aura sa propre définition, fonction de son objet et de son but.

Diverses approches sont possibles pour définir la notion d'investissement.

La notion d'investissement est, avant tout, une notion économique, liée à celle de capital⁶³⁷. Elle peut se définir, dans cette matière, comme :

« Toute dépense ou acquisition dont la finalité consiste à augmenter ou améliorer de façon durable la capacité de production ou l'efficacité d'une entreprise, d'une administration ou d'un pays »⁶³⁸.

Pour résumer, un acteur économique va faire un investissement, en vue d'accroître son capital, en affectant ses ressources, pendant une période plus ou moins longue, à un projet ayant vocation à produire des revenus. Cette définition recoupe ainsi tant les investissements directs étrangers que les investissements de portefeuille⁶³⁹. Elle ne semble pas, cependant,

⁶³⁶ A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.

⁶³⁷ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁶³⁸ V. le dictionnaire du magazine spécialisé « Alternatives Economiques » en ligne. Il poursuit en distinguant les différents types d'investissement : « L'investissement peut être productif (lorsque son objet est de parvenir à augmenter la production d'un organisme économique, d'en réduire le coût ou d'en améliorer la qualité), commercial (lorsqu'il s'agit de faire connaître ou distribuer un produit), en recherche-développement (lorsqu'il s'agit de faire naître des innovations ou des inventions), collectif (lorsqu'il s'agit d'infrastructures dont tout le monde est susceptible de bénéficier), public (financé par une collectivité grâce à l'impôt), ... Par extension, on désigne parfois sous le terme d'investissement social des dépenses faites en vue d'améliorer durablement les conditions de vie de tout ou partie d'une population ».

⁶³⁹ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 60 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s. ; D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84 ; A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p., p. 5 : « Foreign direct investments are usually directly controlled by foreign investors who are involved in management and risk. Portfolio investments are usually made through contribution of capital, e.g. through shares or

pouvoir être transposée en droit, celle-ci ayant un caractère exclusivement unilatéral, ne cherchant « ni à appréhender les modalités de réalisation de l'opération qui concrétise ce comportement ni, *a fortiori*, les effets de cette opération et les personnes qu'elle peut concerner »⁶⁴⁰.

Il a donc fallu rechercher une définition juridique, ce qui ne pouvait être aisé étant donné qu'

« il n'y a pas unicité mais multiplicité des traductions juridiques de la notion économique d'investissement »⁶⁴¹.

Une remarque liminaire s'impose ici. Comme l'a noté Sébastien Manciaux,

« la qualification d'investissement n'est pas une qualification principale (telles que les qualifications de vente, de prêt, etc.), qui, appliquée à une telle relation juridique, serait exclusive de toute autre. La qualification d'investissement est plutôt une qualification secondaire pouvant s'appliquer à une vaste catégorie d'opérations et notamment de contrats ou groupes de contrats »⁶⁴².

La tâche apparaît donc particulièrement difficile, les arbitres devant se prêter au jeu de cette double qualification. Néanmoins, cette recherche devait être facilitée par la reconnaissance quasi-unanime par la doctrine de certains critères constitutifs, à savoir l'apport à un projet, la durée de l'investissement et le risque dans la rémunération de l'investissement⁶⁴³. On remarque, dès à présent, que les approches juridique et économique diffèrent, seule la première retenant le critère du risque. Mais plus fondamentale est la discordance née de la relation créée par l'investissement : alors que l'économie n'envisage que le phénomène unilatéral de l'investissement, le droit appréhende les deux acteurs fondamentaux, l'investisseur et l'Etat sur le territoire duquel l'investissement est réalisé, n'insistant plus sur le comportement unilatéral, mais sur la relation plurilatérale née de ce comportement⁶⁴⁴.

loans, without any managerial involvement ». V. également OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Publications de l'OCDE, 2010, Paris, 284 p. ; CNUCED, *Scope and Définition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149 p., pp. 7-13.

⁶⁴⁰ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 81.

⁶⁴¹ D. Carreau, P. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1990, 725 p., paragraphe 953. Cela s'explique également « par le souci de ne pas rompre l'unité, tant formelle que matérielle, du contentieux de certains investissements : la plasticité des stipulations conventionnelles permet de soumettre globalement au Centre des opérations de nature et de structure complexes, que leur habillage juridique dissocie en une pluralité d'arrangements contractuels dont certains seraient susceptibles d'échapper à sa juridiction » (paragraphe 956).

⁶⁴² S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 103.

⁶⁴³ V., not., D. Carreau, " Investissement ", *Répertoire de droit international*, 1998, pp. 2-3 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s. ; C. Vadcar, "Droit de l'investissement", *Juriclasser Droit International*, n° 71, 1999, fascicule 565-50 ; A. Bencheneb, "Sur l'évolution de la notion d'investissement" in P. Kahn, E. Loquin, C. Leben et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 177 et s., p. 179 ; C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 11, n° 2, 1992, pp. 320-392, p. 372.

⁶⁴⁴ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 82.

L'intitulé de la Convention de Washington est, à cet égard, révélateur, celle-ci s'intéressant aux « investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ». Mais quoi de plus normal si l'on considère que le droit a vocation à régir la société et *a fortiori* les relations entre ses sujets ?

Le phénomène le plus étonnant réside dans le fait que, malgré la position quasi-unanime de la doctrine sur la notion d'investissement, les rédacteurs de la Convention de Washington ont – soi disant⁶⁴⁵ – sciemment choisi de ne pas donner de définition de ce terme fondamental pour la détermination de la compétence du Centre⁶⁴⁶, cela s'avérant, de plus, être une entreprise particulièrement difficile⁶⁴⁷. En effet, si l'on s'attache aux projets à l'origine de cette convention, on remarque que des définitions étaient incluses. Le premier projet proposait ainsi que :

« Aux fins du présent chapitre « investissement » signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans »⁶⁴⁸.

Cette définition, jugée insatisfaisante du fait de sa signification incertaine et de son caractère arbitraire⁶⁴⁹, a été remplacée par une autre proposition :

« Le terme « investissement » signifie l'acquisition :

- (i) de droits de propriété ou droits contractuels (y compris les droits dérivant d'une concession) en vue de la création ou au cours de la gestion d'une entreprise industrielle, commerciale, agricole, financière ou de services ;
- (ii) de participations à une telle entreprise ou actions d'une telle entreprise ;
- (iii) d'obligations financières d'une entité de droit public ou privé, à l'exception des obligations se rapportant à des facilités bancaires ou de crédits à court terme »⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ En réalité, il semble que la difficulté de la tâche les ait empêchés d'inclure une définition.

⁶⁴⁶ La Rapport des Administrateurs précise, en effet qu'« il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement » » (paragraphe 27). La réalité historique semble, cependant, contraire à cette affirmation.

⁶⁴⁷ V. not., G. R. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, 1982, pp. 775-843 ; M. Amadio, *Le Contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p., p. 87 ; D. Bliesener, "La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale", *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 68, n° 2-3, 1991, p. 95 et s., p. 100 ; C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 11, n° 2, 1992, pp. 320-392, p. 355 et s. ; J.-M. Loncle, "La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2006, pp. 319-331, p. 319 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 163-196 ; B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150, p. 128 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 61 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p.

⁶⁴⁸ Art. 30 du premier projet in CIRDI, *Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, CIRDI, Washington, 1968*, 4 volumes, vol. I, p. 116.

⁶⁴⁹ V. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 44.

Cette définition souffrait également d'insuffisances, n'ayant aucun caractère synthétique et risquant de nuire à toute évolution future de la notion d'investissement⁶⁵¹.

L'impossibilité de trouver une définition satisfaisante n'a fait qu'accroître la controverse, qui avait duré pendant toutes les négociations, sur la nécessité d'inclure une telle disposition dans la Convention de Washington. Deux camps s'affrontaient, dont on aurait pu penser qu'ils recoupaient en quelque sorte la distinction entre Etats importateurs et Etats exportateurs de capitaux. Pourtant, tel n'était pas le cas et l'on constate que, dans chaque camp, étaient mêlés des pays du Nord et du Sud⁶⁵².

Certains voulaient une limite claire à la compétence du Centre, de façon à éviter une extension infinie de celle-ci, d'autant plus que ces Etats avaient conscience qu'il leur serait difficile de refuser leur consentement sans donner l'image d'une politique dissuasive en matière d'investissement. La position de la Chine explique bien ce point de vue :

« Bien qu'il soit difficile de prévoir une définition précise du terme investissement dans la présente convention, il n'en est pas moins clair que le but de la présente convention est d'encourager les investissements internationaux privés et non pas de protéger la propriété étrangère en tant que telle (...). On pourrait prétendre qu'étant donné que la juridiction du Centre est limitée par la condition primordiale du consentement, l'intention d'exclure un différend de la juridiction du Centre peut toujours être réalisée par le fait de refuser ledit consentement. Un tel argument conduirait à nier toute nécessité d'une disposition sur la juridiction du Centre »⁶⁵³.

L'autre camp, mené par la délégation britannique⁶⁵⁴, n'était pas favorable à une définition de la notion d'investissement, « mettant en avant les difficultés de conceptualisation et le fait que l'existence même d'une définition pourrait avoir pour effet d'exclure du domaine

⁶⁵⁰ CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, p. 674.

⁶⁵¹ V. not., S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 44.

⁶⁵² Sébastien Manciaux note que « l'opposition au sujet de la nécessité ou non d'une définition du terme « investissement », entre deux groupes de délégations (le premier composé notamment du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande et des cinq pays scandinaves, le second de la Chine, de la Tunisie, de la République centrafricaine, du Portugal, de l'Espagne et de l'Australie) n'était pas réductible à une simple opposition « pays exportateurs de capitaux/pays importateurs de capitaux et moins encore à une opposition classique du type « Nord/Sud » ou à une opposition politique « pays à économie de marché/pays à économie planifiée » » in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 45.

⁶⁵³ Déclaration de la République nationaliste de Chine (Taïwan) du 9 novembre 1964 lors des travaux préparatoires, in CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, p. 456, citée in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 45.

⁶⁵⁴ V. la déclaration du Royaume-Uni lors des travaux préparatoires in CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, vol. III, pp. 469-470.

d'application de la convention un différend pourtant considéré par les parties comme portant sur un investissement »⁶⁵⁵.

Face à l'impossibilité de trouver une définition satisfaisante, la thèse défendue par les opposants à une définition l'a emporté, la notion devant résulter du consentement des parties. C'est ce qui ressort du Rapport des Administrateurs :

« Il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme « investissement », compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) »⁶⁵⁶.

Le point essentiel – si l'on exclut la question des exceptions – réside dans l'idée que le consentement doit prédominer dans la définition de l'investissement. Cette position n'établit alors pas de limite objective, mais une limite arbitraire à la compétence du Centre⁶⁵⁷. Si l'on se fonde exclusivement sur le consentement et que les parties acceptent de soumettre un litige au Centre, qu'elles considèrent comme relatif à un investissement, mais qui objectivement ne l'est pas, cela irait directement à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la Convention de Washington. C'est ce qu'a reconnu le tribunal dans l'affaire *Joy Mining Machinery* :

« *there is a limit to the freedom with which the parties may define an investment if they wish to engage the jurisdiction of ICSID Tribunals (...) the parties to a dispute cannot by contract or treaty define as an investment, for the purpose of ICSID jurisdiction, something which does not satisfy the objective requirements of Article 25 of the Convention.* »⁶⁵⁸.

Toutefois, le document élaboré par le CIRDI relativement aux clauses modèles reconnaît explicitement que, dans le cas où le consentement est simultané, par exemple dans une convention d'arbitrage :

« Il est ainsi laissé aux parties un pouvoir d'appréciation, sinon illimité, du moins très large quant à la qualification de leur opération. La soumission d'un différend au Centre laisse à penser que les parties considèrent qu'il est né d'un investissement. Si elles souhaitent renforcer la présomption, elles peuvent insérer dans l'accord contenant leur consentement une disposition à cet effet »⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 45.

⁶⁵⁶ Paragraphe 27 du Rapport des Administrateurs.

⁶⁵⁷ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁶⁵⁸ CIRDI, *Joy Mining Machinery contre République arabe d'Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004, paragraphes 49-50.

⁶⁵⁹ V. les clauses modèles du CIRDI. La clause 3 propose aux parties d'inclure clairement la qualification d'investissement dans leur contrat : « Il est stipulé par la présente que l'opération visée par le présent accord est un investissement ».

Une démarche subjectiviste peut convenir tant que le consentement dissocié n'est pas admis. Néanmoins, lorsque le consentement de l'Etat est donné préalablement et unilatéralement dans sa législation ou dans un traité bilatéral d'investissement, cette définition apparaît comme essentielle pour éviter qu'un investisseur étranger puisse attirer l'Etat hôte devant le CIRDI pour un différend non clairement en rapport avec un investissement. Certes, les accords bilatéraux d'investissement contiennent une définition de la notion, mais celle-ci est si extensive que sa compréhension est quasi-nulle. On constate, dès lors, que dans la plupart des affaires où a été soulevée l'objection de la qualification d'investissement, le consentement de l'Etat à la compétence du Centre avait été donné dans un traité bilatéral⁶⁶⁰.

La qualification semble donc libre, même si le tribunal demeure « juge de sa compétence »⁶⁶¹ et peut soulever d'office les moyens relatifs à son incompétence. « Même si le dessein de la Convention est de conférer un grand poids au consentement des parties dans toute délimitation de la compétence »⁶⁶², il demeure que :

« Quoiqu'essentiel, le consentement en lui-même et par lui-même n'est pas suffisant pour assurer l'accès au Centre. En effet, l'article 25 de la Convention Cirdi prévoit des conditions additionnelles objectives qui doivent être remplies en plus du consentement. Ces conditions objectives sont les suivantes :

- le différend entre les parties doit être un « différend d'ordre juridique » ;
- le différend doit être en relation directe avec un « investissement » »⁶⁶³.

Si les tribunaux arbitraux ne s'arrêtent pas au consentement des parties, ils ont dû forger leur propre définition de la notion d'investissement. A défaut de sens ordinaire du mot, qui aurait pu permettre une interprétation conforme aux règles du droit international public, ils se sont fondés sur de nombreuses sources d'inspiration, tirées d'autres instruments internationaux. Cependant, l'inflation définitionnelle et la diversité des définitions les ont obligés à déterminer une définition autonome de l'investissement au sens de la Convention de Washington.

⁶⁶⁰ V., en particulier les affaires CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 et CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999.

⁶⁶¹ Art. 41(1) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁶⁶² CIRDI, *Kaiser Bauxite contre Jamaïque* (ARB/74/3), décision sur la compétence du 6 juillet 1975, paragraphe 17.

⁶⁶³ CIRDI, *Autopista Concesionada contre Venezuela* (ARB/00/5), décision sur la compétence du 27 septembre 2001, paragraphe 96, traduit par S. Manciaux in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 53.

B. La recherche d'une définition de la notion d'investissement

La Convention de Washington mettant en place le CIRDI pose comme condition logique à sa compétence l'existence d'un différend juridique en relation directe avec un investissement⁶⁶⁴. Néanmoins, en l'absence de définition fournie par la Convention, le CIRDI a dû faire œuvre jurisprudentielle, pour déterminer sa compétence⁶⁶⁵. En l'absence de définition uniforme de l'investissement international⁶⁶⁶, le Centre a pu s'inspirer, dans sa quête, d'instruments tant bilatéraux que multilatéraux (1°), qui fournissent chacun leur propre définition de la notion d'investissement, fonction de l'objet et du but de ces traités, les traités bilatéraux d'investissement retenant, bien évidemment, la définition la plus extensive (2°).

1°) De nombreuses sources d'inspiration

De nombreux instruments internationaux s'intéressent à l'investissement. Même si les Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger de la Banque mondiale adoptent la même position d'abstention que la Convention de Washington, il demeure que la majorité des instruments contiennent des définitions de la notion d'investissement. Elles sont issues des législations internes des Etats, mais aussi de textes conventionnels – le droit coutumier international n'étant pas à même de donner une telle définition. Dans ces conditions, il faut se tourner vers les conventions internationales – multilatérales, plurilatérales ou bilatérales – pour savoir ce qu'est un investissement.

Les tribunaux statuant sous l'égide du Centre ont pu s'inspirer des définitions fournies par ces instruments. Néanmoins, ces définitions ne sont pas nécessairement décisives, au regard de la Convention de Washington, l'objet des accords étant parfois différent. Ainsi, par exemple, alors que certains traités bilatéraux prévoient également des droits concernant l'établissement de l'investissement, la Convention CIRDI s'intéresse uniquement à la réalisation de

⁶⁶⁴ V. l'art. 25 (1) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁶⁶⁵ V. la distinction entre la définition en tant que création d'une catégorie juridique et la définition du critère juridictionnel telle qu'expliquée in A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.

⁶⁶⁶ P. Juillard, "Définition de l'investissement", *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 773-781 ; B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.

l'investissement. D'autres accords ne s'intéressent pas réellement à la question de l'investissement *stricto sensu*, mais aux mouvements de capitaux. C'est le cas d'organisations régionales comme l'Union européenne ou l'OCDE. Ces organisations prônent la libération des mouvements de capitaux, dont les investissements entendus de façon large. Le Code de libération des mouvements de capitaux de l'OCDE⁶⁶⁷ dispose que :

« Les Membres supprimeront progressivement entre eux, conformément aux dispositions de l'article 2, les restrictions aux mouvements de capitaux dans la mesure nécessaire à une coopération économique efficace »⁶⁶⁸.

Il poursuit en mentionnant que ces mesures de libération impliquent, notamment, l'autorisation de conclusion ou d'exécution des transactions ou des transferts visés par la « Liste A »⁶⁶⁹. Cette liste de libération des mouvements de capitaux mentionne, avant tous les autres, les investissements directs, définis comme :

« Investissements effectués en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise »⁶⁷⁰.

Cette définition est, ensuite, précisée, l'investissement recoupant :

- « 1. (...) la création ou (...) l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ;
2. (...) une participation à une entreprise nouvelle ou existante ;
3. (...) un prêt à cinq ans ou plus »⁶⁷¹.

Cette définition apparaît comme particulièrement extensive, mais seulement pour les investissements directs, les autres étant exclus.

Il en est de même de celle fournie par la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité⁶⁷². Cet instrument oblige les Etats à supprimer les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les Etats membres⁶⁷³ et suggère « d'atteindre, dans le régime qu'ils appliquent aux transferts afférents aux mouvements de capitaux avec les pays tiers, le même degré de libération que celui des opérations intervenant avec les résidents des autres Etats membres »⁶⁷⁴, au regard

⁶⁶⁷ V. le Code de libération des mouvements de capitaux, OCDE, 2009.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, art. 1^{er}.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.

⁶⁷⁰ Liste A, « I. Investissements directs », du Code de libération des mouvements de capitaux, OCDE, 2009.

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷² V. la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité.

⁶⁷³ *Ibid.*, art. 1^{er}.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, art. 7.

d'une nomenclature fournie par l'annexe I. Cette nomenclature des mouvements de capitaux mentionne, au premier chef, les investissements directs, entendus comme :

- « 1) création et extension de succursales ou d'entreprises nouvelles appartenant exclusivement au bailleur de fonds, et acquisition intégrale d'entreprises existantes
- 2) Participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables
- 3) Prêts à long terme en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables
- 4) Réinvestissement de bénéfices en vue de maintenir des liens économiques durables »⁶⁷⁵.

Pour plus de clarté, les notes explicatives de la directive tentent de parvenir à une définition synthétique, et non plus énumérative, de ces investissements. Les investissements directs sont définis comme :

« Les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette notion doit donc être comprise dans son sens le plus large »⁶⁷⁶.

D'autres précisions sont mentionnées, mais le point le plus intéressant réside dans la dernière phrase citée, qui évoque le caractère extrêmement extensif de la définition. Cela se comprend aisément si l'on s'attache à l'objet de cet instrument, la libération des mouvements de capitaux, qui doit être la plus large possible. Les définitions de l'OCDE et de l'Union européenne apparaissent donc comme très proches, voire similaires. Elles révèlent, dès lors, le caractère fondamentalement fonctionnel de ces définitions⁶⁷⁷.

C'est finalement ce caractère fonctionnel des définitions conventionnelles de l'investissement qui empêche de parvenir à une définition unique de la notion. En effet, chacun des instruments relatifs aux investissements va contenir une définition différente, fonction de l'objet et du but de celui-ci. Il n'y a donc pas une définition unique de l'investissement, mais une multiplicité de définitions. Ce choix de définitions fonctionnelles plutôt que conceptuelles

⁶⁷⁵ *Ibid.*, annexe I, nomenclature des mouvements de capitaux visés à l'article 1^{er} de la directive, « I. Investissements directs ».

⁶⁷⁶ *Ibid.*, notes explicatives de l'annexe I, nomenclature des mouvements de capitaux visés à l'article 1^{er} de la directive, « I. Investissements directs ».

⁶⁷⁷ Dominique Carreau et Patrick Juillard distinguent ainsi les définitions données par des instruments de libre circulation et celles données par des instruments de protection ou de promotion du développement (D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s.). V. également B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.

a pu mener à certaines critiques, certains considérant que plus qu'une diversité de définitions, l'on était face à une véritable « hétérogénéité »⁶⁷⁸.

D'autres instruments ayant un rapport plus direct avec les investissements fournissent des définitions. La Convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (ci-après AMGI)⁶⁷⁹ apparaît ici particulièrement intéressante, celle-ci étant l'une des rares conventions multilatérales relative au régime de l'investissement⁶⁸⁰, la volonté de parvenir à une convention universelle sur le sujet n'ayant jamais abouti. Cette convention, ayant pour objet la garantie des investissements, a suscité une grande controverse entre pays industrialisés, qui souhaitaient en réduire la portée afin de conserver leurs systèmes de garantie nationaux, et pays en développement. Les pays du Nord ont finalement réussi à réduire les activités de l'AMGI, en ne lui accordant qu'un capital très faible et en réduisant ainsi les investissements éligibles. Cette définition restrictive se trouve à l'article 12, paragraphe (a) :

« Les investissements admissibles comprennent les prises de participation, y compris les prêts à moyen et à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'Administration »⁶⁸¹.

Tous les investissements directs sont éligibles à la garantie de l'AMGI, mais l'article 12 privilégie, néanmoins, les prises de participation – *equity interest* – sous la forme soit de souscription au capital d'une société en voie de création, soit d'acquisition de titres représentatifs du capital social d'une société déjà créée. Cette définition de l'investissement apparaît donc comme très limitative, mais il faut bien souligner que cette définition ne recouvre pas l'ensemble des investissements, mais seulement les investissements éligibles à la garantie. Cette approche, qualifiée de « partielle »⁶⁸² ou « parcellaire »⁶⁸³, se justifie alors aisément, au regard d'une « double limite »⁶⁸⁴ ayant vocation à « ne pas compromettre les ressources financières limitées de l'institution et [à] ne promouvoir que les seuls

⁶⁷⁸ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 54.

⁶⁷⁹ V. la Convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11 octobre 1985.

⁶⁸⁰ P. Juillard, "Définition de l'investissement : à propos de l'article 12 de la Convention de Séoul", *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 626-635 ; B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.

⁶⁸¹ Article 12 (a) de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985, portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements. V., pour commentaire, P. Juillard, "Définition de l'investissement : à propos de l'article 12 de la Convention de Séoul", *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 626-635.

⁶⁸² S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 58.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 59.

investissements contribuant au développement économique des Etats récepteurs »⁶⁸⁵. C'est ce qui ressort du commentaire de la Convention :

« *To serve its objective without undermining its financial viability, the Agency will limit its guarantees to sound investments.* »⁶⁸⁶.

Enfin, même si ce projet n'est jamais entré en vigueur, il faut revenir sur la définition incluse dans le Projet d'Accord Multilatéral sur l'Investissement. La disposition est très classique :

« On entend par investissement : tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur, notamment :

- (i) une entreprise (...)
- (ii) les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise et les droits en découlant
- (iii) les obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes de créance et les droits en découlant ;
- (iv) les droits au titre de contrats (...)
- (v) les créances monétaires et les droits à prestations ;
- (vi) les droits de propriété intellectuelle ;
- (vii) les droits conférés par la loi (...)
- (viii) tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et tous droits connexes de propriété (...) »⁶⁸⁷.

Ce qui est intéressant, c'est que si cette disposition est très classique et se retrouve dans de nombreux instruments internationaux, elle ne semblait pas totalement satisfaisante pour les rédacteurs de l'AMI, qui, dans une note, ajoutent :

« Dans un souci de plus grande sécurité juridique, il faudrait une note interprétative indiquant que, pour être considéré comme un investissement dans le cadre de l'AMI, un actif devra avoir les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un bénéfice, ou la prise en charge d'un risque »⁶⁸⁸.

La définition de l'investissement contenue dans les conventions internationales est donc profondément dépendante de l'objectif que ces instruments s'assignent, ce qui ressort tout particulièrement des traités bilatéraux d'investissement.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁸⁶ Commentaire de la Convention de Séoul in AMGI, *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency and Commentary on the Convention*, Publications de l'AMGI, Washington, D.C., 1985, 73 p., p. 54, paragraphe 21.

⁶⁸⁷ V. le II « Champ d'application », paragraphe 2, in OCDE, *L'Accord Multilatéral sur l'Investissement - Projet de texte consolidé*, DAFFE/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p., p. 11.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, note 2. V. également R. Dolzer, "The Notion of Investment in Recent Practice" in S. Charnovitz, D. P. Steger et P. van den Bosche, *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 261 et s., pp. 265-266 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 63.

2°) L'approche extensive des traités bilatéraux d'investissement

Si l'on s'attache au caractère fonctionnel de ces définitions, on comprend vite que l'approche la plus extensive soit celle contenue dans les traités visant la promotion et la protection des investissements⁶⁸⁹, leur but étant de protéger le plus grand nombre d'opérations possible.

Même si le premier traité bilatéral d'investissement contenait une définition de l'investissement⁶⁹⁰, beaucoup d'accords n'ont commencé à inclure de telles définitions que dans les années 1970 ou 1980⁶⁹¹. Cependant, la pratique s'est ensuite vite harmonisée sur une définition uniforme de l'investissement.

Dans les traités bilatéraux d'investissement, la définition de l'investissement se trouve, en général, à l'article premier et contient deux éléments. Les rédacteurs procèdent, dans la plupart des cas, à la fois par voie synthétique et par voie analytique⁶⁹². Il peut arriver qu'un traité ne retienne qu'une seule des deux approches, mais cela demeure très rare⁶⁹³. C'est le cas de certains traités multilatéraux relatifs aux investissements et, notamment, de l'Accord de Libre-échange Nord-Américain (ALENA) qui ne procède que par énumération⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p., pp. 5-12.

⁶⁹⁰ V. l'art. 8, paragraphe 1, du TBI Allemagne – Pakistan, 1959 : « a) Par « investissement » il faut entendre le capital – devises, marchandises, droits de propriété, brevets et connaissances techniques – introduit dans le territoire de l'autre Partie pour y être investi sous diverses formes. Le mot « investissement » englobe aussi le produit desdits « investissements » remployé dans ces investissements.

b) Toute participation, toute société ou tout actif de nature analogue découlant de l'utilisation des avoirs susmentionnés sera assimilé à un « investissement » ». Une définition plus moderne de l'investissement a été intégrée dans le TBI Allemagne – Togo, 1961.

⁶⁹¹ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156, spéc. p. 132. Le Koweït a commencé à inclure une définition en 1964 (art. 1 de l'Accord avec l'Irak) ; la Suisse en 1965 (voir les accords conclus avec la Tanzanie (art. 4(1)) ; ou avec le Costa Rica (art. 6(3)) ; les Pays-Bas (art. XV (3) de l'accord avec le Soudan) et l'Union belgo-luxembourgeoise (accord avec l'Indonésie) en 1970 ; la France en 1972 (art. 1 des accords avec le Congo et l'Ile Maurice) ; le Royaume-Uni en 1975 (dans son accord avec l'Égypte) ; et par les États-Unis en 1982, dans leur premier accord, qu'ils ont conclu avec l'Égypte.

⁶⁹² Ce type de définition a été inspiré par la pratique conventionnelle allemande. R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral investment treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 163-196 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁶⁹³ V., pour un ex. d'accord ne comprenant qu'une définition synthétique, le TBI Suisse – Zaïre, 1972 : « Aux termes de cet Accord le mot « investissements » désigne les apports en espèce ou en nature faits par les ressortissants ou sociétés d'une des Parties Contractantes sur le territoire de l'autre, conformément à la législation respective des Parties Contractantes, applicable aux investissements, en vue soit de constituer une capacité de production nouvelle de biens ou de services soit de rationaliser des méthodes de production ou d'en améliorer la qualité » ; cité in J. Lavie, *Promotion et protection des investissements*, PUF, Paris, 1985, 331 p., p. 14.

⁶⁹⁴ V. l'art. 1139 de l'Accord de Libre-échange Nord-Américain (ALENA).

Les traités bilatéraux d'investissement, quant à eux, commencent en général par une approche synthétique avec une proposition d'ordre général : la notion d'investissement « désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures », par exemple. D'autres évoquent tous les biens – « *every kind of asset* » – ou tous les intérêts économiques – « *every kind of economic interest* »⁶⁹⁵. Certains traités utilisent même l'expression « *investment means every kind of investment* », tombant dans la définition tautologique par excellence. S'attachant à cette partie de la définition, un Tribunal a noté que :

« *the reference to « every kind of asset » is possibly the broadest among similar general definitions* »⁶⁹⁶.

Les traités poursuivent, ensuite, par voie analytique avec une énonciation non limitative – « non exclusivement » – qui classe, catégorie par catégorie, les principaux « biens, droits et intérêts ». Sont, en général, inclus parmi ces exemples d'investissements, les droits de propriété sur les biens meubles et immeubles, les sûretés mobilières, les titres de placement, les crédits et créances, les licences et concessions publiques, les droits de propriété intellectuelle et les dépenses préalables à l'investissement⁶⁹⁷. Il faut, à cet égard, noter que les définitions synthétique et analytique ne sont pas si différentes fondamentalement, étant donné que les listes proposées ne le sont qu'en guise d'exemples et ne sont, dans tous les cas, pas limitatives. L'extension de la qualification d'investissement est ainsi possible avec les deux types de définitions.

Pour reprendre le modèle européen et, plus précisément, le modèle français, cette disposition se lit ainsi :

« 1. Le terme « investissement » désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droit analogues ;
- b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;
- c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- d) Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;

⁶⁹⁵ CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149

p.

⁶⁹⁶ CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence du 14 novembre 2005, paragraphe 113.

⁶⁹⁷ V. la liste des droits visés in Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p., pp. 175-189 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes »⁶⁹⁸.

Les traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus par les Etats-Unis d'Amérique avant 2004⁶⁹⁹ contenaient, quant à eux, traditionnellement une définition assez similaire :

« *“investment” of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by that national or company, and includes investment consisting or taking the form of:*

- (i) a company;*
- (ii) shares, stock, partnership interests, and other forms of equity participation, and bonds, debentures, and other forms of debt interests, in a company;*
- (iii) contractual rights, such as under turnkey, construction or management contracts, production or revenue-sharing contracts, concessions, or other similar contracts;*
- (iv) tangible property, including real property; and intangible property, including rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;*
- (v) intellectual property rights [...];*
- (vi) rights conferred pursuant to law, such as licenses and permits »*⁷⁰⁰.

Parfois, il est également précisé que sont des investissements les opérations faites « sur le territoire » de l'Etat hôte⁷⁰¹. Par exemple, dans la définition de l'investissement incluse dans l'accord entre la France et la Turquie, il est précisé que :

« Le terme « investissement » désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière »⁷⁰².

La question de la qualification de l'opération d'investissement s'est alors posée par rapport à certaines opérations qui n'impliquaient pas une présence physique sur le territoire, comme, par exemple, dans le cas de services financiers⁷⁰³. Cependant, les tribunaux ont une conception large de l'investissement sur le territoire, comme l'a précisé le Tribunal dans l'affaire *Fedax* :

« *While it is true that in some kinds of investments (...) such as the acquisition of interests in immovable property, companies and the like, a transfer of funds or value will be made into the territory of the host country, this does not necessarily happen in*

⁶⁹⁸ Art. premier du TBI France – Zimbabwe, 2001.

⁶⁹⁹ Voir *infra* pour la définition incluse dans le modèle américain de 2004, p. 408 et s.

⁷⁰⁰ Voir le TBI Etats-Unis d'Amérique – Albanie, 1995. Les modèles de 2004 et de 2012 contiennent des définitions plus précises de l'investissement. V. *infra*.

⁷⁰¹ V. not., D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 180-181 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 148-150.

⁷⁰² Article 1^{er} du TBI France – Turquie, 2006.

⁷⁰³ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 67.

a number of types of investments, particularly those of a financial nature. It is a standard feature of many international financial transactions that the funds involved are not physically transferred to the territory of the beneficiary, but are put at its disposal elsewhere »⁷⁰⁴.

Au regard de ces clauses incluses dans les traités bilatéraux d'investissement, on peut se demander s'il s'agit de véritables définitions, l'approche synthétique relevant de l'assimilation tautologique, alors que les énumérations ne peuvent en aucun cas fournir une réelle définition, puisqu'elles ne donnent qu'une liste – non exhaustive – d'exemples. Réapparaît alors le caractère fonctionnel de la tentative de définition de la notion d'investissement : il s'agit, dans le cas des traités bilatéraux d'investissement, d'étendre au maximum le champ d'application de ces conventions en vue de protéger un maximum d'objets. On conviendra alors qu'« à la vérité, les conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements ne promeuvent pas et ne protègent pas les investissements, de façon spécifique, mais les biens de façon générique »⁷⁰⁵. Serait-ce alors un simple problème d'appellation de ces conventions ? Dans tous les cas, ces dispositions ont suscité de nombreuses critiques, notamment sur l'assimilation entre investissements et « biens, droits et intérêts ».

Il ne faut pas conclure, pour autant, que ces dispositions n'ont aucun sens. Les Etats ont simplement souhaité permettre une certaine flexibilité dans la définition de l'investissement afin de remplir leur objectif, qui est de promouvoir et de protéger les investissements⁷⁰⁶ :

« most treaties (...) have adopted a broad, open-ended definition that ensures a certain amount of flexibility in the treaty's application »⁷⁰⁷.

Cette flexibilité est particulièrement essentielle, en ce qui concerne les investissements, ce domaine ayant vocation à évoluer très vite. Comme le note Vandeveldé :

« The concern about defining the term was that new forms of investment the protection of which is consistent with U.S. foreign investment policy may be excluded from BIT protection simply because the drafters failed to anticipate their creation. Over the years the kinds of assets that constitute foreign investment have expanded beyond more traditional forms of foreign investment, such as concessions and loans, to

⁷⁰⁴ CIRDI, *FEDAX N.V. contre Venezuela* (ARB/96/3(1), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, paragraphe 41. V. également CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphes 77-78 ; CIRDI, *LESI S.p.A. et Astaldi S.p.A contre Algérie* (ARB/05/3), décision sur la compétence du 12 juillet 2006, paragraphe 73.

⁷⁰⁵ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 55. V. également P. Juillard, "Définition de l'investissement", *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 773-781 ; J. L. Lavieq, *Promotion et protection des investissements*, PUF, Paris, 1985, 331 p., p. 22 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s. Cet état de fait est, sans nul doute, lié au fait que les traités bilatéraux d'investissement se sont largement inspirés du Projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers – et non sur les investissements étrangers.

⁷⁰⁶ S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s.

⁷⁰⁷ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral investment treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 26.

include service and turnkey contracts and technology transfer agreements, forms of investment that may not have been anticipated in an earlier time. U.S. BIT drafters wanted to ensure that future forms of investment perhaps not anticipated by them would be covered by the agreement. »⁷⁰⁸.

Ainsi, laisser la définition de l'investissement ouverte permet de couvrir les nouvelles formes d'investissement qui ont tendance à évoluer très rapidement, sachant que les traités bilatéraux d'investissement ont vocation à durer sur le long terme⁷⁰⁹. Cependant, on peut légitimement se demander, dans ce cas, pourquoi inclure une liste illustrative des investissements éligibles⁷¹⁰. Vandeveldde apporte une réponse :

*« Leaving the term undefined would permit it to evolve along with the changing nature of economic circumstances. It would also create a risk, however, that an arbitral tribunal would construe the term too narrowly. Because U.S. investors may be investing substantial sums in reliance on BIT protection, BIT drafters ultimately concluded that obtaining some degree of certainty was perhaps more important than complete flexibility. The solution was to formulate a definition that would have an irreducible core of meaning that would help to prevent an interpretation that was too narrow, but also a capacity for expansion to allow adaptation to new circumstances »*⁷¹¹.

Ainsi, l'alliance de définitions synthétique et analytique permet d'assurer toute la flexibilité nécessaire aux investissements internationaux, tout en garantissant la sécurité juridique pour les formes traditionnelles d'investissement. Les deux parties de la définition devront donc être lues en parallèle par les tribunaux arbitraux pour permettre une compréhension complète de la notion d'investissement dans la convention⁷¹².

On a quand même pu parler de dilution de la notion d'investissement dans la notion de bien tant le champ que couvrait la définition de l'investissement était large⁷¹³. Selon certains, une

⁷⁰⁸ K. J. Vandeveldde, *United States International Investment Agreements*, Oxford University Press, New York, 2009, XIX-330 p., p. 114.

⁷⁰⁹ Sur cette question, v. B. Legum, "Defining Investment and Investor : Who is Entitled to Claim ?" in OCDE, *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, Publications de l'OCDE, Paris, 2005, 6 p., p. 3 : « effort to accommodate the endless creativity of the capital markets (...) reflects a desire to encourage foreign investment in all its forms, present and future (...) Investment of capital takes a multitude of forms in the world today ». V. également CNUCED, *Investment Agreements : Keys Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, XXIV-387 p., p. 77 : « because the concept of investment has evolved over time and because many investment agreements are intended to last for many years, those who draft them appear to seek, as a matter of policy, to utilize language that can extend an agreement to new forms of investment as they emerge, without renegotiation of the agreement ».

⁷¹⁰ S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s.

⁷¹¹ K. J. Vandeveldde, *United States International Investment Agreements*, Oxford University Press, New York, 2009, XIX-330 p., p. 114.

⁷¹² S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s.

⁷¹³ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150. V. également D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s. Ils notent que

telle dilution serait dangereuse, car elle déséquilibrerait l'édifice conventionnel en privilégiant l'obligation de protection. On peut, dès lors, se demander quel est l'intérêt des Etats hôtes d'accepter de telles définitions dans le cadre conventionnel mis en place. Finalement, on se rend compte que le besoin d'investissement de certains pays est tel qu'ils ne peuvent réellement négocier les obligations qui leur sont principalement imposées – sous couvert de réciprocité. L'acceptation de cette approche extensive est liée à l'espoir d'attirer le maximum d'opérateurs économiques étrangers, mais révèle le déséquilibre fondamental qui règne parmi les acteurs du droit international des investissements. Une telle définition a, de plus, tendance à nuire à la précision juridique de la notion d'investissement au plan international.

Une autre question se pose au regard de cette définition particulièrement extensive, concernant les réinvestissements ou les changements de forme de l'investissement⁷¹⁴, à savoir lorsque l'investissement est issu d'une première opération d'un investisseur étranger et n'entraîne donc pas de flux de capitaux transfrontaliers. Le capital initial est simplement réinvesti. Comme les traités bilatéraux d'investissement ont vocation à encourager l'importation de capital étranger, ces opérations devraient être exclues. Cependant, les traités bilatéraux d'investissement précisent parfois que ces nouveaux investissements sont couverts, souhaitant favoriser le développement des investissements sur leur territoire et assurer un climat favorable à toutes ces opérations⁷¹⁵. Par exemple, dans l'Accord entre la Turquie et l'Estonie, il est prévu que :

« Le terme « investissement », conformément à la législation et à la réglementation de la Partie d'accueil, désigne tout type d'actifs et, en particulier, mais non exclusivement (...) les revenus d'investissements réinvestis »⁷¹⁶.

Parfois, une disposition spécifique est consacrée à la question du réinvestissement :

« Toute modification de forme dans laquelle les revenus sont investis ou réinvestis ne doit pas affecter le caractère de l'investissement tel que défini par l'article 1 paragraphe 2 du présent accord, considérant que le changement est en conformité avec

l'absence réelle de définition comporte un double risque, de « dilution de la notion d'investissement dans la notion de bien, et de l'opération d'investissement dans l'opération contractuelle ».

⁷¹⁴ CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149 p. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁷¹⁵ Les pays importateurs de capitaux sont depuis longtemps favorables au réinvestissement des capitaux, comme le révèle le Programme d'action concernant l'instauration d'un Nouvel ordre économique international, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies (rés. 3202 (SS-VI) du 1^{er} mai 1974). En particulier, l'art. V précise que : « Tous les efforts devraient être faits pour formuler, adopter et appliquer un code international de conduite pour les sociétés transnationales afin (...) d'encourager ces sociétés à réinvestir leurs bénéfices dans les pays en voie de développement ».

⁷¹⁶ Art. 1^{er}, paragraphe 2, du TBI Estonie – Turquie, 1997. V. également l'art. 1^{er} du TBI Chine – Maroc, 1995 : « Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affecte leur caractère d'investissement » ; l'art. 1^{er} du TBI France – Turquie, 2006 : « Le terme « investissement » désigne tout type d'avoirs investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière et, plus particulièrement mais non exclusivement (...) les revenus réinvestis ».

la loi et la juridiction de la partie contractante dans le territoire sur lequel l'investissement a été réalisé »⁷¹⁷.

Certains protocoles s'attachent également à cette question, comme celui attaché à l'Accord entre l'Allemagne et les Philippines :

« Les revenus des investissements et, le cas échéant, du réinvestissement desdits revenus, bénéficient de la même protection que l'investissement initial »⁷¹⁸.

Au regard de ces définitions particulièrement larges, on peut se demander quelle utilisation ont fait les arbitres de cette source d'inspiration : ont-ils entériné les définitions proposées ou ont-ils retenu une approche autonome ? Dans tous les cas, une définition aussi large de l'investissement leur a laissé une grande marge de manœuvre pour forger leur propre définition de la notion.

PARAGRAPHE 2. LA DECOUVERTE D'UNE DEFINITION DE L'INVESTISSEMENT SOUMISE A LA VOLONTE DES ETATS

La définition de l'investissement est loin de trouver une réponse unanime et a occupé autant la doctrine que les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI. La conception majoritaire veut que le concept d'investissement possède une signification large, sans pour autant recouvrir l'ensemble des biens étrangers. La recherche d'une définition a donc été laborieuse et des incertitudes demeurent, mais la découverte de critères par les tribunaux arbitraux a néanmoins facilité l'opération de qualification (A). Nécessaires, mais non suffisants, les critères élaborés ont reçu un accueil divergent en fonction des arbitres, qui même s'ils allaient vers une acceptation unanimement extensive de la notion d'investissement⁷¹⁹, empruntaient des méthodologies diverses, demeurant toujours soumises à la volonté des Etats qui restent maîtres d'une telle définition (B).

⁷¹⁷ Art. 2 du TBI Autriche – Algérie, 2003.

⁷¹⁸ Protocole au TBI Allemagne – Philippines, 1997. V. également le Protocole au TBI Allemagne – Chine 2003.

⁷¹⁹ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

A. La découverte de critères de définition

Les travaux préparatoires de la Convention de Washington révèlent qu'on a sciemment évité de définir l'investissement pour laisser le soin aux tribunaux de le faire. La question de la définition de l'investissement s'est toutefois présentée assez tardivement devant le CIRDI. En effet, cette question ne pouvait être soulevée initialement, étant donné que l'Etat devait donner son consentement à l'arbitrage et ne pouvait, quand il l'avait fait, soulever d'objection préliminaire pour nier la compétence du CIRDI. Dans tous les cas, les tribunaux préféraient s'abstenir de se prononcer sur cette question difficile : dans l'affaire *AMT contre Zaïre*⁷²⁰, après avoir rappelé que la compétence du Centre ne s'étendait qu'aux « différend[s] d'ordre juridique en relation directe avec un investissement », les arbitres ont simplement vérifié que le différend était bien d'ordre juridique ; de même, dans l'affaire *A. Goetz contre Burundi*⁷²¹, ils se sont contentés de constater une relation directe du différend avec l'investissement.

Toutefois, depuis qu'on accepte l'hypothèse d'un consentement anticipé, les questions préalables sont en augmentation constante⁷²². Les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI n'ont donc pu échapper à la question de la définition de l'investissement, qui est apparue en particulier avec l'affaire *Fedax*⁷²³. Les arbitres ont adopté un raisonnement en deux temps, pour vérifier si l'opération était bien un investissement au sens de la Convention de Washington, mais aussi selon le traité bilatéral d'investissement sur lequel se fondait l'investisseur⁷²⁴. Il a donc fallu que les arbitres élaborent leur propre définition et critères pour l'application de ces instruments, notant alors que :

*« The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance the host State's development »*⁷²⁵.

Ces critères ont eu un retentissement important dans la jurisprudence subséquente (1°), mais leur rôle paraît parfois encore incertain (2°).

⁷²⁰ V. CIRDI, *AMT contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997, paragraphes 5.04 à 5.06.

⁷²¹ V. CIRDI, *A. Goetz contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, paragraphes 82 et 83.

⁷²² D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 427 et s.

⁷²³ CIRDI, *FEDAX N.V. contre Venezuela* (ARB/96/3(1)), décision sur la compétence du 11 juillet 1997. V. également, par ex., D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 163-196.

⁷²⁴ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 63-68.

⁷²⁵ CIRDI, *FEDAX N.V. contre Venezuela* (ARB/96/3(1)), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, paragraphe 43.

1°) Des critères de qualification

Des critères de qualification sont apparus au fur et à mesure des objections préliminaires dans la jurisprudence. La jurisprudence s'est en particulier inspirée de la doctrine, qui avait fait apparaître certaines caractéristiques :

« Ces critères s'articulent autour de trois idées. En premier lieu, il ne saurait y avoir investissement sans apport – quelle que soit, par ailleurs la forme que prend cet apport. En deuxième lieu, il ne saurait y avoir d'investissement dans le court terme : l'opération d'investissement présente un caractère de « durabilité » qui ne peut se satisfaire que d'un apport à moyen ou à long terme. En troisième lieu, il ne saurait y avoir investissement sans risque, en ce sens que la rémunération différée que l'investisseur perçoit doit être fonction des profits ou des pertes de l'entreprise. Ces trois critères ne sont pas d'application alternative, mais d'application cumulative »⁷²⁶.

Ainsi, même s'ils ont pu varier en fonction des décisions, on retient principalement l'apport, la durée des activités, la présence d'un risque économique et la pertinence du projet dans le cadre du développement économique⁷²⁷, critères mentionnés notamment dans l'affaire *Salini contre Maroc* et connus sous l'expression de « *Salini test* »⁷²⁸.

Les arbitres rappellent ainsi que la « compétence [du Centre] dépend de l'existence d'un investissement tant au sens de l'Accord bilatéral que de celui de la Convention de Washington »⁷²⁹ ; mais insistent sur le fait que, aux termes de la Convention de Washington,

⁷²⁶ D. Carreau, P. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1990, 725 p., paragraphe 935. V. également E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32, p. 19 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416, p. 405, qui remarque: « Ironically, in 2001, when the *Salini* decision was rendered based on the third edition of this publication, this passage no longer existed in the fourth edition published in 1998 ».

⁷²⁷ V. not., R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 68-69.

⁷²⁸ Christoph Schreuer note que ce qu'on qualifie de « *Salini Test* » était déjà présent dans l'affaire *Fedax* et devront donc être appelé « *Fedax Test* ». V. D. Caron, W. Park, C. Schreuer et P. Bekker, "Are the ICSID Rules Governing Nationality & Investment Working? (Table ronde)" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 119-144. Pour un point de vue très critique sur cette approche, v. D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84.

⁷²⁹ V. CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 44.

« Un investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution, une participation aux risques de l'opération (...) la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement »⁷³⁰.

i) L'apport

Tout d'abord, le critère de l'apport est systématiquement retenu et paraît une condition logique pour tout investissement⁷³¹. Il apparaît sous une terminologie diverse – on retrouve les expressions « investissement de sommes substantielles », « mises de fonds de la part de l'investisseur », « capital investi », « engagement substantiel »⁷³² etc... – mais aussi sous des formes différentes. Même si l'on considérait initialement que l'apport en numéraire était le seul valable, notamment du fait de l'association entre les notions de capital et d'investissement, il demeure que l'on admet depuis longtemps, autant dans les droits internes que dans les relations économiques internationales que cet apport peut être dissocié d'un apport de fonds. Cela correspond à la constatation que le développement des Etats ne peut passer que par un transfert technique. Les apports en nature ou en industrie sont donc devenus monnaie courante, ce que l'on remarque lorsqu'on s'attache à la jurisprudence du CIRDI. Dans l'affaire *Holiday Inns contre Maroc*⁷³³, l'investisseur fournissait principalement son savoir-faire et son expérience pour la conception et la gestion d'hôtels ; dans l'affaire *Amco Asia contre Indonésie*⁷³⁴ également, l'investisseur avait en charge la gestion d'un hôtel ; dans l'affaire *Salini contre Maroc*⁷³⁵, c'était l'outillage et le savoir-faire de l'investisseur qui

⁷³⁰ *Ibid.*, paragraphe 52. Ces critères ont été régulièrement repris dans la jurisprudence. V. not., CIRDI, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006, paragraphes 91-92 ; CIRDI, *Helnan International Hotels contre Egypte* (ARB/05/19), décision sur la compétence, 17 octobre 2006 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphes 99-101 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence du 6 juillet 2007, paragraphes 116-117 ; CIRDI, *Alpha Projektholding GMBH contre Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010 ; CIRDI, *Malicorp Limited contre Egypte* (ARB/08/18), sentence du 7 février 2011, paragraphe 111. V. également E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416.

⁷³¹ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p.

⁷³² V. not. les affaires CIRDI, *Kaiser Bauxite contre Jamaïque* (ARB/74/3), décision sur la compétence du 6 juillet 1975, paragraphe 17 ; CIRDI, *LETCO contre Liberia* (ARB/83/2), 31 mars 1986, paragraphe I.2.1 ; CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, paragraphe 43.

⁷³³ CIRDI, *Holiday Inns v. Morocco* in P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162.

⁷³⁴ CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence du 25 septembre 1983.

⁷³⁵ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 52.

avaient déterminé le choix de l'Etat hôte. Cette position a été explicitement consacrée par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell contre Congo*, où il est affirmé que :

« la première caractéristique de l'investissement est l'apport de l'investisseur, qui peut être financier ou en industrie ; en effet dans plusieurs affaires CIRDI l'apport de l'investisseur consistait essentiellement en son savoir-faire »⁷³⁶.

Bien d'autres affaires⁷³⁷ pourraient ainsi être prises en exemple, mais il est surtout intéressant de constater que malgré ces preuves matérielles, certains – autant dans la jurisprudence⁷³⁸ que dans la doctrine⁷³⁹ – refusent encore d'admettre les apports en industrie au titre des apports possibles.

ii) La durée

La deuxième condition pour la qualification d'investissement est celle de la durée de l'opération⁷⁴⁰. Il est indéniable que l'investissement est une opération à moyen ou à long terme, même s'il n'est pas aisé de fixer une durée minimale⁷⁴¹. En effet, on a pu considérer qu'un contrat s'exécutant sur deux ans, avec une possibilité de le dénoncer suite à un préavis de trois mois, pouvait constituer un investissement fondant la compétence du CIRDI⁷⁴². Même si ce critère crée moins de difficultés que les autres dans la jurisprudence⁷⁴³, il est

⁷³⁶ CIRDI, *Patrick Mitchell contre Congo* (ARB/99/7), décision du Comité *ad hoc*, 1^{er} novembre 2006, annulation de la sentence du 30 novembre 2004, paragraphe 27. V. également CIRDI, *Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie* (ARB/05/10), décision sur la compétence, 17 mai 2007, paragraphe 109 : « *the Claimant has, like the claimants in Salini, made contributions in money, in kind and in industry* ».

⁷³⁷ V. not., CIRDI, *Atlantic Triton Company Limited contre Guinée* (ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986, concernant la gestion de navires ; CIRDI, *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. contre Madagascar* (CONC/82/1), transaction du 20 juin 1983 et CIRDI, *SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. contre Madagascar* (CONC/94/1), rapport de la Commission du 19 juillet 1996, en matière de gestion d'une filature de coton ; CIRDI, *Colt Industries Operating Corporation contre Corée* (ARB/84/2), ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure du 3 août 1990.

⁷³⁸ Dans l'affaire CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, paragraphe 19, le tribunal a mentionné que : « L'investissement s'entend d'un apport d'argent ou de biens à une entreprise ou à une activité susceptible de produire un revenu ».

⁷³⁹ V. not., D. Carreau, " Investissement ", *Répertoire de droit international*, 1998, pp. 2-3 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s.

⁷⁴⁰ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p.

⁷⁴¹ Les durées qui ont pu être fixées divergent d'un instrument à l'autre. Dans le premier projet de Convention de Washington, il était prévu une durée minimale de 5 ans, alors que dans le cadre de l'AMGI, celle-ci est de 3 ans. Le CIRDI a, quant à lui, considéré que cette dernière durée était suffisante dans l'affaire CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 54, après avoir mentionné qu'elle était incluse dans « la durée minimale observée par la doctrine, laquelle est de 2 à 5 ans » (paragraphe 53).

⁷⁴² CIRDI, *Atlantic Triton contre Guinée* (ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986.

⁷⁴³ Ce n'est pas le critère qui apparaît le plus régulièrement dans la jurisprudence du CIRDI, mais on le retrouve dans certaines affaires, comme, not., CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 ou CIRDI, *LETCO contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986.

parfois difficile de calculer la durée de l'opération et de savoir si l'on doit se placer au niveau de la durée initialement prévue ou de la durée effective – la seconde solution étant en général préférée⁷⁴⁴. Ce critère a, par ailleurs, fait l'objet de critiques. Dans la décision *Joy Mining*, le tribunal nota que :

« *The duration of the commitment is not particularly significant* »⁷⁴⁵.

Il demeure que l'on considère que la durée est un critère nécessaire à la qualification d'investissement ; critère qui même s'il ne peut être utilisé seul, mais doit être associé aux autres, permet de distinguer les investissements des autres opérations⁷⁴⁶, en particulier commerciales.

iii) Le risque

Apparaît, ensuite, le critère du risque⁷⁴⁷. Le risque, défini comme l'incertitude dans la rémunération de l'investissement, est une condition logique, admise depuis longtemps dans la doctrine⁷⁴⁸, mais qui n'est apparue que tardivement dans la jurisprudence du CIRDI. Certes, cette notion avait déjà été utilisée dans l'affaire *Aminoil contre Koweït*⁷⁴⁹, dans laquelle elle avait obligé les arbitres à requalifier les concessions pétrolières en contrats de louage de services, du fait que la rémunération était fixée de façon forfaitaire. Dans le cadre du CIRDI, la notion de risque n'est d'abord apparue que dans les conclusions des Etats, visant à dénier la

⁷⁴⁴ V., not., les affaires CIRDI, *Jan de Nul N.V contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006, paragraphe 93 ; CIRDI, *Saipem Spa contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence, 21 mars 2007, paragraphes 7 à 12 ; CIRDI, *Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie* (ARB/05/10), décision sur la compétence, 17 mai 2007, paragraphe 110.

⁷⁴⁵ CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. contre République Arabe d'Egypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004, paragraphe 57.

⁷⁴⁶ V. P. Kahn, "L'extension de la notion d'investissement" in J. Bourrinet, *Les investissements français dans le Tiers Monde*, Economica, Paris, 1984, pp. 111-121, p. 112 : « Aux couples propriété/non-propriété, exploitation directe/vente, s'ajoute un nouveau couple, et l'opposition, dans le commerce international au sens large, se fait actuellement entre les opérations à court terme dont l'archétype est la vente et les contrats d'application (transport, distribution) et les opérations à moyens ou long terme. Celles-ci comportent de nombreuses figures : contrats d'investissement direct, de *licensing*, de construction, de concession minière, d'entreprise conjointe clé en main, produit en main, de coopération industrielle, etc... Quelles que soient les nombreuses différences qui séparent ces différentes figures et à l'intérieur d'une même figure les cas concrets, on relève des facteurs d'unité dans les données économiques et juridiques qui conduisent à qualifier les contrats de longue durée de contrats d'investissement ».

⁷⁴⁷ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p.

⁷⁴⁸ Par ex., Charles Oman écrivait en 1984 : « Un investissement peut être défini comme la création ou l'acquisition d'actifs dont on peut attendre un revenu dans l'avenir. Les décisions d'investir traduisent les anticipations des investisseurs relatives à des événements à venir, donc incertains : l'investissement comporte par conséquent un risque », in C. Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Publication de l'OCDE, Paris, 1984, 154 p., p. 19. Plus tard, Dominique Carreau et Patrick Juillard constataient que l'opération d'investissement suppose nécessairement que l'investisseur soit associé aux risques de l'entreprise (D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 426 et s.).

⁷⁴⁹ V. S.A., *Aminoil contre Koweït*, sentence *ad hoc* du 24 mars 1982, paragraphe 50.

qualification d'investissement à certaines opérations⁷⁵⁰. Les tribunaux statuant sous son égide ont finalement repris ce critère. Cependant, un problème de définition de cette notion se pose encore. Si l'on admet qu'il s'agit de l'incertitude dans la rémunération de l'investissement, il est parfois difficile de définir quels risques sont visés. Bien évidemment, il peut s'agir d'un risque économique, comme, par exemple, un changement de la conjoncture économique, mais aussi des erreurs commerciales ou d'implantation. Cependant, la signification du risque économique doit également être limitée : cette expression doit être comprise dans le sens de l'incertitude affectant le projet. Dès lors, la décision rendue dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie*⁷⁵¹ est critiquable, sachant que le risque économique est présent dans la plupart des opérations commerciales. Admettre une conception si large du risque empêcherait ce critère d'être discriminant et ce ne serait alors plus véritablement un critère.

Qu'en est-il des risques juridiques ou politiques ? Dans l'affaire *Fedax NV contre Venezuela*⁷⁵², il a été considéré que le risque d'inexécution de ses obligations par le cocontractant, risque fondamentalement juridique, suffisait à qualifier l'opération d'investissement⁷⁵³. On ne peut tomber d'accord avec une telle interprétation, le risque juridique étant présent pour toute opération, commerciale ou financière, et ne pouvant constituer un critère discriminant pour la qualification de l'investissement. Il en est de même du risque politique, sous-jacent à toute relation juridique, d'autant plus si celle-ci est à moyen ou long terme.

Le critère du risque est donc fondamentalement lié au critère de la durée et soulève la question de la qualification des prêts, dont le montant des remboursements, autant du capital que des intérêts, est connu à l'avance. Cette question a divisé les auteurs⁷⁵⁴ et n'a toujours pas trouvé de réponse définitive en l'état.

⁷⁵⁰ V. not., CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 78 : « *The Slovak Republic contends that the CSOB loan does not constitute an investment. It defines an investment essentially as the acquisition of property or assets through the expenditure of resources by one party (the "investor") in the territory of a foreign country (the "host State"), which is expected to produce a benefit on both sides and to offer a return in the future, subject to the uncertainties of the risk involved* ».

⁷⁵¹ CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 90 : « *it would seem that the resources provided through CSOB's banking activities in the Slovak Republic were designed to produce a benefit and to offer CSOB a return in the future, subject to an element of risk that is implicit in most economic activities* ».

⁷⁵² CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997. V., pour un commentaire critique, E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, n° 1, 1999, pp. 273-297, p. 293.

⁷⁵³ L'affaire CIRDI, *Conorzio Lesi-Dipenta contre Algérie* (ARB/03/8), sentence d'incompétence du 10 janvier 2005, admet également le risque juridique, notant que : « En l'espèce, le Contrat implique des risques et des incertitudes dont certains, selon la Demanderesse, se sont précisément réalisés à la suite de la résiliation du Contrat » (paragraphe 14 (iii)). V. également les affaires CIRDI, *Bayindir contre Turquie* (ARB/03/29), décision sur la compétence, 14 novembre 2005, paragraphes 134 à 136 ; CIRDI, *Saipem Spa contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence, 21 mars 2007, paragraphe 109.

⁷⁵⁴ Sébastien Manciaux résume ces oppositions : « La doctrine est partagée sur la question de savoir si les prêts sont des investissements. Pour certains auteurs, cette qualification ne fait pas de doute (v. par ex. G. R. Delaume,

iv) La contribution au développement économique

Le dernier critère – et le plus controversé – est apparu plus tardivement que les autres, en étant formalisé par Georges R. Delaume dans sa proposition de définition de l'investissement :

« A [la] notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature et juridiquement malléable dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution escomptée, sinon toujours effective, de l'investissement au développement économique du pays intéressé »⁷⁵⁵.

Le critère de la contribution au développement économique de l'Etat hôte⁷⁵⁶ est dans la droite ligne du Préambule de la Convention de Washington⁷⁵⁷. Admis dans la doctrine – parfois comme simple « critère accidentel »⁷⁵⁸ – il n'a joué un rôle réel dans la jurisprudence du

"L'arbitrage CIRDI et le banquier", *Banque*, 1983, p. 889 et s. ; G. R. Delaume, "ICSID and the transnational Financial Community", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 1, n° 2, 1986, pp. 237-256 ; P. Kahn, "Investissement", *Répertoire de droit international*, 1969, t. 2, pp. 190-191) ; d'autres sont plus nuancés (v. par ex. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1998, paragraphe 1083, ou Charles Leben qui, après avoir assimilé prêts et investissements (C. Leben, "Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)", *JDI*, vol. 113, 1986, pp. 895-957, p. 946), semble désormais les distinguer (C. Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos du contrat d'Etat" in P. Kahn, E. Loquin, C. Leben et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Dijon, 2000, p. 119 et s., p. 120) ». Sébastien Manciaux considère, quant à lui, que « le prêt avec taux d'intérêt fixe s'analyse plutôt, selon nous, comme une location d'unités monétaires, l'emprunteur versant des intérêts (loyers), qui correspondent à l'immobilisation et à la dépréciation (du fait de l'inflation) de la somme prêtée, et rendant la chose louée (le capital) au terme du contrat. Le prêteur sait d'avance ce que va lui rapporter son prêt, le remboursement de ce dernier n'étant juridiquement pas fonction de l'emploi qui en est fait par l'emprunteur », in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 76.

⁷⁵⁵ G. R. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, 1982, pp. 775-843, p. 801.

⁷⁵⁶ L. Legrand, *La contribution au développement économique de l'Etat*, Mémoire de Master II, Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 2011, 137 p. ; E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416 ; F. Horchani, "Le développement au coeur de la définition de la notion d'investissement ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XIXème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 49-80.

⁷⁵⁷ V. le premier alinéa du Préambule de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats : « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux » ; et le paragraphe 1 du Rapport des Administrateurs : « En soumettant la Convention ci-jointe aux Gouvernements, les Administrateurs sont mus par le désir de renforcer la collaboration des pays à la cause du développement économique ».

⁷⁵⁸ A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.

CIRDI que récemment⁷⁵⁹. Dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie*, le tribunal note que :

« *an investment transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention* »⁷⁶⁰.

Il ajoute que :

« *The Tribunal considers that the broad meaning which must be given to the notion of an investment under Article 25(1) of the Convention is opposed to the conclusion that a transaction is not an investment merely because, as a matter of law, it is a loan. This is so, if only because under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development* »⁷⁶¹.

La contribution au développement économique a alors permis au tribunal de qualifier le prêt en cause d'investissement.

Il demeure, toutefois, que ce critère n'est pas d'une maniabilité aisée et soulève de nombreuses questions. Faut-il prendre en considération le développement escompté ou effectif ? Comment évaluer cette contribution ? *etc...* Dans tous les cas, l'appréciation de ce critère sera subjective et se fera au cas par cas.

Cette condition de contribution au développement économique a, par ailleurs, été qualifiée, celle-ci devant être « effective », « positive », « significative » ou « substantielle »⁷⁶². La démarche étant alors bien plus exigeante, on a pu envisager l'existence d'un cinquième critère, la contribution positive et significative au développement de l'Etat hôte⁷⁶³. Ainsi, dans l'affaire *Joy Mining*, le Tribunal a décliné sa compétence, considérant que l'opération ne remplissait pas les cinq critères permettant la qualification d'investissement :

« Pour résumer les éléments qu'une activité doit présenter pour être qualifiée d'investissement, tant les décisions mentionnées ci-dessus que les commentateurs de

⁷⁵⁹ Dans l'affaire CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, le tribunal note qu'« Un investissement se caractérise par (...) un intérêt certain pour le développement du pays d'accueil » (paragraphe 43). V. également CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 57.

⁷⁶⁰ CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 64.

⁷⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 76.

⁷⁶² L. Legrand, *La contribution au développement économique de l'Etat*, Mémoire de Master II, Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 2011, 137 p. V. également CIRDI, *Patrick Mitchell contre République démocratique du Congo* (ARB/99/7), décision d'annulation du 1er novembre 2006 ; CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), sentence du 28 mai 2007.

⁷⁶³ E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416.

ces décisions ont indiqué que le projet devait avoir une certaine durée, une régularité de profits et de revenus, un élément de risque, un engagement substantiel et qu'il devait constituer une contribution significative au développement de l'Etat d'accueil »⁷⁶⁴.

Plus que la contribution escomptée évoquée par Georges Delaume, il s'agit ici de s'attacher à la contribution réelle, envisagée de façon tant qualitative que quantitative. Cette nouvelle inclusion dans la définition de l'investissement ressort de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Patrick Mitchell*. Insistant sur l'importance du critère de la contribution au développement économique, en particulier au regard de la Convention de Washington⁷⁶⁵, le Comité refusa de considérer qu'un cabinet d'avocat apportait une telle contribution :

*« As a legal consulting firm is a somewhat uncommon transaction from the standpoint of the concept of investment, in the opinion of the ad hoc Committee it is necessary for the contribution to the economic development or at least the interests of the State, in this case the DRC, to be somehow present in the transaction. If this were the case, qualifying the Claimant as an investor and his services as an investment would be possible; furthermore, it would be necessary for the Award to indicate that, through his know-how, the Claimant had concretely assisted the DRC, for example by providing it with legal services in a regular manner or by specifically bringing investors »*⁷⁶⁶.

Le Comité avait ainsi rejeté la qualification d'investissement pour ce qui est de l'exercice d'un cabinet d'avocat. Même si cette conception de la contribution réelle avait été nuancée par le Comité lui-même⁷⁶⁷, elle a toutefois été reprise dans une autre affaire dans laquelle l'arbitre a adopté une position restrictive et a rejeté la qualification d'investissement, notant que :

« Any contract would have some economic contribution to the place where it is performed. However, that does not automatically make a contract an "investment" within the meaning of Article 25 (1). As stated by Schreuer, there must be a positive impact on a host State's development. Schreuer cites CSOB in concluding that an "investment" must have a positive impact on a host State and, in CSOB, the tribunal stated that there must be significant contributions to the host State's economic development (...)

⁷⁶⁴ CIRDI, *Joy Mining Machinery contre Egypte* (ARB/03/11), sentence sur la compétence du 6 août 2004, paragraphe 53. V. également CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SPS contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009.

⁷⁶⁵ CIRDI, *Patrick Mitchell contre République démocratique du Congo* (ARB/99/7), décision du Comité ad hoc du 1^{er} novembre 2006, paragraphe 29.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 39.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 33 : *« in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential – although not sufficient – characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizable or successful ; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case ».*

The Tribunal finds that (...) the Contract did not make any significant contributions to the economic development of Malaysia. (...) The Tribunal concludes that there was no substantial contribution because the nature of the benefits that the Contract offered to Malaysia did not provide substantial benefits in the sense envisaged in previous ICSID jurisprudence such as CSOB, Jan de Nul and Bayindir »⁷⁶⁸.

Le Tribunal a justifié sa conception plus restrictive de la notion d'investissement en ayant recours à ce nouveau critère, qui ne correspond pourtant ni à l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington, ni à la formulation des traités bilatéraux d'investissement. Cette démarche ne peut être saluée, si l'on considère cette contribution significative comme un élément constitutif de l'investissement et non comme un simple indice. D'ailleurs, cette sentence a été annulée par le Comité *ad hoc*⁷⁶⁹. Les critères en lien avec le développement économique de l'Etat hôte continuent de poser problème, du fait de l'ambivalence du droit international des investissements :

« The disagreement (...) encapsulates the dilemma in international investment law as to whether it is a law of investment protection pure and simple, in which case the notion of investment must be given as wide a compass as possible so that access to dispute settlement procedures is made easier for the investor, or whether it is a law of international economic cooperation, in which case the need for a balancing of the private interests of the investor and the public interests of the host country may be essential. On this approach, the requirement of a significant contribution to development arising out of the investment may be seen as a key jurisdictional prerequisite »⁷⁷⁰.

D'autres critères peuvent encore apparaître dans la jurisprudence, la liste la plus longue étant probablement incluse dans l'affaire *Phoenix Action* :

« To summarize all the requirements for an investment to benefit from the international protection of ICSID, the Tribunal considers that the following six elements have to be taken into account :

- 1 – a contribution in money or other assets;*
- 2 – a certain duration;*
- 3 – an element of risk;*
- 4 – an operation made in order to develop an economic activity in the host State;*
- 5 – assets invested in accordance with the laws of the host State;*
- 6 – assets invested bona fide.*

The Tribunal wants to emphasize that an extensive scrutiny of all these requirements is not always necessary, as they are most often fulfilled on their face, “overlapping” or

⁷⁶⁸ CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), sentence du 28 mai 2007, paragraphes 125 et 143.

⁷⁶⁹ CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), décision du Comité *ad hoc* du 16 avril 2009, paragraphes 60 et 80.

⁷⁷⁰ CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149 p., p. 65.

implicitly contained in others, and that they have to be analyzed with due consideration of all circumstances »⁷⁷¹.

Il demeure que, même si l'émergence de ces critères pouvait laisser imaginer que la qualification d'investissement serait dorénavant plus aisée, tel n'a pourtant pas été le cas.

2°) Leur caractère encore incertain

Ces critères ont suscité les critiques d'une partie de la doctrine.

Tout d'abord a été évoqué le manque de rigueur des tribunaux dans l'application de ces critères, notamment au travers de l'approche extensive adoptée. Pour n'en citer qu'un exemple, le CIRDI a pu considérer que des prêts à taux fixes constituaient des investissements, alors même qu'il n'existait pas, dans ces espèces, de risque inhérent à l'opération⁷⁷². Cela se comprend aisément lorsque l'on s'attache à la position adoptée par les tribunaux, qui ne considèrent pas ces critères comme contraignants, mais comme de simples indicateurs :

*« The Tribunal notes, however, that these elements of the suggested definition, while they tend as a rule to be present in most investments, are not a formal prerequisite for the finding that a transaction constitutes an investment as the concept is understood under the Convention »*⁷⁷³.

Cette position, ouvrant une possibilité d'extension de la compétence⁷⁷⁴, se comprend si l'on s'attache à la volonté de chaque institution de perdurer et de se développer : refuser la qualification d'investissement en appliquant une définition limitative de la notion aboutirait à

⁷⁷¹ CIRDI, *Phoenix Action Ltd contre République Tchèque* (ARB/06/5), sentence du 15 avril 2009, paragraphes 114-115. En l'espèce, le Tribunal déclina sa compétence, considérant qu'il n'existait pas d'investissement au sens de la Convention de Washington, étant donné que le seul objectif de la création de l'entreprise était d'accéder au CIRDI, ce qui était contraire à la bonne foi.

⁷⁷² CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999 ; CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

⁷⁷³ CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 90. V. également CIRDI, *Mitchell contre Congo* (ARB/99/7), sentence du 9 février 2004, paragraphe 55 ; et, en doctrine, C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 140 ; I. Fadlallah, "La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ?" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 259 et s., p. 267.

⁷⁷⁴ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

détourner les opérateurs économiques du CIRDI et à leur faire préférer un autre mode de règlement des différends. L'extension de la compétence est alors logique, mais aboutit, comme cela a été souvent noté, à une dilution de la notion d'investissement⁷⁷⁵.

D'autres considèrent la démarche des tribunaux artificielle, les critères étant, par essence, indissociables :

« l'apport induit une rémunération dans le temps et une rémunération incertaine puisque fonction de la réussite du projet (qui contribuera au développement de l'Etat), l'écoulement du temps introduisant un autre risque, celui de l'intervention d'évènements divers non prévus lors de la prise de décision de l'investisseur »⁷⁷⁶.

Ce caractère interdépendant n'est d'ailleurs pas nié par la jurisprudence arbitrale qui le reconnaît explicitement⁷⁷⁷.

De plus, alors que la jurisprudence en la matière semblait d'une relative stabilité – malgré des différences de raisonnement notables – elle a tendu, ces dernières années, à s'effriter quelque peu. Ces critères ne peuvent être considérés comme acquis. Alors que dans un certain nombre de décisions, le recours aux quatre critères s'est imposé⁷⁷⁸, la contribution au développement économique a parfois posé problème et n'a pas toujours été considérée comme un facteur déterminant de la définition⁷⁷⁹. Dans l'affaire *ADC Affiliate Ltd et autres contre Hongrie*, le tribunal ne s'est attaché qu'aux critères de l'apport et de la rémunération pour conclure à la qualification d'investissement⁷⁸⁰. Dans l'affaire *Conorzio Lesi-Dipenta contre Algérie*, le tribunal a refusé de prendre en compte le quatrième critère, considérant qu'il était « difficile à établir et implicitement couvert par les trois éléments retenus »⁷⁸¹ ; dans l'affaire *Bayindir contre Turquie*, le tribunal a également réfuté ce critère, notant qu'il était « d'ores et déjà

⁷⁷⁵ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s.

⁷⁷⁶ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 103.

⁷⁷⁷ Dans l'affaire CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, il est mentionné que ces critères sont « interdependent » et « should be considered globally ». De même, dans l'affaire CIRDI, *Jan de Nul N. V. and Dredging International N.V. contre République Arabe d'Egypte* (ARB/04/13), sentence rendue le 6 novembre 2008, il a été considéré que « these elements may be closely interrelated, should be examined in their totality and will normally depend on the circumstances of each case ».

⁷⁷⁸ V., par ex., CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 91 ; CIRDI, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006 ; CIRDI, *Helnan International Hotels A/S contre Egypte* (ARB/05/19), décision sur la compétence du 17 octobre 2006, paragraphe 77 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphe 99 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence du 6 juillet 2007, paragraphe 116.

⁷⁷⁹ L. Legrand, *La contribution au développement économique de l'Etat*, Mémoire de Master II, Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 2011, 137 p.

⁷⁸⁰ CIRDI, *ADC Affiliate Ltd et autres contre Hongrie*, sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 325.

⁷⁸¹ CIRDI, *Conorzio Lesi-Dipenta contre Algérie* (ARB/03/8), sentence d'incompétence rendue le 10 janvier 2005, paragraphe 13 ; CIRDI, *LESI SpA et ASTALDI SpA contre Algérie* (ARB/05/3), décision sur la compétence du 12 juillet 2006, paragraphe 72.

inclus dans les conditions classiques »⁷⁸². De même, le Tribunal statuant dans l'affaire *Pey Casado* a été très critique à l'égard de cette quatrième condition :

« Selon le Tribunal, cette définition ne comprend en revanche que trois éléments. L'exigence d'une contribution au développement de l'Etat d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre. Un investissement peut s'avérer utile ou non pour l'Etat d'accueil sans perdre cette qualité. Il est exact que le préambule de la Convention CIRDI évoque la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil. Cette référence est cependant présentée comme une conséquence, non comme une condition de l'investissement : en protégeant les investissements, la Convention favorise le développement de l'Etat d'accueil. Cela ne signifie pas que le développement de l'Etat d'accueil soit un élément constitutif de la notion d'investissement. C'est la raison pour laquelle, comme l'ont relevé certains tribunaux arbitraux, cette quatrième condition est en réalité englobée dans les trois premières »⁷⁸³.

Certains considèrent également que l'investissement entraîne nécessairement une contribution au développement économique⁷⁸⁴ ou encore que, plus qu'un critère, la contribution au développement économique de l'Etat hôte est une conséquence de l'investissement et ne devrait alors pas être prise en compte dans la qualification. Par exemple, dans l'affaire *Saba Fakes*, le Tribunal a affirmé n'être :

*« not convinced that a contribution to the host State's economic development constitutes a criterion of an investment within the framework of the ICSID Convention. (...) In the Tribunal's opinion, while the economic development of a host State is one of the proclaimed objectives of the ICSID Convention, this objective is not in and of itself an independent criterion for the definition of an investment. The promotion and protection of investment in host States is expected to contribute to their economic development. Such development is an expected consequence, not a separate requirement, of the investment projects carried out by a number of investors in the aggregate. Taken in isolation, certain individual investment might be useful to the State and to the investor itself; certain might not. Certain investments expected to be fruitful may turn out to be economic disasters. They do not fall, for that reason alone, outside the ambit of the concept of investment »*⁷⁸⁵.

⁷⁸² CIRDI, *Bayindir contre Turquie* (ARB/03/29), décision sur la compétence, 14 novembre 2005, paragraphe 137.

⁷⁸³ CIRDI, *Víctor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili* (ARB/98/2), sentence du 22 avril 2008, paragraphe 232, tel que traduit in E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32, p. 29 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416, p. 414.

⁷⁸⁴ D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84.

⁷⁸⁵ CIRDI, *Saba Fakes contre Turquie* (ARB/07/20), sentence du 14 juillet 2010, paragraphe 111. V. également CIRDI, *Alpha Projektholding GMBH contre Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010, paragraphe 312 : « The criterion invites a tribunal to engage in a post hoc evaluation of the business, economic, financial and/or policy assessments that prompted the claimant's activities. It would not be appropriate for such a form of second-guessing to drive a tribunal's jurisdiction analysis »

Dès lors, la contribution au développement économique de l'Etat hôte ne devrait pas être une question de compétence, mais une question substantielle. Le Tribunal, dans l'affaire *Pey Casado contre Chili*, note ainsi que :

« l'exigence de contribution au développement de l'Etat d'accueil, difficile à établir, lui paraît en effet relever davantage du fond du litige que de la compétence du Centre »⁷⁸⁶.

Ces positions apparaissent anecdotiques, le Comité *ad hoc*, dans l'affaire *Patrick Mitchell contre Congo*, ayant, au contraire, insisté sur l'importance de ce critère, ce qui a abouti à l'annulation de la sentence rendue, justement parce qu'elle n'établissait pas l'impact de l'opération sur le développement économique de l'Etat⁷⁸⁷.

Il demeure que l'appréciation de ce critère et des indices à prendre en compte pose toujours problème⁷⁸⁸. Ces décisions révèlent que, même si l'on a pu penser pendant un temps que les critères de l'investissement étaient établis, ceux-ci sont loin d'être acquis et plutôt qu'une jurisprudence cohérente et consistante, elle relève de la « dissonance » ou de la « cacophonie »⁷⁸⁹. Cela ressort particulièrement des affaires *MCI Power Group LC et autres contre Equateur*⁷⁹⁰ et *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie*⁷⁹¹, qui réfutent totalement les jurisprudences *Fedax* et *Salini*, considérant qu'en l'absence de définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington, seule la définition proposée par le traité bilatéral d'investissement doit jouer dans la détermination de la compétence du Centre.

Enfin, un certain nombre d'auteurs considèrent que ces critères n'en sont pas réellement, ceux-ci n'étant pas discriminants et ne permettant pas de distinguer les investissements des autres opérations économiques. Seul l'apport serait un critère valable, la durée, le risque et la

⁷⁸⁶ CIRDI, *Víctor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili* (ARB/98/2), sentence du 22 avril 2008, paragraphe 232, tel que traduit in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, Volume II, 2004-2008*, Pedone, Paris, 2010, V-750 p., pp. 471-472.

⁷⁸⁷ CIRDI, *Patrick Mitchell contre Congo* (ARB/99/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006, annulation de la sentence du 9 février 2004, paragraphes 39 et 40. V. également CIRDI, *Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie* (ARB/05/10), décision sur la compétence, 17 mai 2007, paragraphe 132 : « *These benefits, and any other direct financial benefits to the Respondent, have not been shown to have led to significant contributions to the Respondent's economy in the sense envisaged in ICSID jurisprudence* ».

⁷⁸⁸ Les décisions dans les affaires CIRDI, *Patrick Mitchell contre Congo* (ARB/99/7), décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006, et CIRDI, *Malaysian Historical Salvors et autres contre Malaisie* (ARB/05/10), décision sur la compétence, 17 mai 2007, ont suscité de vives critiques dans la doctrine, celles-ci ne semblant prendre en compte que des indicateurs économiques – et non socio-culturelles – pour apprécier la contribution au développement économique. V., not., W. Ben Hamida, "La notion d'investissement, notion maudite du système CIRDI ?", *Gazette du Palais*, 2007, p. 33 et s., pp. 33-38 ; E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2007, p. 298 et s., p. 367.

⁷⁸⁹ V. S. Manciaux, "Actualité de la notion d'investissement international" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 145-173, p. 147.

⁷⁹⁰ CIRDI, *MCI Power Group LC et autres contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphes 159 et 160.

⁷⁹¹ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphes 249 à 254.

contribution au développement économique n'étant que les conséquences de cet apport⁷⁹². On ne peut tomber d'accord avec un tel point de vue. Ce qui compte, c'est leur caractère cumulatif. On peut, en effet, se féliciter que les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI aient découvert ces critères, mais regretter leur application aléatoire. Se fondant sur ces jurisprudences, il faudrait parvenir à élaborer un raisonnement cohérent, qui permettrait au droit international des investissements de gagner en sécurité juridique.

Cependant, la divergence dans l'utilisation des critères peut s'expliquer au regard d'une controverse doctrinale, qui a imprimé sa marque sur les méthodologies adoptées par les tribunaux arbitraux. La question de la définition juridique des investissements a été largement débattue en doctrine. Pour certains, l'investissement se confond avec les droits patrimoniaux, tandis que pour d'autres c'est la fonction économique qui prime. Pour le premier courant, qualifié d'« objectiviste », la notion d'investissement sera déterminée par des critères objectifs – apport de l'investisseur, durée de l'opération, risque inhérent à celle-ci... – le critère déterminant étant la propriété des biens affectés à l'activité économique : la notion d'investissement correspond à un apport en capital et s'exprime dans une forme contractuelle classique (concession, convention d'établissement, entreprise conjointe...) ⁷⁹³. Dans la deuxième optique, « subjectiviste », le critère de qualification ne repose plus sur l'apport de propriété, mais sur la volonté des parties de qualifier l'opération économique d'investissement ⁷⁹⁴. Enfin, un troisième courant va s'intéresser davantage à « la contribution escomptée, sinon toujours effective, de l'investissement au développement économique du pays intéressé » ⁷⁹⁵. La prise en compte de ce dernier critère étend considérablement la qualification d'investissement à une grande variété d'opérations économiques, comme les contrats de partage de production, contrats de services, contrats portant sur les ensembles industriels ou « clé en main », contrats de transfert de technologie... Cette conception rejoint

⁷⁹² S. Manciaux, "Actualité de la notion d'investissement international" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 145-173.

⁷⁹³ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 417 et s.

⁷⁹⁴ Sur les courants objectivistes et subjectivistes, voir E. Gaillard, "Chronique des Sentences Arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, n° 1, 1999, pp. 273-297, p. 291 ; B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416 ; S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s. ; A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.

⁷⁹⁵ G. R. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, 1982, pp. 775-843, p. 801.

la théorie sur les nouvelles formes d'investissements, qui introduit un second critère de qualification de l'investissement : celui de la durée d'opération.

Dans tous les cas, la définition de l'investissement déterminant la compétence du Centre, on a joint ces approches pour donner au concept une acception extensive⁷⁹⁶. Cependant, ces doctrines ont donné lieu à des méthodologies différentes dans l'appréhension des critères de qualification. Ainsi, on peut distinguer une méthode intuitive, qui « fuyant toute généralisation (...) se contente de reconnaître des traits déjà observés dans d'autres affaires dans lesquelles l'existence d'un investissement a été acceptée par un tribunal arbitral ou par la doctrine »⁷⁹⁷ ; d'une méthode déductive, « qui repose sur l'idée qu'il existe une véritable définition de l'investissement, que cette définition repose sur des éléments constitutifs ou critères et que le tribunal dont la compétence est contestée doit s'assurer de la présence de ces éléments constitutifs ou de la satisfaction de ces critères, pour pouvoir conclure à l'existence d'un investissement et par là même retenir sa compétence »⁷⁹⁸. Dès lors, les tribunaux auront « à qualifier la situation litigieuse à l'aide d'une définition de l'investissement et non à « reconnaître » un investissement à travers la constatation de « caractéristiques » habituelles mais non nécessaires »⁷⁹⁹.

Alors que la méthode déductive trouve son expression dans la décision *Salini contre Maroc*⁸⁰⁰, la méthode intuitive, influencée par la flexibilité prônée par Georges Delaume⁸⁰¹, a fait son apparition dans la jurisprudence, dans la décision *CSOB* en 1999 :

« *The Tribunal notes, however, that these elements of the suggested definition, while they tend as a rule to be present in most investments, are not a formal prerequisite for*

⁷⁹⁶ B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150 ; C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁷⁹⁷ E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32, p. 24.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 26. V. également E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416.

⁸⁰⁰ Cette décision était elle-même influencée par la recherche de critères opérée in D. Carreau, P. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1990, 725 p., p. 560. V. également, pour commentaire, F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306.

⁸⁰¹ CIRDI, *CSOB contre République Slovaque*, décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 64 : « *This statement also indicates that investment as a concept should be interpreted broadly because the drafters of the Convention did not impose any restrictions on its meaning. Support for a liberal interpretation of the question whether a particular transaction constitutes an investment is also found in the first paragraph of the Preamble to the Convention, which declares that "the Contracting States [are] considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein". This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed an investment as that term is understood in the Convention* ».

the finding that a transaction constitutes an investment as that concept is understood under the Convention »⁸⁰².

Le Tribunal statuant dans l'affaire *Biwater contre Tanzanie* explique bien cette démarche :

« In the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the travaux préparatoires of the Convention that several attempts to incorporate a definition of « investment » were made, but ultimately did not succeed. In the end, the term was left intentionally undefined, with the expectation (inter alia) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States (...)

Further the Salini Test itself is problematic, if, as some tribunals have found, the « typical characteristics » of an investment as identified in that decision are elevated into a fixed and inflexible test, and if transactions are to be presumed excluded from the ICSID Convention unless each of the five criteria are satisfied. This risks the arbitrary exclusion of certain types of transaction from the scope of the Convention. It also leads to a definition that may contradict individual agreements (as here), as well as a developing consensus in parts of the world as to the meaning of « investment » (as expressed, e.g., in bilateral investment treaties). If very substantial numbers of BITs across the world express the definition of "investment" more broadly than the Salini Test, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly (...)

The Arbitral Tribunal therefore considers that a more flexible and pragmatic approach to the meaning of « investment » is appropriate, which takes into account the features identified in Salini, but along with all the circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant consent to ICSID »⁸⁰³.

Plusieurs auteurs se sont montrés favorables à cette méthode⁸⁰⁴, notant que de considérer l'ensemble des critères de façon cumulative aboutirait à une définition trop formaliste, qui ne correspond pas à la réalité :

« En premier lieu, elle ne paraît pas conforme à la lettre de la Convention qui a délibérément écarté toute définition normative. Elle n'est pas plus conforme à son esprit d'ouverture et de libéralisme. En second lieu, l'énoncé d'un critère obligatoire impose une définition précise de ce critère. Plusieurs années seraient nécessaires pour y parvenir, sans assurance de résultat uniforme : le libéralisme favorable aux

⁸⁰² CIRDI, *CSOB contre République Slovaque*, décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 90. V. également CIRDI, *MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc. contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphe 165 : « The Tribunal states that the requirements that were taken into account in some arbitral precedents for purposes of denoting the existence of an investment protected by a treaty (such as duration and risk for the alleged investment) must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for its existence ».

⁸⁰³ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd contre Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008, paragraphes 312-317, en particulier paragraphes 312, 314 et 316.

⁸⁰⁴ V., en particulier, C. Schreuer, "Are the ICSID Rules Governing Nationality & Investment Working ? (Table ronde)" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 119-144 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p.

investisseurs et la rigueur, de plus en plus requise par les Etats, peuvent dessiner deux courants difficilement conciliables. Mieux vaut, en vérité, considérer ces éléments comme des facteurs pertinents susceptibles de guider les arbitres, un peu comme la règle d'interprétation des contrats. Il n'est pas nécessaire qu'on les retrouve tous, et il importe de laisser aux arbitres une marge confortable d'appréciation »⁸⁰⁵.

Il demeure que certains regrettent que cette approche soit si subjective. Ainsi, le Tribunal note, dans l'affaire *Victor Pey Casado*, que :

« Le présent Tribunal estime pour sa part qu'il existe bien une définition de l'investissement au sens de la Convention CIRDI et qu'il ne suffit pas de relever la présence de certaines « caractéristiques » habituelles d'un investissement pour que cette condition objective de la compétence du Centre soit satisfaite. Une telle interprétation reviendrait à priver de toute signification certains des termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, ce qui ne serait pas compatible avec l'exigence d'interpréter les termes de la Convention en leur donnant un effet utile »⁸⁰⁶.

Ainsi, s'il peut exister des divergences sur les critères reconnus, la raison véritable de cette jurisprudence fluctuante tient à l'opposition de méthodes appliquées par les tribunaux arbitraux. Cependant, ces contradictions dans les décisions n'ont que peu d'effet sur le résultat, à savoir qu'on admet une définition extensive de la notion d'investissement.

⁸⁰⁵ I. Fadlallah, "La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ?" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 259 et s., p. 267.

⁸⁰⁶ CIRDI, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili* (ARB/98/2), sentence du 22 avril 2008, paragraphe 232, tel que traduit in E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32, p. 26 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416, p. 411. V. également CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001 ; CIRDI, *Consortium Groupement LESI-Dipenta contre Algérie* (ARB/03/8), sentence du 10 janvier 2005, paragraphe 13 (IV) ; CIRDI, *LESI S.p.A. et Astaldi S.p.A contre Algérie* (ARB/05/3), décision sur la compétence du 12 juillet 2006, paragraphe 72 (IV) ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence du 14 novembre 2005, paragraphe 130 ; CIRDI, *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. contre Egypte* (ARB/04/13), décision sur la compétence du 16 juin 2006, paragraphe 91 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. contre Bangladesh* (ARB/05/7), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphe 99 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence du 6 juillet 2007.

B. Une définition extensive demeurant soumise à la volonté des Etats

L'élaboration de critères par la jurisprudence n'a pas forcément facilité la recherche d'une définition de l'investissement, ceux-ci ne faisant pas toujours l'objet d'une même utilisation et les raisonnements dans la recherche d'une telle définition pouvant différer. Toutefois, quelle que soit la méthode utilisée, les définitions de la notion d'investissement – et donc des investissements éligibles à la protection du traité – élaborées par les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI apparaissent comme particulièrement extensives (1°), même si elles restent dans tous les cas soumises à la volonté des Etats (2°).

1°) Une définition extensive de l'investissement

Même si le CIRDI a élaboré des critères de définition, la méthode utilisée doit être précisée, car si le résultat est toujours une approche extensive de l'investissement⁸⁰⁷, le raisonnement peut différer. Ainsi, le nombre d'éléments constitutifs ou de facteurs à prendre en compte ne sera pas le même en fonction de la méthode adoptée. Comme le note Emmanuel Gaillard :

« La nature et surtout le nombre d'éléments à prendre en considération dans le raisonnement destiné à s'assurer de la satisfaction de la condition d'investissement prennent une signification très différente selon qu'ils s'insèrent dans une démarche fondée sur l'application d'une véritable définition ou dans une logique plus intuitive. Dans le premier cas, plus les éléments sont nombreux, plus la condition d'investissement est difficile à satisfaire et la compétence du Centre étroite. Dans le second, l'ajout de caractéristiques facilite au contraire la reconnaissance de l'investissement puisqu'il suffit qu'un certain nombre de ces caractéristiques, habituelles mais non nécessaires, soient identifiées pour qu'une opération puisse être considérée comme un investissement relevant de la compétence du Centre. En d'autres termes, l'accumulation d'éléments constitutifs dans une définition procède d'un esprit restrictif, celle de caractéristiques dans une démarche impressionniste d'un esprit libéral »⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁸⁰⁸ E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32, pp. 26-27 ; E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum,

Les tribunaux ayant pris le parti d'adopter une approche extensive de la notion d'investissement, on constate alors que s'ils suivent une approche déductive, ils se fonderont sur peu de critères, alors que s'ils adoptent une méthode intuitive, un plus grand nombre de facteurs seront pris en compte, devant aboutir à un faisceau d'indices. Cette approche, plus opportune, correspond à la diversité des formes d'investissement. Il faudra alors s'attacher à plusieurs facteurs que rappelle Christoph Schreuer :

« *The first such feature is that the projects have a certain duration. The second feature is a certain regularity of profit and return. A one-time lump sum agreement, while not impossible, would be untypical. Even where no profits are ever made, the expectation of return is present. The third feature is the assumption of risk usually by both sides. Risk is in part a function of duration and expectation of profit. The fourth typical feature is that the commitment is substantial. The fifth feature is the operation's significance for the host State's development. (...) These features should not necessarily be understood as jurisdictional requirements but merely as typical characteristics of investments under the Convention* »⁸⁰⁹.

Au-delà de l'approche déductive ou intuitive, il faut revenir sur le raisonnement adopté par les tribunaux arbitraux. Il va de soi que si un tribunal CIRDI est saisi sur le fondement d'un instrument, mentionnant certaines opérations éligibles, sa compétence est en quelque sorte liée au regard du champ d'application délimité par l'instrument en cause. Toutefois, cela ne signifie pas que les arbitres n'auront aucun rôle à jouer dans cette détermination. Les clauses des traités bilatéraux d'investissement appellent nécessairement une interprétation, notamment du fait de leur formulation sous forme de liste non exhaustive. Cette simple vérification ne suffira pas toujours : il faut également que l'opération tombe dans le champ d'application de la Convention de Washington et, même si celle-ci ne donne pas de définition de l'investissement, la compétence *ratione materiae* du Centre est délimitée. Là apparaît la marge de manœuvre des arbitres qui, même s'ils devront toujours vérifier que l'opération est éligible au regard de l'instrument fondant l'action, pourront ajouter d'autres critères pour qu'elle soit considérée comme un investissement au regard de la Convention de Washington. Cette double opération de qualification, qualifiée de « *double keyhole approach* »⁸¹⁰, peut être

A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416, p. 412.

⁸⁰⁹ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., Art. 25. V. également A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p.

⁸¹⁰ N. Rubins, "The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 283-324 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 62 ; D. Caron, W. Park, C. Schreuer et P. Bekker, "Are the ICSID Rules Governing Nationality & Investment Working ? (Table ronde)" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 119-144 ; A. Reinisch, *Recent Developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p., pp. 5-12. Cette approche a également pu être qualifiée de « *double barrelled approach* » : « *Under the double barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of « investment » under the BIT would not be sufficient for the Tribunal to assume jurisdiction. If the Contract failed to satisfy the objective criterion of*

faite dans n'importe quel ordre, mais il demeure que les tribunaux arbitraux vont vérifier ces deux éléments. La jurisprudence, même si elle a pu paraître osciller⁸¹¹, est claire :

« *A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim : whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definition contained in Article 1 of the BIT* »⁸¹².

Une telle démarche est tout à fait logique, l'opération devant entrer dans le champ d'application des deux instruments en cause⁸¹³, ces instruments n'ayant pas forcément les mêmes définitions du fait de leur caractère fonctionnel, ni le même champ, comme l'a expliqué récemment un tribunal :

« *In other words, if it is to be applied, the double barrelled test does not mean that one definition, namely the definition provided by the two Contracting Parties in a BIT, has to fit into the other definition, namely the one deriving from the spirit of the ICSID Convention. Rather, it is the investment at stake that has to fit into both of these concepts, knowing that each of them focused on another aspect of the investment* »⁸¹⁴.

On retrouve alors les deux courants, objectiviste et subjectiviste, dans l'application de ce raisonnement⁸¹⁵. Certains considèrent que la définition de l'investissement dans le cadre de l'article 25 – et donc des limites fixées par la Convention⁸¹⁶ – est laissée à la discrétion des parties, leur accord étant en général considéré comme *lex specialis*⁸¹⁷. Les traités bilatéraux

« investment » within the meaning of Article 25 » (CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), sentence du 17 mai 2007, paragraphe 55).

⁸¹¹ Certaines sentences pouvaient paraître ambiguës : dans l'affaire CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 (paragraphe 31), le tribunal a mentionné que le traité bilatéral d'investissement « gouvern[ait] la compétence du CIRDI » ; dans l'affaire CIRDI, *Lanco International contre Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998 (paragraphe 47), le tribunal a retenu que le traité « fix[ait] les limites à l'intérieur desquelles le tribunal arbitral intervient ».

⁸¹² CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence rendue le 24 mai 1999, paragraphe 68.

⁸¹³ Pour une application récente de ce double test, v. not., CIRDI, *Toto Costruzioni Generali SPS contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009, paragraphes 65-66 ; CIRDI, *Global Trading Resource Corp. et Globex International, Inc. contre Ukraine* (ARB/09/11), sentence du 1^{er} décembre 2010, paragraphes 43-45 ; CIRDI, *Malicorp Limited contre Egypte* (ARB/08/18), sentence du 7 février 2011, paragraphe 107.

⁸¹⁴ CIRDI, *Abaclat et al. contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence du 4 août 2011, paragraphes 350-351. V. également paragraphes 343-350.

⁸¹⁵ Pour un exposé de la jurisprudence, voir K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁸¹⁶ CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003, paragraphe 133 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery contre Egypte* (ARB/03/11), sentence sur la compétence du 6 août 2004, paragraphes 49-53 ; CIRDI, *Global Trading Resource Corp. et Globex International, Inc. contre Ukraine* (ARB/09/11), sentence du 1^{er} décembre 2010, paragraphes 43-44.

⁸¹⁷ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 305 ; CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Paraguay* (ARB/07/29), décision sur la compétence du 12 février 2010, paragraphes 96-98.

d'investissement lorsqu'ils sont le fondement de la compétence auront, selon une telle conception, une valeur décisive⁸¹⁸. Un Tribunal l'a réaffirmé clairement récemment :

« Article 25 (1) of the ICSID Convention does not provide a definition of investment and, instead, simply states that « the jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment ». The ICSID Convention leaves the definition of the term investment open to the parties, allowing them to determine its scope and application pursuant to mutual agreement in the relevant BIT »⁸¹⁹.

D'autres considèrent, au contraire, qu'il ne faut pas s'attacher exclusivement à la définition du traité bilatéral d'investissement, mais également à celle de la Convention de Washington, les deux étant complémentaires :

« At first blush, the two definitions do not overlap since they come from different perspectives. In the opinion of the Arbitral Tribunal these two aspects are in reality complementary. Indeed the notion of investment must be understood from the perspective of the objectives sought by the Agreement and the ICSID Convention »⁸²⁰.

Le double test du traité bilatéral d'investissement et de l'article 25 la Convention de Washington a également été appliqué par les partisans de la méthode objective, et cela dès la sentence *Fedax NV contre République du Venezuela*⁸²¹. La compétence du CIRDI se fondait, en l'espèce, sur la clause CIRDI, incluse dans la convention bilatérale d'investissement, et, bien évidemment, sur l'article 25 de la Convention de Washington. Cette disposition ne définissant pas l'investissement, il fallait se fonder *a priori* sur la convention bilatérale. Or, la définition donnée ayant une extension illimitée, elle ne permettait pas de définir la compétence *ratione materiae* du Centre. Les tribunaux arbitraux ont donc pris comme base les deux dispositions, l'article premier de la convention bilatérale et l'article 25 de la Convention de Washington, en vérifiant qu'il s'agissait bien d'un investissement au sens de ces deux clauses. L'interprétation de l'article 25 par les tribunaux CIRDI permet de déduire qu'un investissement doit s'entendre d'une opération dotée d'un certain nombre de caractères, à savoir un apport, fait à moyen ou long terme et créant un risque économique pesant sur l'investisseur, dont la rémunération sera différée et facteur des résultats de l'entreprise ; le quatrième critère, à savoir que l'opération doit contribuer au développement économique de l'Etat hôte, demeurant controversé. Cette jurisprudence a été confirmée dans de nombreuses

⁸¹⁸ CIRDI, *Lanco International Inc contre Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998, paragraphe 48 ; CIRDI, *Gruslin contre Malaisie* (ARB/99/3), sentence finale du 27 novembre 2000, paragraphe 13.6.

⁸¹⁹ CIRDI, *ATA Construction, Industrial and Trading Company contre Jordanie* (ARB/08/2), sentence du 18 mai 2010, paragraphe 111.

⁸²⁰ CIRDI, *Malicorp Limited contre Egypte* (ARB/08/18), sentence du 7 février 2011, paragraphe 110.

⁸²¹ V. l'affaire *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

instances et, notamment, dans l'affaire *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc*⁸²².

Les tribunaux ont donc fondé leur propre définition de l'investissement pour limiter celle de l'article premier des conventions bilatérales d'investissement, soutenant ainsi que toutes les opérations économiques ne peuvent constituer un investissement. Ce jeu paradoxal, consistant pour les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI à définir des critères précis, qui auraient pu contribuer à limiter leur compétence et aboutir à rendre plus difficile la mise en jeu de la responsabilité internationale des Etats, n'aboutit cependant pas à réduire réellement le champ des investissements, mais a même un effet inverse.

En effet, malgré cette forme d'« autolimitation »⁸²³ – les arbitres s'imposant des critères, parfois nombreux, restreignant leur compétence – diverses activités dans un grand nombre de domaines économiques ont été considérées comme des investissements, alors même que selon l'acception traditionnelle, cela n'aurait pas été nécessairement le cas, en particulier pour la qualification de certains instruments financiers, comme l'achat d'obligations d'Etat ou les prêts. Cela correspond, cependant, au fait qu'un tribunal arbitral est, en général, peu enclin à limiter trop strictement sa compétence. Expliquant cette approche libérale, Farouk Yala note que :

« Exigeante dans son approche méthodologique, la décision *Salini* a ainsi fait preuve d'une grande souplesse dans l'application des critères de l'investissement au cas d'espèce qui lui est soumis »⁸²⁴.

Cette flexibilité correspond à l'intention des rédacteurs de la Convention de Washington,

« une des raisons de l'absence de définition dans la Convention [étant] justement de ne pas figer la notion et de permettre une jurisprudence évolutive »⁸²⁵.

⁸²² V. l'affaire *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

⁸²³ D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84, p. 66. Farouk Yala évoque quant à lui une définition exigeante in F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306.

⁸²⁴ F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306, p. 291. V. également B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.

⁸²⁵ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516, p. 469. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

Ainsi, la plupart des opérations économiques ont été qualifiées d'investissement. Seules la vente de biens, les dépenses de négociation et les garanties bancaires paraissent exclues de cette qualification au regard de la jurisprudence des tribunaux CIRDI⁸²⁶.

La vente de biens ne peut jamais être qualifiée d'investissement. C'est un des motifs pouvant justifier que le Secrétaire général du CIRDI refuse d'enregistrer la requête d'arbitrage⁸²⁷, comme dans l'affaire *Asia Express contre Greater Colombo Economic Commission*. Cela concerne également la vente d'équipement, comme les usines clef en main, qui ne peut normalement être qualifiée d'investissement du fait de l'absence de risque :

« La qualité d'investisseur ne peut être reconnue qu'à l'agent économique qui court ou qui partage le risque industriel né de la constitution ou de l'exploitation de l'investissement »⁸²⁸.

Il en est de même des dépenses de négociation. Dans l'affaire *Mihaly International Corp. contre République du Sri Lanka*, il a été dénié la qualité d'investissement aux dépenses engagées par l'entreprise durant la phase d'étude. En effet, après avoir remporté un appel d'offres et avoir obtenu du Sri Lanka la garantie de l'exclusivité de négociation d'un contrat, la société avait engagé de nombreuses dépenses d'étude. Toutefois, Mihaly a été par la suite écartée du projet et a donc exigé le remboursement des dépenses engagées dans cette phase d'étude et de négociation devant un tribunal CIRDI. Le tribunal a, cependant, décliné sa compétence considérant qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un investissement⁸²⁹.

La qualification d'investissement a également été rejetée pour les garanties bancaires dans l'affaire *Joy Mining Machinery contre République Arabe d'Egypte*. La société avait conclu un contrat de fourniture de biens d'équipement avec l'Egypte pour développer la production d'une mine, pour lequel elle avait besoin de garanties bancaires accordées par l'Etat. Suite au refus de ce dernier, une procédure arbitrale fut ouverte devant un tribunal CIRDI, qui refusa de se reconnaître compétent, considérant que la qualification d'investissement ne pouvait être étendue aux opérations bancaires :

« to conclude that a contingent liability is an asset under Article 1 (a) of the Treaty and hence a protected investment, would really go far beyond the concept of

⁸²⁶ J.-M. Loncle, "La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2006, pp. 319-331, pp. 321-323.

⁸²⁷ V. l'art. 36 de la Convention de Washington.

⁸²⁸ M. Bouhacene, *Droit international de la coopération industrielle*, Editions Publisud, Paris, 1982, 488 p., p. 130. V. également D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 427 : « Les opérations de vente de biens d'équipement ne peuvent pas constituer des opérations d'investissement si la rémunération de l'investisseur est parfaite par le seul paiement du prix de vente ».

⁸²⁹ CIRDI, *Mihaly International Corp. contre République du Sri Lanka* (ARB/00/2), sentence du 15 mars 2002, paragraphes 51 et 61. V. également W. Ben Hamida, "The Mihaly v. Sri Lanka case : Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 47-76 ; F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306.

investment, even if broadly defined, as this and other treaties normally do (...) even if a claim to return of performance and related guarantees has a financial value it cannot amount to recharacterizing as an investment dispute a dispute which in essence concerns a contingent liability. »⁸³⁰.

Le rejet de la qualification d'investissement demeure néanmoins très rare, celle-ci ayant été retenue, par exemple, pour des contrats d'exploitation d'hôtels⁸³¹, de construction de barrages⁸³² ou d'autoroutes⁸³³, pour la conversion et l'équipement de navires de pêche⁸³⁴, pour le dragage d'un canal⁸³⁵, pour des prestations de service⁸³⁶, pour des contrats de prêt⁸³⁷ etc...

Cette souplesse dans la qualification d'une opération d'investissement est particulièrement notable lorsque l'on s'attache au fait que les investissements sont en général des opérations complexes, se fondant sur plusieurs instruments juridiques⁸³⁸. Il s'agit, en général, de groupes de contrats, à savoir d'un ensemble de contrats qui portent sur un même objet ou une même opération. Ce groupe de contrats peut être constitué de contrats conclus entre les mêmes personnes en application d'un contrat-cadre, mais aussi de contrats conclus entre des

⁸³⁰ CIRDI, *Joy Mining Machinery Ltd. contre République Arabe d'Égypte* (ARB/03/11), sentence du 6 août 2004, paragraphes 45 et 47.

⁸³¹ CIRDI, *Amco Asia Corporation and others contre République d'Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence du 25 septembre 1983.

⁸³² CIRDI, *Impregilo S. p. A. contre République Islamique du Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005.

⁸³³ V. CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, où pour qualifier le contrat de construction en cause d'investissement, et surtout pour le distinguer d'un contrat de prestation de services, le tribunal a évoqué les quatre critères précédemment mentionnés et s'est en particulier fondé sur le risque. V. également CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre République Islamique du Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence, 14 novembre 2005.

⁸³⁴ CIRDI, *Atlantic Triton Company Limited contre Guinée* (ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986.

⁸³⁵ CIRDI, *Jan de Nul N. V. and Dredging International N.V. contre République Arabe d'Égypte* (ARB/04/13), sentence rendue le 6 novembre 2008.

⁸³⁶ CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence, 6 août 2003 ; CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence, 29 janvier 2004. Il s'agissait, en l'espèce, de prestations de service d'inspection de marchandises à l'embarquement. Le tribunal a considéré que cela faisait partie des investissements visés dans les traités bilatéraux d'investissement, au titre des « *claims to money or to any performance having economic value* » : « *since it has cost to SGS to provide the services, this is enough to amount to an investment in the Philippines within the meaning of the BIT* ».

⁸³⁷ CIRDI, *Fedax NV contre Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997 ; CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999. Dans cette dernière affaire, le tribunal nota : « *The Tribunal agrees with the interpretation adopted in the Fedax case. An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment* ».

⁸³⁸ On retrouve cette situation dans de nombreuses affaires, dont, not. : CIRDI, *Holiday Inns contre Maroc* (ARB/72/1) ; CIRDI, *Adriano Gardella S.p.A. contre Côte d'Ivoire* (ARB/74/1), sentence du 29 août 1977 ; CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre Congo* (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980 ; CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984 ; CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988 ; CIRDI, *Southern Pacific Properties contre Égypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992 ; CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), sentence du 29 décembre 2004 etc...

personnes différentes⁸³⁹. Si ces contrats concourent à la même opération, il s'agira alors d'un ensemble contractuel ; alors que s'ils portent successivement sur le même objet, on parlera d'une chaîne de contrats⁸⁴⁰. Dans tous les cas, la qualification de ces groupes de contrats a pu poser problème⁸⁴¹ et diverses théories se sont affrontées. Certains ont considéré qu'ils ne pouvaient être qualifiés d'investissement que si chacune des composantes en constituait un ; d'autres que la qualification de l'ensemble dépendait de l'élément économique le plus important. Ces théories ont été réfutées, du fait du caractère vraisemblablement erroné de la première et de la difficulté à apprécier économiquement l'importance d'une opération pour la seconde⁸⁴². Il ressort de la jurisprudence du CIRDI, dès la première affaire enregistrée, qu'on a préféré insister sur le caractère unitaire de l'opération, afin d'étendre la compétence du Centre :

« Il est bien connu, et c'est précisément le cas dans la présente affaire, qu'un investissement est réalisé par un certain nombre d'actes juridiques de toutes sortes. Il serait incohérent à la fois au regard des réalités économiques et de l'intention des parties de considérer chacun de ces actes séparément »⁸⁴³.

Cette jurisprudence, qui pourrait faire figure de principe guidant les tribunaux statuant sous l'égide du Centre a été reprise systématiquement : dans l'affaire *Klöckner*, le tribunal insiste sur le fait qu'il s'agit d'un seul et même rapport synallagmatique car les trois instruments sont rattachés par un étroit lien de connexité⁸⁴⁴ ; dans l'affaire *SOABI*, il est mentionné qu'« on ne saurait dissocier les deux parties de l'opération »⁸⁴⁵ ; dans l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie*, le tribunal insiste sur le fait qu'

« un investissement est fréquemment une opération assez complexe, résultant d'un ensemble d'actes variés, qui, pris isolément, peuvent ne pas toujours être qualifiés d'investissement. Il en résulte qu'un différend porté devant le Centre doit être regardé comme étant en relation directe avec un investissement même s'il a pour origine un acte qui, pris isolément, ne serait pas qualifié d'investissement au sens de la

⁸³⁹ V., par ex., CIRDI, *Holiday Inns contre Maroc* (ARB/72/1) qui impliquait différentes parties, intervenant à divers niveaux.

⁸⁴⁰ V. B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Paris, 1975, XVI-328 p. Les chaînes de contrats sont caractérisées par une unité d'objet, alors que les ensembles contractuels sont caractérisés par une unité de but.

⁸⁴¹ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁸⁴² V. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p.

⁸⁴³ CIRDI, *Holiday Inns v. Morocco* in P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162, p. 159, traduction de S. Manciaux in S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 94.

⁸⁴⁴ CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983. V. également P. Rambaud, "Deux arbitrages du CIRDI", *AFDI*, vol. 30, n° 1, 1984, pp. 391-408, p. 405 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., pp. 81-138.

⁸⁴⁵ CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, paragraphe 4.16.

Convention, à condition que cet acte particulier fasse partie intégrante d'une opération plus vaste qualifiable, elle, d'investissement »⁸⁴⁶.

La portée extensive de cette décision au regard de la qualification d'investissement est alors indéniable. Elle se justifie aisément lorsque l'on s'attache aux instruments juridiques et à leurs relations. En effet, une telle interprétation se fonde sur des données réelles, comme l'objectif de mise en place d'un projet commun et unique⁸⁴⁷, qui explique l'interdépendance des actes⁸⁴⁸. L'opération n'est donc pas considérée de façon parcellaire, mais comme un projet justifiant l'unité du rapport juridique. Cette décision est, sans aucun doute, la plus cohérente, comme le note Sébastien Manciaux :

« En rendant son unité d'ensemble à l'*instrumentum*, les arbitres CIRDI assurent surtout la cohésion du *negotium*, démarche qui ne peut être qu'approuvée tant elle constitue un préalable indispensable au rendu d'une décision de justice satisfaisante »⁸⁴⁹.

Cette approche extensive, tant des traités bilatéraux d'investissement que de la jurisprudence du CIRDI aboutit à s'interroger, plus que sur la définition de l'investissement, sur « qu'est-ce qui n'est pas investissement ? »⁸⁵⁰. En effet,

« tous les flux croisés s'opérant par-dessus les frontières, quelle que soit leur nature ou leur consistance et indépendamment de la création d'un projet sur le territoire de l'Etat d'accueil [peuvent] être considérés comme un investissement »⁸⁵¹.

⁸⁴⁶ CIRDI, *CSOB contre République Slovaque* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 72, telle que traduite in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 593.

⁸⁴⁷ Par ex., dans l'affaire CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983, le tribunal note que les actes ont été conclus « pour la réalisation d'un seul but et sont donc interdépendant[s]. (...) Il y a, par conséquent, un seul rapport juridique, même si on a conclu trois instruments successifs » (paragraphe VI.3.c). De même, dans l'affaire CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, il est mentionné que la « volonté [des parties] ne portait pas sur l'exécution de deux projets indépendants l'un de l'autre, mais sur la réalisation d'un unique projet consistant en deux parties étroitement liées et dont l'une était la pré-condition technique pour l'exécution de l'autre et devait donc la précéder » (paragraphe 4.17).

⁸⁴⁸ Les exemples de la reconnaissance d'une telle interdépendance sont nombreux. On peut citer, par ex., l'affaire CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 : « Il s'agit d'un seul et même rapport synallagmatique car les trois instruments sont rattachés par un étroit lien de connexité : on a contracté la livraison et la gestion technique et commerciale d'une usine d'engrais en échange du paiement d'un prix en monnaie et de certaines garanties d'investissement. Il y a communauté d'origine, identité des sources et unité d'opération dans les obligations réciproques » (paragraphe VI.3.c). Il en est de même dans l'affaire CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988 : « On ne saurait dissocier les deux parties de l'opération ; tandis que la construction de l'usine de préfabrication est une condition *sine qua non* de la réalisation du programme de construction, ce dernier est réciproquement une condition indispensable de l'implantation de l'usine, dont la réalisation n'est justifiée que par l'existence du programme de construction ».

⁸⁴⁹ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 102.

⁸⁵⁰ F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI*, vol.139, 2004, pp. 367-418, p. 381 ; C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁸⁵¹ F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI*, vol.139, 2004, pp. 367-418, p. 381.

Cette approche est assumée par les tribunaux⁸⁵². Elle a, en tout cas, l'avantage de permettre de suivre l'évolution de la notion d'investissement et même l'évolution des relations économiques internationales⁸⁵³.

Il ne faut, toutefois, pas en conclure que les Etats sont écartés de la définition de la notion d'investissement. S'ils ont laissé une grande liberté aux arbitres pour définir la notion d'investissement, en laissant des zones d'ombre dans les traités bilatéraux d'investissement, ils restent maîtres de cette définition sur laquelle ils peuvent toujours revenir.

2°) Des Etats demeurant maîtres de la définition de l'investissement

Même si les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont tenté de parvenir à une définition autonome de la notion d'investissement, les Etats ont conservé une forme de contrôle sur la qualification des opérations économiques et ont, ces dernières années, tenté de préciser leur définition, afin de limiter la marge de manœuvre des tribunaux arbitraux⁸⁵⁴. Si les tribunaux sont attentifs à la volonté des Etats telle qu'exprimée dans les traités bilatéraux d'investissement, les Etats ont parfois ressenti le besoin de préciser les conditions entourant la notion d'investissement, en particulier au regard de sa conformité au droit local, ou même de parvenir à une véritable définition.

Tout d'abord, la volonté des Etats, telle qu'exprimée dans les traités bilatéraux d'investissement est systématiquement prise en compte par la jurisprudence arbitrale⁸⁵⁵. Les tribunaux sont, en effet, liés par les définitions données par les traités bilatéraux d'investissement, qui présentent toutefois l'avantage de la flexibilité et les autorisent à faire évoluer le droit international des investissements⁸⁵⁶.

Ainsi, dans l'affaire *Tokios*, le tribunal a considéré que :

⁸⁵² V. not.t, CIRDI, *Ceskoslovenska Obchodni Banka contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence du 24 mai 1999, paragraphe 64 : « *This statement also indicates that investment as a concept should be interpreted broadly because the drafters of the Convention did not impose any restrictions on its meaning* ».

⁸⁵³ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.

⁸⁵⁴ CNUCED, *Scope and Définition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149 p.

⁸⁵⁵ S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s.

⁸⁵⁶ Dans l'affaire CIRDI, *Mihaly International Corp. contre République du Sri Lanka* (ARB//00/2), sentence, 15 mars 2002, paragraphe 33, le tribunal a conclu que la définition de l'investissement dans les traités bilatéraux d'investissement « *preserve[s] the integrity and flexibility [of the ICSID Convention] and allow[s] for future progressive development of international law on the topic of investment* ».

« *Contracting Parties are free to define their consent to jurisdiction in terms that are broad or narrow (...) Once that consent is defined, however, tribunals should give effect to it, unless doing so would allow the [ICSID] Convention to be used for purposes for which it clearly was not intended* »⁸⁵⁷.

Or, en règle générale, la définition donnée par les traités bilatéraux d'investissement n'est pas jugée déraisonnable, comme le note le tribunal dans l'affaire *Enron* qui n'a trouvé :

« *[nothing] unreasonable in the [definition of investment in the BIT] that would make it incompatible with the object and purpose of the ICSID Convention* »⁸⁵⁸.

De même, dans l'affaire *Biwater contre Tanzanie*, le tribunal nota que :

« *if very substantial numbers of BITs across the world express the definition of « investment » more broadly than the Salini Test, and if this constitutes any type of international consensus, it is difficult to see why the ICSID Convention ought to be read more narrowly* »⁸⁵⁹.

Il demeure que même si les tribunaux se défendent d'ignorer les définitions données par les traités bilatéraux d'investissement⁸⁶⁰, celles-ci sont parfois ouvertement dépassées. Ainsi, dans l'affaire *Romak*⁸⁶¹, le tribunal refusa de se reconnaître compétent, considérant qu'il n'existait pas un investissement au sens du traité bilatéral d'investissement sur lequel se fondait l'action. Or, ce traité contenait, au titre de sa définition énumérative de l'investissement, une liste non exhaustive d'illustrations, dans laquelle figuraient les « *claims to money or to any performance having an economic value* » et les « *rights given by law, by contract or by decision of the authority in accordance with the law* »⁸⁶². Or, l'opération économique en cause, un contrat de vente de céréales et une sentence nationale, pouvait totalement tomber dans ces catégories. Selon le tribunal, le simple fait que l'opération corresponde à l'une des catégories visées ne suffit pas à qualifier celle-ci d'investissement⁸⁶³. Il refusa, ainsi, de considérer la liste énumérative seule, mais s'attacha à la définition de l'investissement et à l'objet et au but du traité bilatéral :

⁸⁵⁷ CIRDI, *Tokios Tokenes contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence, 29 avril 2004, paragraphe 39. V. également CIRDI, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence, 14 janvier 2004, paragraphe 42 : « *there is a (...) limit to [the] discretion of the parties because they could not validly define as investment (...) something absurd or entirely incompatible with [the ICSID Convention's] object and purpose* ».

⁸⁵⁸ CIRDI, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence, 14 janvier 2004, paragraphe 44.

⁸⁵⁹ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania), Ltd. contre Tanzanie* (ARB/05/22), sentence, 24 juillet 2008, paragraphe 312.

⁸⁶⁰ V. not., CIRDI, *Camuzzi International S.A. contre République d'Argentine* (ARB/03/7), 10 juin 2005, paragraphe 58 : le tribunal nota qu'il « *cannot ignore the definition of investment included in the Treaty* ».

⁸⁶¹ S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Romak S.A. contre République d'Uzbekistan*, sentence du 26 novembre 2009, paragraphes 7-71.

⁸⁶² Art. 1^{er} du TBI Suisse – Ouzbékistan, 1993.

⁸⁶³ A. de Nanteuil, "La notion d'investissement réalisé "conformément au droit de l'Etat d'accueil"", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 1033 et s.

« a construction [of the term investment] based solely on the « ordinary meaning » of the terms of the list contained in Article 1(2) of the BIT (...) is inconsistent with the given context and ignores the object and purpose of the BIT »⁸⁶⁴.

Il est donc parfois prêté davantage d'attention aux caractères inhérents à l'opération d'investissement qu'à la définition offerte par les traités bilatéraux. La question se pose alors de savoir si ce n'est pas tout simplement ignorer la volonté de l'Etat.

Pourtant, la volonté des Etats est essentielle et participe de l'équilibre de la procédure arbitrale prévue dans le cadre du CIRDI. C'est pourquoi son expression est organisée par la Convention de Washington, notamment à l'article 25, paragraphe 4, qui renvoie expressément à l'accord des parties, prévoyant que :

« Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute autre date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ».

Il faut, toutefois, noter qu'une telle déclaration n'aura vocation qu'à informer les autres parties. Cela ne constitue en aucun cas une réserve à la Convention de Washington et n'aboutit pas à étendre ou restreindre la compétence *ratione materiae* du Centre. C'est ce que note le Rapport des Administrateurs :

« Cette disposition précise que la déclaration par un Etat contractant qu'il envisagerait de soumettre une certaine catégorie de différends au Centre serait faite à titre d'information seulement et ne constituerait pas le consentement requis pour qu'un différend relève de la compétence du Centre. Bien entendu, une déclaration excluant certaines catégories de différends ne serait pas considérée comme une réserve apportée à la Convention par l'Etat intéressé. »⁸⁶⁵.

Il demeure que les Etats ont usé avec parcimonie d'une telle disposition, ceux-ci n'ayant en pratique exprimé que très rarement des réserves sur les investissements pouvant être soumis à la compétence du Centre⁸⁶⁶.

D'autres modalités permettent à l'Etat d'influencer la définition retenue par les tribunaux arbitraux de la notion d'investissement. D'une part, la plupart des modèles d'accords contiennent une référence au droit de l'Etat en cause⁸⁶⁷. Ainsi, juste après la définition de la notion d'investissement, le modèle français précise :

⁸⁶⁴ Sentence CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Romak S.A. contre République d'Uzbekistan*, sentence du 26 novembre 2009, paragraphes 183, 242 et 243.

⁸⁶⁵ Paragraphe 31 – Notifications par les Etats contractants – du Rapport des Administrateurs.

⁸⁶⁶ J.-M. Loncle, "La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2006, pp. 319-331, p. 320.

⁸⁶⁷ C. Knahr, "Investments "in accordance with Host State Law"", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n° 5, 2007, 28 p. ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 181-196 ; A. Reinisch, *Recent Developments in International*

« Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué »⁸⁶⁸.

Il en est de même de nombreux autres accords, comme le modèle chinois⁸⁶⁹ ou le modèle turc⁸⁷⁰. La formulation d'une telle clause n'est, toutefois, pas toujours la même⁸⁷¹. Ainsi, dans l'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Argentine, l'article I (2) dispose que :

*« The term « investment » shall mean every kind of asset including property and rights of any kind acquired or effected in accordance with the laws of the receiving State »*⁸⁷².

A l'article I (2) de l'accord entre la Turquie et le Pakistan, on peut lire :

*« The term « investment », in conformity with the hosting Party's laws and regulations, shall include every kind of asset »*⁸⁷³.

Une telle clause peut également se trouver dans d'autres parties du traité et non plus dans la définition de l'investissement. Ainsi, par exemple, dans l'accord entre les Pays-Bas et la Bolivie, une telle condition figure à l'article 2 du traité, concernant l'admission des investissements :

*« Dans le cadre de ses lois et règlements, chaque Partie contractante encourage la coopération économique en protégeant sur son territoire les investissements des ressortissants de l'autre Partie contractante. Chaque Partie contractante admet lesdits investissements sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs que lui confèrent ses lois et règlements »*⁸⁷⁴.

Il en est de même pour l'accord entre la République tchèque et les Pays-Bas :

*« Chaque Partie contractante encourage sur son territoire les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante et accepte lesdits investissements conformément à ses dispositions législatives »*⁸⁷⁵.

Investment Law, Pedone, Paris, 2009, 81 p., pp. 5-12 ; A. de Nanteuil, "La notion d'investissement réalisé "conformément au droit de l'Etat d'accueil"", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 1033 et s. ; K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁸⁶⁸ Art. 1, paragraphe 1, dernier alinéa, du modèle français d'Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 2006.

⁸⁶⁹ V. l'art. 1, paragraphe 1, du modèle chinois de 2003 : « *The term « investment » means every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party* ».

⁸⁷⁰ V. l'art. 1, paragraphe 2, du modèle turc de 2000 : « *The term « investment », in conformity with the hosting Party's laws and regulations, shall include every kind of asset (...)* ».

⁸⁷¹ C. Knahr, "Investments "in accordance with Host State Law"", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n° 5, 2007, 28 p..

⁸⁷² TBI Etats-Unis d'Amérique – Argentine, 1991.

⁸⁷³ TBI Pakistan – Turquie, 1995.

⁸⁷⁴ TBI Pays-Bas – Bolivie, 1992.

⁸⁷⁵ Art. 2 du TBI Pays-Bas – République fédérale tchèque et slovaque, 1991.

D'autres accords y ont, cependant, renoncé, comme les accords allemands, néerlandais ou britanniques. Elle ne figure pas non plus dans les traités multilatéraux relatifs aux investissements, comme l'ALENA ou le Traité sur la Charte de l'Energie. Une telle disposition s'applique, toutefois, même en l'absence de mention expresse, les traités bilatéraux d'investissement n'ayant bien évidemment pour vocation que de protéger les investissements conformes à la législation de l'Etat hôte et de décourager les comportements illicites. Les Etats font, en effet, valoir que les investissements frauduleux n'ont pas vocation à être protégés et à bénéficier des avantages fournis par un système arbitral international.

Une telle clause n'a, pendant longtemps, pas créé de difficulté particulière, les tribunaux arbitraux la considérant comme une simple clause de style⁸⁷⁶. Cependant, ces dernières années, les Etats ont pu y trouver un moyen de défense pour échapper à leur responsabilité⁸⁷⁷. Le tribunal arbitral CIRDI statuant dans l'affaire *Inceysa contre El Salvador*⁸⁷⁸ a été le premier à s'interroger réellement sur la conformité de l'investissement au droit de l'Etat d'accueil. Plusieurs sentences récentes ont depuis évoqué cette question, en en faisant une condition de leur compétence.

Une première question apparaît alors concernant la nature d'une telle condition. En effet, s'agit-il d'un critère participant à la définition de l'investissement ou d'une condition de sa légalité ? De façon assez logique, il a été reconnu très tôt que cette condition participait seulement de la légalité de l'investissement. C'est ce qui ressort de la décision dans l'affaire *Salini contre Maroc* :

« *this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal* »⁸⁷⁹.

Une telle position a été reprise dans plusieurs affaires⁸⁸⁰. Il faut donc que l'existence de l'investissement soit d'abord établie, avant qu'on se pose la question de son éventuelle conformité avec le droit de l'Etat d'accueil, permettant ainsi éventuellement de le soustraire à la protection du traité bilatéral d'investissement.

Toutefois, les deux questions sont parfois difficiles à distinguer. Ainsi, dans l'affaire *Anderson contre Costa Rica*, le tribunal n'a pas considéré les deux questions séparément,

⁸⁷⁶ A. de Nanteuil, "La notion d'investissement réalisé "conformément au droit de l'Etat d'accueil"", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 1033 et s..

⁸⁷⁷ V. *infra*, p. 851 et s.

⁸⁷⁸ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre République d'El Salvador* (ARB/03/26), sentence rendue le 2 août 2006.

⁸⁷⁹ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 46.

⁸⁸⁰ V. not., CIRDI, *Tokios Tokelès contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence, 29 avril 2004 ; CIRDI, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contre République Islamique du Pakistan* (ARB/03/29), décision sur la compétence, 14 novembre 2005 ; CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre République d'El Salvador* (ARB/03/26), sentence rendue le 2 août 2006.

concluant simplement qu'il n'a pas compétence *ratione materiae*, en l'absence d'investissement protégé au sens du traité⁸⁸¹. Certes, la qualification d'investissement ne posait pas réellement de problème – s'agissant d'avoirs – ce qui ne méritait pas de développements précis de la part du tribunal. Il s'est donc concentré sur la question de savoir si ces avoirs étaient possédés conformément au droit de l'Etat hôte, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la société dans laquelle la partie possédait ses avoirs ayant été constituée frauduleusement, sans l'agrément obligatoire de la banque centrale costaricaine. Or, la fraude de la société entachait d'illicéité la participation des requérants. Ainsi, même si l'on peut regretter l'absence de distinction entre les questions de qualification et d'éligibilité de l'investissement, cette solution se justifie aisément.

Toutefois, que dans la plupart des cas, l'autonomie de ces questions est respectée. Ainsi, dans l'affaire *Railroad Development Corporation contre Guatemala*, alors que l'Etat contestait l'existence de l'investissement du fait du non-respect du droit national, le tribunal insista sur le fait que :

« *« conferred pursuant to domestic law » is not a characteristic of the investment to qualify as such by a condition of its validity under domestic law »*⁸⁸².

La nature de cette condition soulève également la question de savoir s'il s'agit d'un critère pour déterminer la compétence du tribunal arbitral ou si la conformité avec le droit local doit être étudiée au regard des mérites de l'affaire. Il semble que les tribunaux s'accordent à en faire une condition de la compétence⁸⁸³ lorsque la violation est intervenue au moment de la constitution de l'investissement, mais, à l'inverse, une condition jouant sur les mérites lorsque la violation intervient dans la conduite de l'investissement⁸⁸⁴. Ces variations peuvent poser problème, d'autant plus que :

« *If the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merit issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe, never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure »*⁸⁸⁵.

La mise en œuvre de cette condition crée également parfois quelques difficultés, en particulier pour déterminer à quel droit se réfère une telle disposition en évoquant la conformité au droit

⁸⁸¹ CIRDI, *Alasdair Ross Anderson et al. Contre Costa Rica* (ARB(AF)/07/3, sentence du 19 mai 2010, paragraphe 57.

⁸⁸² CIRDI, *Railroad Development Corporation (RDC) contre Guatemala* (ARB/07/23), seconde décision sur la compétence, 18 mai 2010, paragraphe 140.

⁸⁸³ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre République des Philippines* (ARB/03/25), sentence rendue le 16 août 2007 et l'opinion dissidente de Bernardo Cremades.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, paragraphes 344-345.

⁸⁸⁵ Opinion dissidente de Bernardo Cremades dans l'affaire CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 37.

de l'Etat hôte. Dans l'affaire *Inceysa*, il a été considéré que le traité bilatéral d'investissement devait être la première source à être analysée eu égard à ce droit local. A défaut de plus d'indications, le tribunal conclut que :

« *The arbitration will be based on :*

- *the provisions of this Agreement and those other agreements executed between the Contracting Parties ;*
- *generally recognized rules and principles of International Law ;*
- *the national law of the Contracting Parties in whose territory the investment was made, including the rules regarding conflicts of laws »⁸⁸⁶.*

Finalement, le tribunal considéra que l'investissement violait les principes du droit international, en particulier de la bonne foi, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, de l'ordre public international et de l'interdiction de l'enrichissement sans cause. On peut douter de cette solution, le tribunal paraissant avoir choisi de façon arbitraire ces quatre principes. De plus, l'interprétation de la référence au droit de l'Etat hôte comme une référence au droit international n'est pas conforme au sens ordinaire des termes. Il est davantage opportun d'analyser le comportement de l'investisseur au regard de la législation nationale de l'Etat accueillant l'investissement – ce qui peut, certes, créer des difficultés pour les arbitres internationaux.

Une autre source de difficulté tient à la question de la preuve. Ainsi, l'absence de preuve d'un comportement conforme au droit ne signifie pas pour autant que l'investisseur n'a pas respecté la législation⁸⁸⁷. Deux affaires similaires ont soulevé cette question⁸⁸⁸. Dans les deux cas, l'investissement était constitué d'une participation au capital d'entreprises turques de production et de distribution d'électricité. L'Etat demandait à ce que le tribunal décline sa compétence, étant donné que l'investisseur ne pouvait apporter la preuve qu'il avait obtenu les actions de façon légale. Dans ces affaires où la fraude et la mauvaise foi de l'investisseur étaient manifestes, l'absence de preuve a permis au tribunal de décliner sa compétence. Il demeure que, dans la plupart des cas, l'investissement sera considéré comme conforme au droit local en l'absence de preuve contraire⁸⁸⁹.

Se pose, enfin, la question du standard d'évaluation du comportement. Est-ce que toute illégalité privera l'investisseur de la protection du traité ? Une telle solution serait exagérée, la faute de l'investisseur n'étant pas forcément grave ou volontaire.

⁸⁸⁶ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre République d'El Salvador* (ARB/03/26), sentence rendue le 2 août 2006, paragraphes 220 et 222.

⁸⁸⁷ A. de Nanteuil, "La notion d'investissement réalisé "conformément au droit de l'Etat d'accueil"", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 1033 et s.

⁸⁸⁸ CIRDI, *Cement Investment & Trade SA contre Turquie* (ARB/(AF)/07/2), sentence du 13 août 2009 ; CIRDI, *Cementownia « Nowa Huta » SA contre Turquie* (ARB/(AF)/06/2), sentence du 17 septembre 2009.

⁸⁸⁹ CIRDI, *Rumeli Telekom AS & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS contre Kazakhstan* (ARB/05/16), décision du comité ad hoc du 25 mars 2010, paragraphes 85-86.

Certains tribunaux ont ainsi fait apparaître des critères permettant d'évaluer le comportement de l'investisseur. Dans l'affaire *Tokios Tokelés*⁸⁹⁰, le tribunal s'est fondé sur la notion d'erreur mineure – « *minor errors* » – considérant que celles-ci ne pouvaient justifier l'exclusion de la protection du traité. Au contraire, dans l'affaire *Fraport*⁸⁹¹, c'est à la bonne ou mauvaise foi de l'investisseur que le tribunal s'est intéressé, prenant alors une approche subjective du comportement de l'investisseur. Aucune de ces solutions n'est satisfaisante, n'apportant aucun critère objectif de détermination.

Cette condition supplémentaire de compétence *ratione materiae* prend ces dernières années une importance essentielle, les Etats l'utilisant comme moyen de défense pour faire échapper l'investissement à la protection du traité bilatéral d'investissement. Cependant, cette défense n'est pas toujours facile à mettre en œuvre pour l'Etat, qui devra montrer qu'il n'a pas *de facto* avalisé l'illicéité et accepté l'opération d'investissement. Le problème se pose lorsque l'Etat en cause a appliqué de façon « sélective » son droit national ou si l'investisseur a commis, de bonne foi, une erreur du fait de l'ambiguïté de la législation⁸⁹². En effet, la négligence de l'Etat qui aurait laissé se poursuivre l'opération d'investissement, tout en ayant connaissance de son illicéité, l'empêcherait par la suite d'utiliser le défaut de conformité au droit national comme moyen de défense. C'est ce qu'ont noté les tribunaux dans les affaires *Railroad Development Corporation contre Guatemala*⁸⁹³ ou *Inmaris contre Ukraine*⁸⁹⁴. Proche de l'estoppel, la contradiction de l'Etat qui aurait *de facto* accepté l'illicéité pour ensuite la soulever comme défense empêcherait un tel moyen de fonctionner⁸⁹⁵.

Enfin, il convient de rappeler que la conformité au droit local étant une question de fait figurant au titre des questions d'admissibilité, les appréciations d'un tribunal arbitral CIRDI ne pourront être vérifiées par un comité *ad hoc*, celles-ci excédant manifestement son mandat étant donné qu'il ne s'agit pas d'une juridiction d'appel⁸⁹⁶.

Certains tribunaux CIRDI ont rejeté l'argument de la non-conformité avec la législation de l'Etat. Ce fut le cas dans l'affaire *Salini*⁸⁹⁷, où le tribunal considéra que la définition de la

⁸⁹⁰ V. l'affaire *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence, 29 avril 2004.

⁸⁹¹ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre République des Philippines* (ARB/03/25), sentence rendue le 16 août 2007, paragraphe 396-398.

⁸⁹² *Ibid.*, paragraphe 396 : « *in some circumstances the law in question of the host State may not be entirely clear and mistakes may be made in good faith* ».

⁸⁹³ CIRDI, *Railroad Development Corporation (RDC) contre Guatemala* (ARB/07/23), seconde décision sur la compétence, 18 mai 2010, paragraphe 147 : « *The Respondent is precluded from raising any objection* ».

⁸⁹⁴ CIRDI, *Inmaris Perestroika sailing maritime services GMBH et autres contre Ukraine* (ARB/08/8), décision sur la compétence, 8 mars 2010. L'estoppel est mentionnée dans cette affaire pour être ensuite écartée, le tribunal estimant qu'il n'était pas nécessaire d'aller jusque là (paragraphe 140).

⁸⁹⁵ V. également CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre République des Philippines* (ARB/03/25), sentence rendue le 16 août 2007, paragraphes 346 et 347.

⁸⁹⁶ CIRDI, *Rumeli Telekom AS & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS contre Kazakhstan* (ARB/05/16), décision du comité ad hoc du 25 mars 2010, paragraphes 95-96.

⁸⁹⁷ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. contre Royaume du Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

notion d'investissement ne devait pas être déterminée dans le cadre de la législation marocaine, mais au regard du traité bilatéral d'investissement, même si la validité de l'investissement est, quant à elle, déterminée par le droit marocain. De même, dans l'affaire *Tokios Tokelès*⁸⁹⁸, le tribunal fit valoir que l'argument ne pouvait être soulevé si l'Etat avait entretemps reconnu la légalité de l'investissement, ce qu'il avait fait par son enregistrement et par sa conduite. Enfin, il est évident que la conformité avec la législation ne peut être invoquée lorsque l'Etat est lui-même à l'origine de l'illégalité, comme le note le tribunal dans l'affaire *Ioannis Kardassopoulos*⁸⁹⁹.

Cependant, certains tribunaux ont décliné leur compétence sur le fondement de la non-conformité avec la législation de l'Etat en cause. Dans les affaires *Inceysa Vallisoletana*⁹⁰⁰ et *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*⁹⁰¹, le tribunal a reconnu que les parties n'avaient pas l'intention de protéger des investissements illicites.

On remarque alors que la question de la conformité au droit local laisse encore des questions en suspens, comme celles de la nature de l'illégalité ou de l'imputabilité de l'action, lorsque l'illégalité est liée au comportement d'un tiers.

D'autres techniques ont pu être utilisées pour que les Etats reprennent le contrôle sur la définition des investissements éligibles à la protection de l'arbitrage international⁹⁰² et ainsi apporter des limitations à la dilution de l'investissement⁹⁰³. Ainsi, les conventions bilatérales d'investissement et, en particulier, le modèle américain, ont pris acte des difficultés posées par la recherche d'une définition pour les tribunaux CIRDI. Un début de définition a été inclus dans les termes mêmes de l'accord, afin de réduire la marge de manœuvre accordée aux arbitres⁹⁰⁴. Le modèle de 2004 est accompagné de notes explicatives visant à préciser la notion d'investissement. De même, dans le traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis d'Amérique et la République Orientale d'Uruguay, une définition plus précise de l'investissement est mentionnée dans le cadre de l'approche synthétique, avant la traditionnelle énumération :

⁸⁹⁸ V. l'affaire *Tokios Tokelès contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence, 29 avril 2004.

⁸⁹⁹ CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence, 6 juillet 2007.

⁹⁰⁰ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre République d'El Salvador* (ARB/03/26), sentence rendue le 2 août 2006.

⁹⁰¹ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre République des Philippines* (ARB/03/25), sentence rendue le 16 août 2007.

⁹⁰² CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149

p.

⁹⁰³ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents", *JDI*, n°2, 2004, pp. 419-441 ; B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.

⁹⁰⁴ V. *infra* sur la crise de légitimité subie par les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI, en particulier aux Etats-Unis, p. 827 et s.V. également P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-82.

« investissement désigne tout avoir en la possession ou sous le contrôle direct ou indirect qui présente les caractéristiques d'un investissement, parmi lesquelles l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente d'un gain ou d'un bénéfice ou la prise de prises »⁹⁰⁵.

Le modèle de 2012 reprend exactement la même définition. Toutefois, cette nouvelle tendance n'est pas sans créer de difficulté. En effet, les Etats-Unis invitent ainsi les arbitres à soumettre les opérations économiques au crible des critères mentionnés. Cependant, qu'en est-il pour les autres traités qui n'incluent encore que les définitions – synthétique et analytique – traditionnelles de l'investissement ? Les arbitres doivent-ils appliquer ces critères même si l'investisseur se fonde sur un traité d'une précédente génération qui ne contenait pas de telle définition ? Il n'est pas évident que cette nouvelle définition ne crée pas de nouvelles interrogations.

Les traités bilatéraux d'investissement ont trouvé une autre technique permettant de préciser la définition de l'investissement. Il s'agit de fournir une définition négative de l'investissement en excluant explicitement certaines opérations. Cette technique inspirée de l'ALENA se retrouve dès l'accord entre l'Autriche et le Mexique de 1998 ou entre la Grèce et le Mexique de 2000 :

« Le terme « investissement » désigne tout type d'actifs acquis ou utilisés à des fins économiques et investis par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation et à la réglementation en vigueur chez cette dernière et comprend notamment mais non exclusivement :

- a) Les biens meubles et immeubles (...)
- b) Les actions et les parts d'une société (...)
- c) Les créances financières, celles sur d'autres avoirs ou sur toutes prestations ayant une valeur économique, **à l'exception** :
 - i) Des créances financières nées exclusivement de contrats commerciaux concernant la vente de biens et de services ;
 - ii) De l'octroi d'un crédit lié à une opération commerciale, tel que le financement du commerce extérieur ;
 - iii) Des crédits d'une durée inférieure à trois ans consentis par un investisseur sur le territoire d'une Partie contractante à une personne physique ou morale située sur le territoire de l'autre Partie contractante. Toutefois, l'exception concernant les crédits d'une durée inférieure à trois ans ne s'applique pas aux crédits octroyés par un investisseur d'une Partie contractante à une personne morale de l'autre Partie contractante et qui est une filiale de cet investisseur (...).

Une obligation de paiement de la part d'une Partie contractante ou d'une entreprise publique ou l'octroi d'un crédit à une Partie contractante ou à une entreprise publique **n'est pas considérée comme un investissement** »⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ TBI Etats-Unis d'Amérique – Uruguay, 2005.

⁹⁰⁶ Art. 1^{er} du TBI Mexique – Grèce, 2000 (caractère gras ajouté).

Elle a surtout été reprise par le modèle canadien de 2004, qui est bien plus précis – même si encore très ouvert – que les autres traités bilatéraux d’investissement étant donné qu’il contient une liste limitative des catégories d’investissement :

« « investissement » s’entend :

(I) d’une entreprise ;

(II) d’un titre de participation d’une entreprise ;

(III) d’un titre de créance d’une entreprise (...) à l’exclusion, toutefois, d’un titre de créance d’une entreprise d’Etat, quelle qu’en soit l’échéance originelle ;

(IV) d’un prêt à une entreprise (...) à l’exclusion, toutefois, d’un prêt à une entreprise d’Etat, quelle qu’en soit l’échéance originelle ;

(VI) d’un avoir dans une entreprise (...)

(VIII) des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d’autres fins commerciales ;
et

(IX) des intérêts découlant de l’engagement de capitaux ou d’autres ressources sur le territoire d’une Partie pour une activité économique (...)

mais ne s’entend pas :

(X) des créances découlant uniquement

(i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d’une Partie à une entreprise située sur le territoire de l’autre Partie, ou

(ii) de l’octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu’un prêt (...) et

XI) de toute autre créance »⁹⁰⁷.

Ce recours à une définition uniquement énumérative, comprenant à la fois une liste des opérations couvertes, mais aussi des opérations exclues, a vocation à définir plus précisément la notion d’investissement, en diminuant proportionnellement la marge de manœuvre laissée aux tribunaux arbitraux.

Les Etats peuvent également recourir à des listes exhaustives d’opérations couvertes, comme le fait le modèle canadien, évitant ainsi toute extension du champ d’application du traité. D’autres méthodes peuvent exister, en excluant certaines opérations – comme, par exemple, les investissements de portefeuille, certains contrats commerciaux ou certains prêts⁹⁰⁸ – ou en limitant l’éligibilité aux investissements directs ou encore en obligeant les investissements à être effectués au travers d’entreprises locales⁹⁰⁹.

A cet égard, il est intéressant de noter que certains accords européens récents, qui comprennent en général des dispositions très classiques, commencent à s’ouvrir à ces

⁹⁰⁷ Art. 1^{er} du modèle canadien d’accord de protection des investissements internationaux de 2004 (caractère gras ajouté).

⁹⁰⁸ V. l’art. 1^{er} du modèle canadien de 2004. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 122-156.

⁹⁰⁹ CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, 2011, Genève, 149 p.

techniques pour limiter le champ des investissements. Par exemple, l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Colombie contient une disposition relative aux investissements particulièrement précise, contenant classiquement une définition générale et une liste non exhaustive, mais aussi une liste négative, une disposition sur le changement de forme de l'investissement et surtout une précision sur les caractéristiques que doit nécessairement posséder l'opération pour être qualifiée d'investissement :

« 2. Le terme « investissement » désigne tout élément d'actif économique, investi ou réinvesti, directement ou indirectement, par des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire d'un Etat partie au présent Accord conformément à la législation de l'Etat concerné et notamment, mais non exclusivement :

- a. les biens meubles et immeubles (...)
- b. les obligations, actions, parts sociales et toutes autres formes de participation (...)
- c. les créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;
- d. les droits de propriété intellectuelle (...)
- e. les concessions accordées par la loi, par un acte administratif ou en vertu d'un contrat (...)
- f. toutes opérations d'emprunt à l'étranger conformément à la loi de chacune des Parties contractantes, en rapport avec un investissement.

2.1. Le terme « investissement » n'inclut pas :

- a. les opérations relatives à la dette publique ;
- b. les créances découlant exclusivement :
 - i. de contrats commerciaux ne constituant pas un investissement tel que décrit précédemment, de vente de biens ou de services (...)
 - ii. de crédits octroyés dans le cadre de ce type de transaction commerciale.

2.2. Aucune modification de la forme selon laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affectent leur qualité d'investissement au sens du présent Accord, à condition que cette modification s'inscrive dans le cadre des définitions du présent Article et intervienne conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été admis.

2.3. Conformément au paragraphe 2 du présent Article, les caractéristiques minimales d'un investissement sont les suivantes :

- a. l'engagement de capitaux ou d'autres ressources ;
- b. la perspective d'une plus-value ou d'un bénéfice ;
- c. Un risque estimé raisonnable pour l'investisseur »⁹¹⁰.

Même si ces nouvelles définitions trouvées dans les générations les plus récentes de traités bilatéraux d'investissement restent marginales, elles révèlent la volonté des Etats de rester maîtres des opérations éligibles à la protection des traités et *a fortiori* de l'arbitrage international, probablement en réponse à la jurisprudence particulièrement extensive des tribunaux CIRDI.

⁹¹⁰ Art. 1^{er}, paragraphe 2, du TBI UE/BL – Colombie, 2009.

Conclusion de la section. Au regard de ces divers éléments, on constate que la définition de la notion d'investissement a suivi une route tortueuse. Si l'on pouvait se contenter d'une définition subjective de l'investissement avant l'admission du consentement dissocié, le développement de l'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement a changé la donne, obligeant les tribunaux à découvrir leur propre définition, objective cette fois. En l'absence d'indice réel et efficace dans la Convention de Washington ou dans les traités bilatéraux d'investissement, ce n'est qu'à travers l'alliance de ces accords, à laquelle la jurisprudence des tribunaux CIRDI a donné vie, qu'on parvient aujourd'hui à un semblant de définition unitaire de l'investissement, qui assure davantage de sécurité juridique⁹¹¹. Ce début de stabilisation est le bienvenu, certains considérant qu'il ne peut « exister un droit de l'investissement international sans même qu'une définition stable de l'objet traité par la matière soit préalablement posée »⁹¹². Le problème n'est, toutefois, pas l'absence de définition de l'investissement, mais ses excès. Cela se justifie aisément si, plutôt que de considérer qu'on recherche une définition, on s'accorde à rechercher des critères de qualification, qui ouvriront la protection du traité ou la porte de l'arbitrage international⁹¹³. Dès lors, il apparaît qu'il n'existe pas un critère unique, mais une multiplicité d'indices liés à l'instrument qui les contient. Ainsi, peut-on considérer qu'il existe bien une définition de l'investissement – ou du moins un noyau dur⁹¹⁴ – et un droit international de l'investissement jouissant d'une certaine autonomie et cohérence, mais qui est fondé sur de très nombreux traités internationaux.

La recherche d'une autre définition a occupé tant les arbitres que les Etats : celle de la notion d'investisseur. Apparaissant quelque peu redondante, la définition de l'investisseur suit toujours celle de l'investissement. Pourtant, la redondance n'est qu'apparente, la définition de l'investisseur étant essentielle dans la détermination de la compétence *ratione personae* et pour l'admission des parties à l'action.

⁹¹¹ A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.

⁹¹² B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in P. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150, p. 123.

⁹¹³ *Id.*

⁹¹⁴ Dans leur 2^{ème} édition, Dominique Carreau, Patrick Juillard et Thibault Flory expliquaient que « la diversité des fins poursuivies explique la multiplicité des définitions conventionnelles. Malgré cette diversité il y a, dans ces définitions conventionnelles, un noyau dur qui paraît irréductible. Tout investissement suppose que l'investisseur fasse un apport – et les différents instruments examinés mettent en évidence que cet apport ne peut être qu'un apport en espèce ou en nature – à partir de là dominant les incertitudes ». V. D. Carreau, P. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1980, XIX-631 p., paragraphe 1126. V. également P. Kahn, "Les définitions de l'investissement international" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 11-16.

SECTION 2. UNE DEFINITION EXTENSIVE DE LA COMPETENCE RATIONE PERSONAE

La définition de l'investisseur est essentielle, non seulement d'un point de vue pratique, du fait qu'elle ouvre la protection des traités et le recours possible à l'arbitrage, mais aussi d'un point de vue théorique. Cela est lié à la portée particulière de la Convention de Washington, qui a vocation à régler les différends entre deux personnes de nature différente, à savoir un Etat contractant et un ressortissant d'un autre Etat contractant. Cette différence de nature et de statut va avoir des conséquences sur l'organisation de l'arbitrage. En effet, les personnes privées ne sont considérées que comme des sujets « mineurs et dérivés »⁹¹⁵ du droit international, ayant une personnalité juridique⁹¹⁶ exclusivement fonctionnelle et relative⁹¹⁷. Or, le droit international des investissements les autorise, par l'admission d'un consentement anticipé – et extensif – de l'Etat à se prévaloir, dans une très grande majorité de cas,

⁹¹⁵ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 714.

⁹¹⁶ V. not., J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", *RCADI*, t. 30, 1929, pp. 195-269 ; P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public" in C. Rousseau, *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 535-552 ; G. Manner, "The Object Theory of the Individual in International Law", *AJIL*, vol. 46, n° 3, 1952, pp. 428-449 ; G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *RCADI*, t. 90, 1956, pp. 733-849 ; F. P. Feliciano, "Legal Problems of Private International Business Enterprises: An Introduction to the International Law of Private Business Associations and Economic Development", *RCADI*, t. 118, 1966, pp. 209-312 ; I. Brownlie, "The Place of the Individual in International Law", *Virginia Law Review*, 1964, pp. 435-462 ; P. Vellas, "Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujet du droit international" in *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1974, pp. 749-788 ; R. Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, vol. 4, n° 1, 1978, pp. 1-19 ; J. A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *RCADI*, t. 179, 1983, pp. 145-304 ; D. Kokkini-Iatridou et P. De Waart, "Foreign Investments in Developing Countries-Legal Personality of Multinationals in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 14, 1983, pp. 87-131 ; P.-M. Dupuy, "Sur les rapports entre sujets et 'acteurs' en droit international contemporain" in A. Cassese et L. C. Vohrah, *Man's Inhumanity to man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 261-278 ; P. Dumberry, "L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *RGDIP*, vol. 108, n° 1, 2004, pp. 103-122 ; P.-M. Dupuy, "Retour sur la théorie des sujets du droit international" in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, Naples, 2004, pp. 71-85 ; J. E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*, 2004, XVIII-494 p. ; SFDI, *Le sujet en droit international : colloque du Mans*, Pedone, Paris, 2005, 170 p. ; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2006, XXVII-849 p. ; R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, XXIV-333 p. ; K. Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2011, XLIII-413 p. Voir également, pour plus de précisions sur les personnes morales, W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, Londres, 1964, XVI-410 p. ; W. C. Jenks, "Multinational Entities in the Law of Nations" in W. Friedmann, L. Henkin and O. Lissitzyn, *Transnational Law in a Changing Society*, Columbia University Press, New York, 1972, pp. 70-83 ; D. A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1978, XI-354 p. ; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 767 p.

⁹¹⁷ Sur l'appréhension des personnes privées par la Cour internationale de Justice, v. not. CIJ, *affaire LaGrand (Allemagne contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Rec.* 2001, p. 466 ; CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 31 mars 2004, *CIJ Rec.* 2004, p. 12.

directement des droits conférés par les traités bilatéraux d'investissement sur la scène internationale. Ainsi, même si leur personnalité juridique est dérivée, il est difficile de la qualifier encore de mineure, les investisseurs étant partie au différend – et, dans la très grande majorité des cas, demandeur – au même titre que l'Etat. Si la capacité processuelle propre et active fournit la « mesure de [la] personnalité internationale »⁹¹⁸, alors la qualité de sujet de droit international de l'investisseur ne fait plus de doute⁹¹⁹.

La vérification de la compétence *ratione personae* est donc un moment essentiel dans l'arbitrage CIRDI. D'une part, la qualité de ce sujet-objet de l'ordre juridique international permet la qualification d'investisseur, qui est déterminante dans cet arbitrage mixte. D'autre part, elle détermine l'internationalité du différend. En effet, la Convention de Washington, de même que les traités bilatéraux d'investissement, ont choisi comme critère d'extranéité la nationalité de l'investisseur, qui doit être ressortissant d'un autre Etat contractant que l'Etat hôte. Cette condition classique en droit international public, si elle peut être facilement réglée pour les personnes physiques, crée davantage de difficultés pour les sociétés. Les silences laissés par le système CIRDI ont été comblés par les définitions des traités bilatéraux d'investissement, mais aussi par l'action audacieuse des tribunaux arbitraux.

C'est donc, encore une fois, par l'alliance des traités bilatéraux et de la jurisprudence des tribunaux CIRDI que le statut des parties à l'arbitrage (Paragraphe 1) et que la position particulière de l'investisseur (Paragraphe 2) ont pu être déterminés.

PARAGRAPHE 1. LA NATURE DIVERGENTE DES PARTIES A L'ARBITRAGE CIRDI

L'article 25 (1) de la Convention est clair :

« La compétence du Centre s'étend aux différends (...) entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant »⁹²⁰.

Encore une fois, la Convention de Washington reste très lacunaire, le terme d'« investisseur » n'étant même pas utilisé et l'on peut simplement déduire que l'investisseur est celui qui

⁹¹⁸ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, p. 174 et s., p. 179.

⁹¹⁹ H. Gherari, "Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international : l'exemple des investisseurs étrangers" in S. Laghmani et R. Ben Achour, *Les acteurs non étatiques et le droit international*, Pedone, Paris 2007, p. 319 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, p. 474.

⁹²⁰ Art. 25(1) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

réalise l'investissement dans l'Etat hôte⁹²¹. Les règles du droit international public veulent que les dispositions d'un traité ne créent, en principe, des droits et des obligations que pour les parties contractantes, ce qui explique que la compétence du Centre ne s'étende qu'aux Etats parties et, par une forme de transposition, à leurs ressortissants. En effet, seuls les différends entre un Etat et le ressortissant d'un autre Etat pourront être réglés sous les auspices du Centre, ce dernier n'ayant vocation à connaître que des différends mixtes. La nature particulière de cet arbitrage justifie qu'on s'intéresse à ces deux parties, l'Etat ou la collectivité publique, d'une part (A), et l'investisseur, d'autre part (B).

A. La soumission de l'Etat à l'arbitrage CIRDI

L'arbitrage mixte n'est pas anodin dans l'ordre juridique international, en ce qu'il permet à une personne privée d'attirer un Etat devant une juridiction internationale. La création du CIRDI a donc tenté d'organiser dans le plus grand respect un tel recours, ce qui explique probablement que ce mécanisme ait la particularité d'avoir été créé par un traité international. Cela emporte des conséquences sur le consentement de l'Etat, qui devra non seulement s'exprimer par rapport à un arbitrage particulier, mais surtout dans la ratification de la Convention de Washington. Même s'il existe des tempéraments, ce double consentement, sorte de garde-fou, est une condition nécessaire pour recourir à l'arbitrage contre la partie étatique (1°), entendue *lato sensu* comme comprenant également ses émanations (2°).

1°) Un recours conditionné par la ratification de la Convention de Washington

Au regard du premier alinéa de l'article 25 de la Convention de Washington, on peut conclure que la première condition est, bien évidemment, que les deux Etats, l'Etat de nationalité de l'investisseur et l'Etat hôte de l'investissement, aient ratifié la Convention au moment du dépôt de la demande de conciliation ou d'arbitrage. Un Etat sera considéré comme une partie contractante à la Convention de Washington à l'issue d'un délai de 30 jours après le dépôt de

⁹²¹ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742., p. 730.

son instrument de ratification⁹²². Il faut également noter que l'Etat peut dénoncer la Convention, son retrait devenant effectif seulement six mois après sa notification écrite au Centre⁹²³. Toutefois, cette condition ne crée guère de difficulté, le CIRDI mettant à la disposition du public une liste actualisée des Etats contractants sur son site Internet. De plus, c'est au Secrétaire général du CIRDI qu'il revient, lorsqu'il enregistre l'affaire, de vérifier cette condition⁹²⁴.

Il se peut, toutefois, que cette condition soit compliquée par le fait que l'Etat aurait donné son consentement à la compétence du CIRDI avant de devenir un Etat partie à la Convention de Washington. Dans ce cas, le Secrétaire général du CIRDI devra simplement vérifier qu'au moment du dépôt de la requête, l'Etat de nationalité de l'investisseur, tout comme l'Etat hôte sont bien des parties contractantes. Une telle hypothèse s'est présentée dans la première affaire soumise au CIRDI, *Holiday Inns contre Maroc*, sans créer de réelle difficulté, car même si la Suisse – Etat de nationalité – et le Maroc – Etat hôte – n'avaient pas encore ratifié la Convention de Washington quand ils ont donné leur consentement à la compétence du Centre, cette condition était remplie au moment de la demande de l'investisseur⁹²⁵. Il est alors simplement considéré que le consentement devient effectif à partir du moment où l'Etat devient partie contractante.

A l'inverse, même si un Etat a donné son consentement à la compétence du Centre, il ne pourra être soumis à une conciliation ou à un arbitrage CIRDI s'il n'a pas ratifié la Convention de Washington. Le consentement de l'Etat ne l'exonère pas de la condition de ratification.

Est-ce dire que les Etats non parties à la Convention sont totalement exclus du système CIRDI ? La mise en place du Mécanisme Supplémentaire en 1978 a permis aux Etats non-contractants d'avoir recours au CIRDI, lorsque l'une des parties seulement a ratifié la Convention de Washington. Cette extension des conditions de la compétence *ratione personae* a vocation à faciliter le règlement des différends, notamment lorsque la ratification de la Convention de Washington s'est avérée impossible, comme au Mexique ou au Canada. L'article 2 du Mécanisme Supplémentaire précise ainsi que :

« Le Secrétariat du Centre est autorisé à administrer, sous réserve et en application du présent Règlement, les procédures mettant en cause un Etat (ou une collectivité

⁹²² Selon l'article 68 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats : « La présente Convention est soumise à la ratification, l'acceptation ou l'approbation des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles. (...) A l'égard de tout Etat déposant ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, elle entrera en vigueur 30 jours après la date dudit dépôt ».

⁹²³ La dénonciation est réglée par l'article 71 de la Convention de Washington, qui prévoit qu'elle prend effet six mois après la notification par l'Etat de sa volonté de ne plus être partie à la Convention. Voir *infra*, p. 837 et s..

⁹²⁴ Voir les art. 28(3) et 36(3) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁹²⁵ CIRDI, *Holiday Inns contre Maroc* (ARB/72/1), décision sur la compétence, 12 mai 1974.

publique ou un organisme d'un Etat) et un ressortissant d'un autre Etat et entrant dans les catégories suivantes :

(a) procédures de conciliation et d'arbitrage pour le règlement des différends juridiques qui sont en relation directe avec un investissement et ne relevant pas de la compétence du Centre parce que soit l'Etat qui est partie au différend, soit l'Etat dont le ressortissant est partie au différend, n'est pas un Etat contractant »⁹²⁶.

Dans ce cas, la Convention de Washington ne s'appliquera plus, comme le note l'article 3, et l'ensemble de la procédure sera régie par le Règlement du Mécanisme supplémentaire. Cela aura, en particulier, des conséquences sur l'exécution de la sentence. Toutefois, il faut noter que ce mécanisme s'est avéré très utile, notamment dans le cadre de l'ALENA, deux des Etats membres n'étant pas partie à la Convention de Washington, alors que le traité prévoit le recours au CIRDI.

Si l'Etat est partie à la Convention de Washington ou si le Mécanisme supplémentaire s'applique, une question se pose concernant la nébuleuse d'entités qui entoure l'Etat, qualifiées d'« entités paraétatiques »⁹²⁷ et définies comme :

« une gamme d'institutions qui, sans être rattachées organiquement à l'Etat – elles n'ont pas ce statut en droit interne – lui sont néanmoins reliées par d'autres facteurs. Création par les autorités publiques, composition du capital et des organes dirigeants, mission de service public sont autant d'indices pertinents »⁹²⁸.

Ces entités ne seront prises en compte par le droit international des investissements que lorsqu'elles pourront être rattachées à l'Etat. Se pose alors la question de l'imputabilité de certains actes à l'Etat lorsque le différend ne le concerne pas directement, mais est lié au comportement d'une de ses émanations ou d'un de ses organes⁹²⁹. Cette question trouve une réponse dans les deux mécanismes juridictionnels mis en place par la Convention de Washington. D'une part, l'investisseur sera opposé à l'Etat – et la recherche de l'imputabilité est ici essentielle – alors que, d'autre part, l'investisseur trouvera comme défendeur la subdivision ou l'organisme.

⁹²⁶ Art. 2 – Le Mécanisme supplémentaire – du Règlement régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

⁹²⁷ CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, art. 5, paragraphe 1, p. 96 et s. V. également CDI et J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Pedone, Paris, 2003, XVI-461 p.

⁹²⁸ Y. Nouvel, "Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 25-52, p. 25.

⁹²⁹ V., par ex., CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)*, décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 71 : « *The Tribunal now turns to the Respondent's contention that the instant dispute is not between the Kingdom of Spain and the Claimant, as alleged by the Claimant, but between the Claimant and the private corporation (...) with which the Claimant made various contractual dealings* » ; CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc (ARB/00/4)*, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphes 30-35.

Ce dernier mécanisme est organisé par l'article 25, paragraphes 1 et 3, de la Convention de Washington. Il est prévu, tant dans le cadre de la Convention de Washington que du Mécanisme supplémentaire que, si l'Etat l'accepte, une collectivité publique ou un organisme dépendant de l'Etat contractant peut être partie à une procédure devant le CIRDI⁹³⁰, comme cela ressort de l'article 25(1). Comme le notent Jean-Marc Loncle et Jean-Baptiste Morel, un tel mécanisme est particulièrement utile :

« de nombreux contrats d'investissement [étant] conclus non par l'Etat lui-même, mais par une société nationale, un organisme régulateur, une administration, un ministère, ou une subdivision territoriale de celui-ci »⁹³¹.

Aucune indication n'est fournie sur la nature de ces collectivités ou organismes. On considère, généralement, qu'une collectivité peut être un Etat fédéré, une province, un canton ou une municipalité quelconque⁹³². Quant à la qualification d'organisme, il faut savoir que celle-ci sera davantage fonctionnelle que structurelle, s'attachant aux fonctions qu'il exerce pour l'Etat et, non, à sa forme, à sa nature ou à sa personnalité juridique. Ainsi, il pourra, par exemple, s'agir d'une

« société nationale (société nationale de l'électricité, société nationale de l'eau, société nationale des autoroutes), [d']une société à capitaux majoritairement publics (par exemple les sociétés d'économie mixte françaises), [d']un organisme régulateur, [d']une administration, [d']un ministère (de l'eau, de l'énergie, des mines, de l'hydraulique,...) ou bien encore [d'] une subdivision territoriale de l'Etat »⁹³³.

La qualification d'émanation est largement facilitée lorsque l'Etat reconnaît l'entité comme telle ou pour ses organes institutionnels⁹³⁴ ou ses démembrements territoriaux⁹³⁵ selon la doctrine de l'unité de l'Etat, retenue en droit international général⁹³⁶.

⁹³⁰ V. l'art. 25(3) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁹³¹ J.-M. Loncle et J.-B. Morel, "Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2008, pp. 29-50, p. 29.

⁹³² V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., paragraphes 230-267.

⁹³³ J.-M. Loncle et J.-B. Morel, "Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2008, pp. 29-50, p. 30.

⁹³⁴ Les organes institutionnels, comme les parlements, les instances exécutives ou judiciaires, n'ont pas, en général, de personnalité juridique distincte de l'Etat et sont, traditionnellement, considérés comme l'Etat au niveau international. V., par ex., l'art. 4 des Articles de la Commission du droit international sur la Responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite : « Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat ». La responsabilité de l'Etat du fait de l'action de son pouvoir exécutif a pu être reconnue dans l'affaire *SPP* (CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) contre République Arabe d'Egypte* (ARB/84/3), décision sur la compétence du 27 novembre 1985, décision sur la compétence du 14 avril 1988 et sentence du 20 mai 1992) ; il en est de même pour ses organes judiciaires dans l'affaire *Loewen* (*Loewen contre Etats-Unis*, décision sur la compétence, 9 janvier 2001).

⁹³⁵ La question a été posée dans l'affaire CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi International contre Argentine* (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000, paragraphe 49. Dans cette affaire était, en réalité, mise en cause la Province de Tucuman, une subdivision territoriale de l'Argentine, au sujet d'un contrat de concession pour la

La procédure de reconnaissance est expressément prévue par la Convention de Washington, qui a souhaité faciliter l'identification de ces entités. Elle se décompose en deux parties, la désignation et l'approbation. La désignation est soumise à deux conditions : d'une part, d'assumer une mission publique au nom de l'Etat – « *performs public fonctions on behalf of the Contracting State* »⁹³⁷ – et, d'autre part, d'être désigné explicitement par l'Etat. Les Etats fournissent donc une liste au Secrétariat général, autorisant ces entités à se présenter devant le Centre. Cette désignation peut intervenir à n'importe quel moment avant le dépôt de la requête. Elle peut être générale, visant ces entités pour tout différend, ou concerner une entité spécifique dans le cadre d'un projet particulier d'investissement ou si le différend est déjà né. La liste fournie par l'Etat facilite la qualification de collectivité publique ou d'organisme, étant donné que le consentement de l'Etat crée une forte présomption. Le Centre tient également à disposition une liste de ces entités, accessible à tous sur le site Internet.

Le retrait d'un tel consentement n'est pas réglé par la Convention. Une telle dénonciation paraît possible, mais seulement dans la mesure prévue à l'article 25, paragraphe 1, à savoir sans que cela aboutisse à un retrait unilatéral du consentement. Ainsi, l'Etat ne pourra pas retirer sa désignation d'une collectivité ou d'un organisme si le consentement a déjà été donné par celui-ci.

Cette procédure, très souple et libre, n'a, cependant, été que très rarement utilisée⁹³⁸.

Une telle désignation ne suffit, par ailleurs, pas et doit être complétée par l'approbation. L'article 25(3) précise :

fourniture d'eau potable. Le tribunal, pour justifier la recevabilité de l'affaire contre l'Etat, même si était réellement en cause une subdivision territoriale, fit référence aux travaux de la Commission du droit international et aux propos de son Rapporteur spécial, James Crawford, pour conclure qu'un « Etat fédéral ne peut limiter le champ de sa responsabilité internationale en arguant de son caractère fédéral ou décentralisé » (CDI, J. Crawford, "Premier rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Documents de la cinquantième session, 1998, pp. 1-78). Il poursuit en faisant référence aux travaux du Professeur Sorensen, reprenant qu'il s'agit d'un « *generally accepted principle of international law that a federal State is responsible for the conduct of its political sub-divisions and cannot evade that responsibility by alleging that its constitutional powers of control over them are sufficient for it to enforce compliance with international obligations* » (M. Sørensen, *Manual of Public International Law*, St. Martin's Press, New York, 1968, LXV-930 p., p. 557) ; et à ceux des Professeurs Daillier et Pellet, qui rappellent que « l'Etat fédéral ne peut s'abriter derrière une constitution qui organise l'autonomie de ses éléments composants pour dégager sa responsabilité internationale » (P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p.). V. également CIRDI, *Tokios Tokeles contre Ukraine* (ARB/02/18). Pour une application en droit communautaire, v. CJCE, *Commission contre Italie* (C-33/90), arrêt du 13 décembre 1991 : « La circonstance qu'un Etat membre a confié à ses régions le soin de mettre en œuvre des directives ne saurait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 169. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante qu'un Etat membre ne saurait exciper de situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et des délais résultant des directives communautaires. Si chaque Etat membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 169 il reste seul responsable, vis-à-vis de la Communauté, du respect des obligations qui résultent du droit communautaire ».

⁹³⁶ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, pp. 485-490.

⁹³⁷ V. les travaux préparatoires à la Convention de Washington. V. également P.-M. Dupuy, "Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ? Etude de droit international des investissements", *EUI Working Papers*, N° 2006/07, 2006, 15 p.

⁹³⁸ V., cependant, CIRDI, *Tanzania Electric contre Independent Power Tanzania* (ARB/98/8), sentence du 12 juillet 2001, paragraphe 13.

« Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant d'un Etat contractant ne peut être donné qu'après approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire ».

Pour que le CIRDI puisse se reconnaître compétent à l'égard de ces collectivités et organismes, il faut, soit que l'Etat ait annoncé par avance au Centre qu'une telle approbation n'était pas nécessaire ; soit qu'il exprime son accord, que la collectivité ait été préalablement désignée ou pas, pour parfaire son consentement. Certains Etats ont choisi la première option, comme l'Australie pour les territoires la composant⁹³⁹ ou la Guinée pour la Société des Mines de Fer de Guinée pour l'Exploitation des Monts Nimba⁹⁴⁰ ou encore le Pérou avec Perupetro S.A.⁹⁴¹ etc. ... La collectivité publique ou l'organisme pourront alors conclure des accords d'investissement contenant une clause CIRDI. Dans le second cas, la conclusion de contrats ne suffira pas et il faudra que le consentement à la juridiction du CIRDI émis par la collectivité ou l'organisme soit approuvé par l'Etat en cause, comme le révèle l'article 25(3)⁹⁴².

L'Etat devra donc donner son consentement à deux étapes clé, d'une part, en désignant la collectivité ou l'organisme et, d'autre part, en approuvant le consentement donné par cette entité. L'Etat garde donc un contrôle total à chaque étape. Pourtant, en cas de différend, ce n'est pas lui qui sera directement visé par la procédure de conciliation ou d'arbitrage. Ce sera la collectivité publique ou l'organisme qui sera partie au différend et non l'Etat central. C'est que, en réalité, comme le précise Yves Nouvel :

« Ce formalisme montre combien l'entité est assujettie à l'Etat, son autonomie lui étant seulement concédée »⁹⁴³.

Ces conditions sont strictes et les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI refuseront de se considérer compétents si elles n'ont pas été remplies, comme l'a révélé l'affaire *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. contre Federation of Saint Kitts and Nevis*⁹⁴⁴. Dans cette affaire, le tribunal a décliné sa compétence du fait que,

⁹³⁹ L'Australie a fait valoir, le 2 mai 1991, que seraient considérées comme ses émanations la Nouvelle Galles du Sud, Victoria, le Queensland, l'Australie Méridionale, la Tasmanie, le Territoire du Nord et le Territoire de la Capitale Australienne.

⁹⁴⁰ Acte du 26 août 1983.

⁹⁴¹ V. l'acte du 11 octobre 1996. V. également, pour le Kenya, sa désignation le 20 juin 1988 de *Kenya Ports Authority*.

⁹⁴² V. l'art. 25(3) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats : « Le consentement d'une collectivité publique ou d'un organisme ne peut être donné qu'après l'approbation par ledit Etat, sauf si celui-ci indique au Centre que cette approbation n'est pas nécessaire ».

⁹⁴³ Y. Nouvel, "Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 25-52, p. 27. Yves Nouvel s'interroge sur la signification d'une telle participation. S'intéressant à l'entité, il note qu'« elle ne représente pas l'Etat. Qu'en conclure, sinon que l'Etat octroie la personnalité internationale à un de ses démembrements en vue d'une action déterminée ? En d'autres termes, la désignation a pour effet de déléguer à l'entité une personnalité internationale aux fins du procès devant le CIRDI » (p. 28).

⁹⁴⁴ CIRDI, *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd. v. Federation of Saint Kitts and Nevis* (ARB/95/2), décision du 13 janvier 1997.

même s'il a été reconnu que Nevis Island Administration était bien une collectivité publique, celle-ci n'avait pas été désignée par l'Etat, ni n'avait reçu l'accord de celui-ci pour consentir à la compétence du CIRDI.

L'investisseur ne sera donc pas confronté nécessairement à l'Etat, mais pourra très bien trouver dans la position de défendeur – et théoriquement de demandeur – une de ses émanations. Cette procédure demeure, cependant, rare, d'autant plus que lorsque l'investisseur se fonde sur un traité bilatéral d'investisseur, le défendeur ne pourra être que l'Etat, seule partie au traité. Cela ne signifie, toutefois, pas que le rôle de ces entités paraétatiques est limité, leur comportement étant souvent imputable à l'Etat. Leur statut mérite donc d'être étudié.

2°) La prise en compte des entités paraétatiques dans l'arbitrage CIRDI

L'article 25 de la Convention de Washington fait référence aux différends juridiques entre un investisseur et un Etat ou une « collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre », ouvrant deux procédures à l'investisseur, l'une contre l'Etat et l'autre contre l'émanation. Si cette dernière procédure est facilitée par la reconnaissance explicite de l'entité par l'Etat, ce n'est pas le cas dans la première, ce qui justifie d'étudier tant leur nature que l'imputabilité de leur comportement à l'Etat⁹⁴⁵. Cette distinction recouvre celle utilisée par Roberto Ago entre « d'une part, celle qui consiste à établir l'organisation de l'Etat (c'est-à-dire déterminer quels sont les « organes individuels et collectifs qui, dans leur ensemble, forment l'appareil de l'Etat) et, d'autre part, celle qui revient à attribuer à l'Etat, à certaines fins ou à d'autres, le comportement adopté dans certaines conditions par les personnes qui relèvent de son organisation »⁹⁴⁶. Alors que seule la première opération relève de la compétence du tribunal arbitral – l'autre relevant de l'établissement de la responsabilité de l'Etat – l'une et l'autre seront étudiées dans le cadre de cette partie consacrée à la procédure par commodité.

⁹⁴⁵ Il faut préciser que le terme d'« imputabilité » est ici utilisé de façon générique comme signifiant le rattachement du comportement de l'entité à l'Etat, sans rentrer dans la distinction entre exception d'incompétence et moyen relatif au fond du litige.

⁹⁴⁶ R. Ago, "Troisième rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1971, p. 246, paragraphe 110.

A défaut d'indication réelle dans la Convention de Washington ou dans les traités bilatéraux d'investissement⁹⁴⁷, les tribunaux statuant sous l'égide du Centre se sont fondés sur le droit de la responsabilité internationale pour considérer que l'Etat était bien le défendeur opportun⁹⁴⁸.

Si l'Etat dispose du « droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social »⁹⁴⁹, l'infinité d'émanations possibles de l'Etat rend leur qualification difficile, d'autant plus que le droit international des investissements intervient dans des situations complexes, où la distinction entre public et privé est parfois difficile à mettre en œuvre. En particulier, la question se complique lorsque sont concernés des organismes étatiques constitués spécifiquement pour assurer une mission particulière de gestion, de contrôle ou de régulation de l'investissement, sous la forme d'une société commerciale à capitaux publics ou semi-publics. Ces sociétés publiques peuvent être définies comme « toute société commerciale, dominée ou contrôlée de façon prédominante par l'Etat ou par des institutions étatiques, qu'elles soient dotées ou non d'une personnalité juridique »⁹⁵⁰. La notion est donc particulièrement large et couvre de nombreuses entités.

Les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont eu l'occasion de se prononcer sur ces sociétés, dont l'Etat affirme qu'elles sont soumises à un régime de droit privé. Dans deux affaires en particulier – *Maffezini* et *Consortium RFCC*⁹⁵¹ – le différend opposait un investisseur privé à une société d'économie mixte. Les tribunaux statuant sous l'égide du Centre ont ainsi pu élaborer un certain nombre de critères permettant d'imputer le comportement de cette société à l'Etat. Il faudra alors déterminer si la société est « dominée

⁹⁴⁷ Même si cela demeure assez exceptionnel, certains traités s'intéressent aux émanations de l'Etat. Par ex., l'art. 8 du modèle français relatif au règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante prévoit : « Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'art. 2 du présent accord, ladite collectivité ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre (...), au sens de l'art. 25 de la Convention ». De même, le modèle américain de 2012 précise, dans sa disposition relative au champ d'application, que « *A Party's obligations under Section A shall apply (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party (For greater certainty, government authority that has been delegated includes a legislative grant, and a government order, directive or other action transferring to the state enterprise or other person, or authorizing the exercise by the state enterprise or other person of, governmental authority) ; an (b) to the political subdivisions of that Party* » (art. 2). Cette disposition a été ajoutée avec le nouveau modèle, le modèle de 2004 étant moins précis à cet égard.

⁹⁴⁸ V. not., CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 74 : « *The Convention contains no criteria dealing with the attribution to the State of acts or omissions undertaken by such entities, subdivisions or agencies. The Argentine-Spanish BIT does not assist either in this determination. While it speaks of actions of State authorities (...) it does not define the phrase* » ; CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphes 30-35.

⁹⁴⁹ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.* 1986, p. 131, paragraphe 258.

⁹⁵⁰ CIRDI, *Consortium RFCC contre Royaume du Maroc* (ARB/00/6) décision sur la compétence, 16 juillet 2001.

⁹⁵¹ CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Royaume d'Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000 et CIRDI, *Consortium RFCC contre Royaume du Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence du 16 juillet 2001. V. également CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

ou contrôlée de façon prédominante par l'Etat », ce qui se vérifie au travers de deux critères cumulatifs, le premier structurel et le second fonctionnel⁹⁵².

Le critère structurel consiste à analyser la composition, l'organisation et la participation au capital de la société pour vérifier que la position de l'Etat est prépondérante⁹⁵³. Par exemple, si l'Etat a une participation très majoritaire et un rôle important dans le Conseil d'Administration, l'on considérera que ce critère structurel est rempli. Quant au critère fonctionnel, il se vérifie dans les missions de la société : on considérera que cette condition est remplie si la société exerce des missions de nature étatique, à savoir qui relèvent des missions en général exercées par l'Etat. Il s'agira principalement, comme le note le tribunal dans l'affaire *Consortium RFCC*, de « la construction, la gestion et l'exploitation de biens relevant du service public »⁹⁵⁴ ou d'activité relevant de l'intérêt général. Un dernier élément peut aider le tribunal à se prononcer sur la nature de la société et concerne, cette fois, moins la société elle-même que la nature juridique du contrat d'investissement, qui, s'il relève du droit administratif et contient des dispositions exorbitantes du droit commun, donnera la confirmation ultime que cette société est intrinsèquement liée à l'Etat. Ces critères se sont généralisés⁹⁵⁵ et ont été, notamment, appliqués dans l'affaire *Noble Ventures*⁹⁵⁶. Une société américaine spécialisée dans la sidérurgie attaquait l'Etat roumain pour des agissements commis par la Romanian State Ownership Fund, une institution d'intérêt public créée pour accompagner la privatisation des entreprises. La Roumanie fit alors valoir que cette dernière était distincte de l'Etat et possédait une personnalité juridique propre. Le tribunal ne tomba pas d'accord avec une telle interprétation, notant qu'il s'agissait d'une institution publique, subordonnée au Gouvernement, largement contrôlée par l'Etat au travers de ses organes directeurs et qui possédait une mission d'intérêt public. Les critères structurel et fonctionnel ont ainsi permis au tribunal de considérer que Noble Venture avait bien fait d'assigner l'Etat roumain.

La question est encore plus compliquée lorsque vient s'adjoindre la distinction entre réclamations contractuelles et réclamations conventionnelles. Par exemple, dans l'affaire *Salini contre Maroc*, la société en cause remplissait bien les critères, celle-ci étant une « entité contrôlée et dirigée par l'Etat marocain, à travers le Ministre de l'Equipement et divers organismes publics », dont l'objectif était « la réalisation de tâches de nature étatique (construction, gestion et exploitation de biens relevant du service public répondant aux

⁹⁵² Y. Nouvel, "Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 25-52.

⁹⁵³ V. not., CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Royaume d'Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 77 et s. ; *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphe 30 et s.

⁹⁵⁴ CIRDI, *Consortium RFCC contre Royaume du Maroc* (ARB/00/6), décision sur la compétence, 16 juillet 2001.

⁹⁵⁵ J.-M. Loncle et J.-B. Morel, "Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2008, pp. 29-50, p. 40.

⁹⁵⁶ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005.

besoins structurels du Royaume du Maroc en matière d'infrastructures et de réseaux de communications) ». Cependant, le Tribunal a constaté que :

« Dans l'hypothèse où l'Etat a organisé un secteur d'activité par l'intermédiaire d'une personne morale distincte, fût-elle une émanation de celui-ci, il n'en découle pas pour autant qu'il a accepté *a priori* que l'offre de compétence de l'article 8 [de l'accord bilatéral d'investissement entre l'Italie et le Maroc] le lie à raison des manquements contractuels de cette entité »⁹⁵⁷.

La même solution a été adoptée dans l'affaire *Impregilo contre Pakistan*⁹⁵⁸.

Si des émanations de l'Etat apparaissent clairement au regard de cette jurisprudence, encore faut-il pouvoir attribuer leur comportement à l'Etat. Cela est d'autant plus essentiel dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité bilatéral d'investissement. En effet, le fait que l'arbitrage soit fondé sur ces dispositions conventionnelles a pour conséquence que l'investisseur n'attaquera plus la subdivision étatique, même si elle est à l'origine de la violation, mais l'Etat lui-même, seule partie traitée. Cela tient au fait que par le traité bilatéral d'investissement, c'est l'Etat qui s'engage à assumer les dispositions conventionnelles et à protéger les investissements :

« ces derniers [les traités bilatéraux d'investissement] sont avant tout créateurs de droits et d'obligations pour les Etats qui les signent, et pour eux seuls »⁹⁵⁹.

Toutefois, les investissements internationaux impliquant souvent d'autres acteurs publics que l'Etat lui-même – comme un démembrement, un organisme régulateur ou une entreprise nationale – le tribunal devra tout d'abord vérifier que l'action est bien dirigée contre l'Etat en constatant que le comportement illicite est, en fait, attribuable à celui-ci. Le tribunal examinera donc le lien entre l'Etat et le litige. La question de l'imputabilité soulève alors de nombreuses difficultés, du fait que l'on attribue à l'Etat un acte ou une omission d'un de ses organes ou même d'une personne juridique distincte de lui.

Or, la Convention de Washington, tout comme les traités bilatéraux d'investissement, demeurent silencieux sur les critères d'attribution à l'Etat de l'action ou de l'omission d'une de ses subdivisions. Dès lors, l'Etat utilisera souvent comme défense le fait que l'organe en cause est distinct de lui ou l'absence d'imputabilité possible de l'action ou de l'omission de

⁹⁵⁷ CIRDI, *Salini Costruttori et Italstrade contre Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001, paragraphes 59-61.

⁹⁵⁸ CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 216 : « Given that the Contracts at issue were concluded between the Claimant and WAPDA, and not between the Claimant and Pakistan ; that under the law of Pakistan, which governs both the Contracts and the status and capacity of WAPDA for the purposes of the Contracts, WAPDA is a legal entity distinct from the State of Pakistan ; and given that Art. 9 of the BIT does not cover breaches of contracts concluded by such an entity, it must follow that this Tribunal has no jurisdiction under the BIT to entertain Impregilo's claims based on alleged breaches of the Contracts ».

⁹⁵⁹ J.-M. Loncle et J.-B. Morel, "Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2008, pp. 29-50, p. 32.

cette émanation à lui-même. Les tribunaux arbitraux ont donc dû se prêter à une appréciation précise de chacune des espèces et analyser les relations internes qu'entretient l'Etat avec ses émanations. Cependant, une fois la qualification d'émanation de l'Etat acquise, l'imputabilité à l'Etat est quasiment automatique :

« A partir du moment où le dommage est imputé à une entité qui est elle-même une émanation de l'Etat, il s'établit souvent un automatisme entre la constatation de l'action fautive de l'émanation et la responsabilité de l'Etat. L'imputabilité à l'émanation de l'Etat provoque, en quelque sorte, l'imputabilité à l'Etat lui-même »⁹⁶⁰.

L'Etat ne pourra donc utiliser sa structure interne ou son ordre constitutionnel comme défense, conformément aux principes bien établis du droit international général. Comme le note le tribunal arbitral dans l'affaire *Vivendi* :

*« Under international law, and for purposes of jurisdiction of this tribunal, it is well established that actions of a political subdivision of federal State, such as the Province of Tucuman in the federal State of the Argentine Republic, are attributable to the central government. It is equally clear that the internal constitutional structure of a country cannot alter these obligations. Finally, the Special Rapporteur of the International Law Commission, in discussing the proposed Commentary that confirms the attribution of conduct of political subdivisions to the federal State, has referred to the « established principle » that a federal State « cannot rely on the federal or decentralized character of its constitution to limit the scope of its international responsibilities »*⁹⁶¹.

La question de l'imputabilité est plus délicate pour les sociétés qui, même si elles ont été reconnues comme émanations de l'Etat, n'entraîneront pas nécessairement la responsabilité de l'Etat pour leur comportement. Les tribunaux arbitraux exigent alors, en plus des éléments précédents, la preuve d'un lien entre le comportement de la société et l'Etat. L'imputabilité ne sera pas automatique, mais sera vérifiée au cas par cas⁹⁶². Si l'entreprise a agi conformément à ses compétences et missions, son comportement sera imputable à l'Etat ; cependant, si elle a agi *ultra vires*, alors la responsabilité de l'Etat ne pourra être reconnue⁹⁶³.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 43. V. également P.-M. Dupuy, "Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ? Etude de droit international des investissements", *EUI Working Papers*, N° 2006/07, 2006, 15 p. : « sauf exception, la révélation de l'entité comme une émanation de l'Etat entraîne ainsi, *ipso facto*, que ses actions soient imputables à l'Etat ».

⁹⁶¹ CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi International contre Argentine* (ARB/97/3). V. également CIRDI, *Compañía de Aguas des Aconquija, S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), Comité *ad hoc*, décision en annulation, 3 juillet 2002, ci-après *Vivendi II* : « En droit international, les actions des organes du Gouvernement central et des autorités provinciales sont imputables à l'Etat – en l'espèce la République argentine – ce qui a pour conséquence que l'Argentine ne peut invoquer sa structure fédérale pour limiter ses obligations au regard du traité ».

⁹⁶² CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence, 25 janvier 2000. Le tribunal explicite sa démarche : « *the tribunal has to answer the following two questions : first, whether or not SOGIDA is a State entity for the purpose of determining the jurisdiction of the Center and the competence of the Tribunal, and second, whether the actions and omissions complained of by the Claimant are imputable to the State* ».

⁹⁶³ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), 12 octobre 2005. Le tribunal a vérifié que l'entreprise avait bien agi dans le cadre de ses compétences : « *There is no indication from the parties, and there is no reason to believe, that any act by these institutions was outside the scope of their mandate. Consequently, the Tribunal concludes that SOF and APAPS were entitled by law to represent the Respondent and did so in all their actions as well as*

La détermination précise de la partie étatique n'est pas toujours aisée et l'Etat pourra utiliser le comportement d'une de ses émanations pour tenter d'échapper à la compétence du Centre. Il demeure que ce moyen est très rarement accepté et que l'imputabilité du comportement est reconnue, sans que la procédure spéciale de l'article 25 (3) n'ait vocation à jouer en dehors de cas marginaux. L'Etat est donc bien le défendeur principal de l'arbitrage organisé dans le cadre du CIRDI et trouvera face à lui une personne privée, dont la qualité et le *locus standi* peuvent poser problème.

B. L'admission de l'investisseur dans un arbitrage international contre l'Etat

L'autre partie à l'arbitrage CIRDI est l'investisseur. On aurait pu penser que l'admission d'une personne privée sur la scène internationale, dans un arbitrage l'opposant à un Etat, ne se serait faite qu'au prix d'une définition restrictive de sa qualité, tant dans les traités bilatéraux d'investissement que dans la Convention de Washington. Pourtant, ces instruments donnent une définition large de cet investisseur polymorphe (1°), qui profite, de plus, de tempéraments ayant vocation à organiser un accès facilité au CIRDI (2°).

1°) Un investisseur polymorphe

La Convention de Washington a pour objet de définir les conditions d'arbitrage, en matière d'investissement, entre un Etat et le « ressortissant d'un autre Etat contractant », qui sera nécessairement un investisseur⁹⁶⁴. L'article 25, paragraphe 2, vient préciser cette proposition en distinguant entre les personnes physiques et les personnes morales, qui doivent dans tous les cas avoir la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat d'accueil de l'investissement. Deux conditions sont ainsi fixées, l'une positive – avoir la nationalité d'un Etat contractant – et l'autre négative – ne pas avoir la nationalité de l'Etat hôte, même si cette dernière condition

omissions. The acts allegedly in violation of the BIT are therefore attributable to the Respondent for the purpose of assessment under the BIT » (paragraphe 80). V. également CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 210 et s.

⁹⁶⁴ Cela ressort de l'intitulé même de la Convention de Washington, qualifiée de Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, et de l'art. 25(1).

est soumise à des tempéraments. Cette condition négative se justifie aisément du fait que la Convention de Washington n'a pas pour objet de faire échapper des litiges internes à un règlement national. Au contraire, l'objectif de la Convention de Washington est de permettre un règlement international des différends, susceptible de promouvoir l'implantation de nouveaux investissements dans les pays en développement en évitant de soumettre de possibles litiges aux juridictions de ces Etats.

La Convention de Washington définit les individus comme :

« (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend »⁹⁶⁵.

Sans inclure de définition de l'investisseur, personne physique, cette disposition précise deux éléments. Il s'agit, d'une part, des moments où l'investisseur doit jouir de la nationalité. Ces conditions de nationalité seront ainsi vérifiées, tant au moment du consentement qu'au moment de l'introduction de la requête ; au contraire, la nationalité de l'investisseur, personne morale, sera seulement analysée au moment du consentement à l'arbitrage CIRDI. D'autre part, les rédacteurs de la Convention de Washington ont jugé bon d'inclure expressément une précision concernant les personnes jouissant de la double nationalité, dont la nationalité de l'Etat d'accueil : le recours au CIRDI leur est explicitement dénié. On voit alors apparaître l'importance essentielle de la condition négative.

Quant aux personnes morales, il est simplement mentionné qu'il s'agit de :

« (b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti de soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage »⁹⁶⁶.

L'alinéa (b) suit donc le même modèle que pour les personnes physiques. Il est, toutefois, intéressant de noter que le terme de personne morale a été préféré à celui de société, laissant ainsi le libre choix aux Etats de la détermination de la qualité de ces « personnes morales »⁹⁶⁷. La condition de nationalité est, toutefois, moins stricte, celle-ci n'étant vérifiée qu'au moment du consentement. Cela se justifie aisément par le fait que la nationalité des personnes morales risque de changer plus rapidement.

⁹⁶⁵ V. l'art. 25, alinéa (2), (a), de la Convention de Washington.

⁹⁶⁶ *Id.*

⁹⁶⁷ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742, p. 730.

Ce qui interpelle surtout, c'est qu'au titre de cette définition du « ressortissant d'un autre Etat contractant », rien n'est dit sur les critères de détermination de la nationalité. On s'en remet donc totalement aux droits internes ou autres instruments, comme les traités bilatéraux d'investissement.

De la même façon que pour les personnes physiques, l'Etat hôte et la société en cause peuvent signer un accord fixant la nationalité de la personne morale. Un tel accord créera une forte présomption, mais ne liera pas réellement le tribunal arbitral qui sera toujours libre de vérifier la nationalité.

Les traités bilatéraux d'investissement ne sont guère plus précis sur la qualité d'investisseur⁹⁶⁸. Pourtant, seuls les investisseurs bénéficient des droits attribués par le traité et c'est bien cette qualité qui déterminera si un investisseur, personne physique ou morale, est ressortissant de l'une des parties contractantes et est, par conséquent, titulaire du droit de protection qu'offrent ces instruments aux seuls investisseurs. En matière conventionnelle, la distinction sur laquelle se fonde la solution de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* n'a aucune pertinence. Le seul titulaire du droit de protection est la personne physique ou morale qui possède la qualité d'investisseur au sens de la convention.

Les individus ne font pas l'objet de réelles définitions dans les traités bilatéraux d'investissement⁹⁶⁹. Il peut être fait référence aux « personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes »⁹⁷⁰, souvent avec une référence au droit interne, comme, par exemple, aux « personnes physiques qui, d'après la législation de cette Partie contractante, sont considérés comme ses nationaux »⁹⁷¹.

Les personnes morales font parfois l'objet de plus de précisions. Certains accords restent à la définition traditionnelle se fondant de façon générale sur le droit de l'Etat en cause⁹⁷² ; mais d'autres incluent de véritables définitions ou au moins une liste exemplative des entités⁹⁷³. Le modèle américain de 2012 – qui reprend exactement celui de 2004 – est probablement l'un des plus élaborés sur la question :

« « entreprise » désigne toute entité constituée ou organisée en vertu des lois applicables, qu'elle soit à but lucrative ou non, et qu'elle soit de propriété privée ou

⁹⁶⁸ Pour un aperçu historique des dispositions contenues dans les premiers traités bilatéraux d'investissement, v. K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 164-168.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 157-174.

⁹⁷⁰ V. l'art. 1^{er} du modèle français de 2006 et, par ex., les accords conclus par cet Etat avec la Turquie (Ankara, 15 juin 2006) et le Sénégal (Dakar, 26 juillet 2007). V. également l'art. 1^{er} du modèle néerlandais de 1997 et, par exemple, l'Accord conclu par cet Etat avec le Mali, Bamako, 13 juillet 2003.

⁹⁷¹ V. l'art. 1^{er} des modèles turc (2000), chinois (2003), allemand (2005) et anglais de 2006. V. également, par ex., l'art. 1^{er} du TBI Pérou – Colombie 1994 ; l'art. 1^{er} du TBI Autriche – Lybie, 2002 ; l'art. 1^{er} du TBI Suisse – Chine, 2009 ; l'art. 1^{er} de l'Accord entre l'Union belgo-luxembourgeoise, Bruxelles, 4 février 2009.

⁹⁷² V. l'art. 1^{er} du modèle néerlandais de 1997 : « *legal persons constituted under the law of that Contracting Party* ».

⁹⁷³ V., par ex., les premiers articles de modèles turc (2000), chinois (2003), allemand (2005), anglais (2006) et français (2006).

gouvernementale, y compris toute société, trust, partenariat, entreprise individuelle, coentreprise ou toute autre association ; et une succursale d'une entreprise »⁹⁷⁴.

Le modèle canadien suit la même tendance et dispose :

« « entreprise » s'entend :

(i) de toute entité constituée ou organisée sous le régime de la législation applicable, dans un but lucratif ou non, et détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou par l'Etat, y compris les sociétés de capitaux, les sociétés de fiducie, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les coentreprises et autres groupements de même nature ; et

(ii) des succursales de cette entité »⁹⁷⁵.

De nombreuses entités peuvent jouir de la qualité d'investisseur, qu'elles aient un but lucratif ou qu'il s'agisse d'une association, ou encore qu'elles soient constituées de fonds publics⁹⁷⁶, la liste d'exemples proposée n'étant, en général, pas exhaustive. Cette définition très large permet, de plus, de couvrir les nouvelles formes d'organisation, tout en montrant la volonté de l'Etat d'assurer la plus grande protection à tous les investisseurs.

Ces précisions sont nées de problèmes qu'ont rencontrés les arbitres CIRDI face à certaines sociétés. En effet, des difficultés sont nées du fait de la nature de l'entreprise en cause, lorsque celle-ci était composée majoritairement de capitaux publics. Ainsi, la compétence du Centre ne s'étendant qu'aux différends entre un Etat et le « ressortissant d'un autre Etat contractant », mais pas au contentieux entre deux Etats, la question s'est posée dans l'hypothèse où la société serait en réalité contrôlée de façon prédominante par l'Etat. La référence exclusive, dans le préambule de la Convention de Washington, aux investissements privés et l'absence de précision dans la Convention sur les entreprises avec une participation publique ne signifiaient pas pour autant que les entreprises, où l'Etat a une participation, majoritaire ou non, soient exclues du système CIRDI. Il suffit, pour que le Centre se reconnaisse compétent, qu'elles exercent une activité commerciale *lato sensu*. Dans l'affaire *CSOB contre Slovaquie*⁹⁷⁷, l'Etat a fait valoir qu'en tant qu'agence étatique de la République tchèque dans laquelle l'Etat détenait 65 pour cent du capital, la CSOB ne pouvait avoir recours au CIRDI. Le tribunal rejeta l'argument, considérant que sa compétence ne se limitait pas aux entreprises privées. Il suffisait d'analyser la nature des activités conduites par la société, qui étaient, en l'espèce, commerciales. Le tribunal se contenta donc d'analyser le critère fonctionnel, vérifiant si l'entité est :

⁹⁷⁴ V. l'art. 1^{er} de la Section A – *Définitions* – des modèles américains de 2004 et de 2012.

⁹⁷⁵ V. l'art. 1 – *Définitions* - du modèle canadien d'accord de promotion et de protection de l'investissement étranger.

⁹⁷⁶ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 157-174.

⁹⁷⁷ CIRDI, *CSOB contre Slovaquie* (ARB/97/4), décision sur la compétence, 24 mai 1999.

« *acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function* »⁹⁷⁸.

Ce n'est que si ces deux conditions sont réunies que l'on passera d'un contentieux entre un Etat et un ressortissant d'un autre Etat à un contentieux interétatique.

Au regard de cette jurisprudence, certains traités bilatéraux ont voulu aller encore plus loin en incluant le gouvernement au titre des possibles investisseurs. Par exemple, le traité conclu par le Koweït avec la Croatie inclut dans sa définition de l'investisseur :

« *the Government of that Contracting State and any juridical person or other entity* »⁹⁷⁹.

D'autres indications sont parfois données dans les traités bilatéraux d'investissement sur la forme prise par la personne morale. En effet, en l'absence d'indication dans la Convention de Washington sur la forme juridique de la personne morale – le choix même de l'expression étant révélateur de la volonté de laisser une grande liberté aux Etats – il faut s'en remettre au droit interne de l'Etat en cause, comme dans l'affaire *Mihaly*⁹⁸⁰ où le tribunal s'est fondé sur le droit de l'Etat de Californie et sur celui de la Province de l'Ontario ou encore dans l'affaire *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA*⁹⁸¹ où le tribunal s'est référé au droit italien.

Les Etats ont donc parfois préféré apporter quelques indications sur la forme des personnes morales dans les traités bilatéraux d'investissement. Sans aller jusqu'à la précision des modèles américain et canadien, certains accords précisent que toute entité juridique pourra être considérée comme un investisseur, quelle que soit sa forme. Les modèles anglais et turc font référence aux « *corporations, firms and associations* »⁹⁸². Le modèle allemand, quant à lui, laisse ainsi ouverte la question de la forme juridique que doit prendre l'investisseur, personne morale :

« *any juridical person and any commercial or other company or association with or without legal personality* »⁹⁸³.

La question de la forme juridique s'est posée dans l'affaire *Impregilo contre Pakistan*, le tribunal ayant décliné sa compétence du fait qu'Impregilo n'était qu'une des entreprises d'une

⁹⁷⁸ *Ibid.*, point 17. V. également A. Broches, "The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States", *RCADI*, t. 136, 1972-II, 1973, pp. 331-410, p. 354.

⁹⁷⁹ V. l'art. 1, alinéa 2, du TBI Croatie – Koweït, 1997. V. également le TBI République Tchèque – Koweït, 1996 ; le TBI Belgique - Arabie Saoudite, 2001.

⁹⁸⁰ CIRDI, *Mihaly International Corp. contre République socialiste et démocratique du Sri Lanka* (ARB/00/2), sentence du 15 mars 2002.

⁹⁸¹ CIRDI, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA contre République algérienne démocratique et populaire* (ARB/03/08), décision sur la compétence, 10 janvier 2005.

⁹⁸² V. l'art. 1 (d) du modèle anglais d'accord pour la promotion et la protection des investissements, 2005. V. également l'art. 1, alinéa 1 (b) du modèle turc de 2000.

⁹⁸³ V. l'art. 1, alinéa 3, du modèle allemand de traité concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 2005.

joint venture et ne pouvait pas déposer une plainte au titre des autres entreprises. Le tribunal insista surtout sur le fait que la personnalité juridique était une condition posée par l'article 25 (2) (b) :

« *legal personality is a requirement for the application of Art. 25(2)(b) and that a mere association of individuals or of juridical persons would not qualify* »⁹⁸⁴.

La question se pose alors pour le modèle allemand, qui n'exige pas de personnalité juridique pour l'application du traité. Une entité ne jouissant pas de la personnalité juridique pourrait donc profiter des droits accordés par le traité, mais serait exclue du recours au CIRDI.

Les traités bilatéraux d'investissement ont fait des efforts de précision pour répondre aux questions soulevées lors des différentes affaires présentées devant le CIRDI. Toutefois, une définition objective de la notion d'investisseur ne permet pas toujours aux Etats de prévoir quelles seront les personnes pouvant jouir des droits accordés par le traité et quelles seront celles qui en seront exclues. Ainsi, tant la Convention de Washington que les traités bilatéraux d'investissement prévoient-ils des aménagements permettant d'organiser une marge de manœuvre pour étendre ou réduire la protection.

2°) La recherche de l'investisseur effectif

Sans entrer dans les détails de la détermination de la nationalité pour l'instant, il convient de préciser que des aménagements vont être mis en place, afin de permettre une appréciation plus effective de ses conditions.

D'une part, la Convention de Washington prévoit un aménagement de la condition de nationalité de certaines personnes morales de droit local⁹⁸⁵. Un tel aménagement se justifie aisément, beaucoup d'Etats importateurs de capitaux exigeant que les investissements étrangers soient faits au travers de sociétés pour lesquelles le CIRDI ne serait pas normalement compétent. Or, une telle solution irait à l'encontre de la volonté de protection des investissements et a justifié la mise en place d'un tempérament à l'article 25(2)(b)⁹⁸⁶,

⁹⁸⁴ CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence, 22 avri 2005.

⁹⁸⁵ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118.

⁹⁸⁶ V., pour comparaison, l'art. 11 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, 2006 (A/61/10) : « Un Etat de nationalité des actionnaires d'une société ne

autorisant des sociétés de droit local, contrôlées par des capitaux étrangers, à recourir au CIRDI. En effet, est considérée comme ressortissant d'un autre Etat contractant :

« toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers »⁹⁸⁷.

Deux conditions doivent donc être réunies : il doit, d'une part, exister un accord entre les parties prévoyant que la personne morale sera considérée comme ressortissant d'un autre Etat et, d'autre part, celle-ci doit être contrôlée par des capitaux étrangers, ce qui ajoute une condition objective à ce tempérament.

Aucune condition de forme n'est exigée pour l'instrument contenant l'accord des parties à considérer la société comme étrangère⁹⁸⁸. Cet accord peut être inclus dans l'instrument contenant le consentement des parties à l'arbitrage ou dans tout autre document. Il ressort d'ailleurs de la jurisprudence du Centre que les tribunaux n'attachent aucune importance au formalisme et font preuve de flexibilité. Dans l'affaire *Amco contre Indonésie*⁹⁸⁹, l'investissement avait été fait au travers de la société de droit local PT Amco. L'Indonésie fit valoir qu'elle n'avait pas accepté expressément de considérer cette dernière comme une personne morale étrangère. Le tribunal considéra qu'en l'absence de conditions de forme, l'accord pouvait être implicite, ce qui était le cas en l'espèce. Il pouvait être déduit de l'instrument contenant le consentement que le gouvernement indonésien avait accepté, en qualifiant PT Amco de « *foreign business* » et en prévoyant des dispositions qui s'appliquent en général aux ressortissants d'autres Etats, de la traiter comme une société étrangère, du fait du contrôle exercé sur elle. Un accord implicite des parties semble donc suffire.

Dans l'affaire *Klöckner contre Cameroun*⁹⁹⁰, le Tribunal est allé encore plus loin. Une *joint venture*, la société SOCAME, avait été créée avec la participation d'un investisseur étranger. Cette société de droit local avait conclu un accord avec le Cameroun, contenant une clause CIRDI. Klöckner ayant entamé une procédure devant le CIRDI, le Cameroun avança que la clause de règlement des différends contenue dans l'accord avec la SOCAME n'était pas valide, cette dernière n'étant pas le ressortissant d'un autre Etat contractant. Le Tribunal rejeta

peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que (...) si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'Etat qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet Etat était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même Etat ».

⁹⁸⁷ V. l'art. 25(2)(b) de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats.

⁹⁸⁸ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516, pp. 463-466.

⁹⁸⁹ CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence, 25 septembre 1983.

⁹⁹⁰ CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983.

cet argument et considéra, au contraire, que la simple existence d'une clause CIRDI suffisait à déduire un accord pour considérer la société comme étrangère aux fins d'application de la Convention de Washington. Se fondant sur la volonté des parties et sur l'effet utile de la clause, la compétence du CIRDI à l'égard de cette société devait être reconnue. Une clause CIRDI contenue dans le contrat suffit donc à considérer la société comme étrangère. Cela a été confirmé dans l'affaire *LETCO*, dans laquelle le tribunal constata que « l'Etat contractant peut être considéré comme ayant donné un tel accord du simple fait qu'il ait consenti à la clause d'arbitrage CIRDI »⁹⁹¹ ; ou encore dans l'affaire *Aucoven*, dans laquelle le tribunal nota que :

« *The Convention does not require any specific form for the agreement to treat a juridical person incorporated in the host State as a national of another Contracting State because of foreign control* »⁹⁹².

La pratique du Centre révèle donc une absence totale de formalisme et une grande flexibilité. Cela se justifie aisément par le fait qu'il existe rarement un accord spécifique des parties prévoyant de considérer la société de droit local comme ressortissant d'un autre Etat contractant⁹⁹³. Le CIRDI a, néanmoins, prévu au titre de ses clauses modèles une telle disposition, visant à faciliter l'appréhension de ces accords. La clause 7 dispose :

« Les parties conviennent par la présente que, bien qu'étant ressortissant de l'Etat d'accueil, l'investisseur est contrôlé par des ressortissants de [nom(s) de l'autre (des autres) Etat(s) contractant(s)] et doit, aux fins de la Convention, être considéré comme un ressortissant de celui-ci [ceux-ci] »⁹⁹⁴.

Un accord étant exigé entre l'Etat et l'investisseur au titre de l'article 25 (2) (b), il n'est pas possible qu'il soit déduit de la législation ou d'un traité bilatéral d'investissement, en tout cas pas de façon implicite. Des lois et des accords comprennent ainsi des offres d'arbitrage de l'Etat, proposant de traiter une société de droit local sous contrôle étranger comme ressortissant d'un autre Etat. Cette offre, dès lors qu'elle sera acceptée par l'investisseur, constituera un accord contraignant, permettant à la société de droit local d'avoir recours au CIRDI⁹⁹⁵, comme l'a révélé notamment l'affaire *Aguas del Tunari*⁹⁹⁶.

⁹⁹¹ CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corp. contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986.

⁹⁹² CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela contre Venezuela* (ARB/00/5), décision du 21 septembre 2001.

⁹⁹³ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742, p. 732.

⁹⁹⁴ V. les clauses modèles proposées par le CIRDI.

⁹⁹⁵ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 52-54.

⁹⁹⁶ CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005. V. également A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 106-110 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., Art. 25, paragraphes 768-794.

Plusieurs traités bilatéraux d'investissement contiennent de telles clauses⁹⁹⁷, comme, pour n'en citer qu'un exemple, le modèle anglais :

« A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25(2)(b) of the Convention be treated for the purposes of the Convention as a company of the other Contracting Party »⁹⁹⁸.

On voit apparaître l'impact de la Convention de Washington sur les traités d'investissement, l'objectif étant de protéger et ainsi de promouvoir les investissements. Récemment, un tribunal s'est interrogé sur l'impact de ces clauses spéciales contenues dans les traités bilatéraux d'investissement au regard de leur définition de la nationalité et a considéré :

« It is common ground between the disputing Parties that Article 9, second paragraph, of the Treaty defines « foreign control » for the purposes of Article 25 (2) (b) of the ICSID Convention. (...) In the Tribunal's view, the Claimant is correct to characterize Article 9, second paragraph, of the Treaty as a special rule that, consistent with Article 25 (2) (b) in fine of the ICSID Convention is intended to extend ICSID jurisdiction to instances where a national of the State party to the dispute would otherwise have no standing to bring a claim against its own State.

The Tribunal does not agree with the Respondents that the Article 9, second paragraph, test of control must be read back into and dictate the meaning of the general definitions of Article 1 (...) Given Article 9's purpose, it is reasonable for the Contracting Parties to require that foreign control be established in a particular way, in this case choosing to do so by requiring that a majority of the shares of the local company belong to nationals or a juridical person of a Contracting Party other than the respondent party. But it does not follow inexorably that the requirements of Article 9 must dictate the interpretation of Article 1 »⁹⁹⁹.

Une telle disposition du traité bilatéral d'investissement sera donc considérée indépendamment de la définition de l'investisseur, qui vaudra dans tous les autres cas que celui prévu à l'article 25 (2) (b).

Néanmoins, un tel accord des parties, quelle qu'en soit la forme, ne suffit pas. La seconde condition est que la personne morale doit être sous contrôle étranger. Là encore, aucune précision n'est ajoutée, mais il est indéniable que ce contrôle doit être exercé par des

⁹⁹⁷ V. not., R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., pp. 142-144 ; A. R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 287-364, p. 324 ; P. Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 22, n° 1, 1991, pp. 91-161, p. 144.

⁹⁹⁸ V. l'art. 8 du modèle anglais de traité bilatéral de promotion et de protection des investissements, reproduit de 2005. V. également l'art. 9 du modèle néerlandais de 1997. V. également, par ex., l'art. 1^{er}, paragraphe 2, c) du TBI Chine – Suisse, 2009.

⁹⁹⁹ CIRDI, *Perenco Ecuador Ltd contre Equateur et Petroecuador* (ARB/08/6), décision sur la compétence du 30 juin 2011, paragraphes 69-73.

ressortissants d'un Etat contractant, sans quoi le CIRDI ne pourrait être compétent. Un tel contrôle ne peut être déduit de l'accord des parties et devra être vérifié par le tribunal arbitral, ce qui donne un caractère objectif à cette condition¹⁰⁰⁰. Dans l'affaire *Vacuum Salt Products Ltd. contre Ghana*¹⁰⁰¹, le tribunal nota que :

« *the parties' agreement to treat Claimant as a foreign national « because of foreign control » does not ipso jure confer jurisdiction. The reference in Article 25(2)(b) to « foreign control » necessarily sets an objective Convention limit beyond which ICSID jurisdiction cannot exist and parties therefore lack power to invoke same no matter how devoutly they may have desired to do so* »¹⁰⁰².

Il déclina sa compétence, considérant que la société n'était pas sous contrôle étranger n'étant détenue qu'à 20% par des capitaux de ressortissants d'autres Etats et les investisseurs ne jouant qu'un rôle limité dans la gestion de celle-ci¹⁰⁰³. En effet, le contrôle ne sera pas apprécié qu'en fonction des parts sociales, mais aussi de façon indirecte, au regard des droits de vote ou des pouvoirs de gestion¹⁰⁰⁴.

Un autre problème révèle la complexité de la définition du contrôle en l'absence de toute indication. Faut-il prendre en compte seulement le contrôle direct ou également le contrôle indirect, à savoir quand la société de droit local est contrôlée par une société étrangère, elle-même contrôlée par des ressortissants d'un autre Etat ? La jurisprudence est loin d'être acquise sur ce point. Il ressort, néanmoins, que par une interprétation téléologique de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington, les tribunaux auront tendance à étendre la protection qu'il propose, les solutions étant, en général, favorables aux investisseurs¹⁰⁰⁵.

Dans l'affaire *Amco*¹⁰⁰⁶, l'Indonésie a fait valoir que si l'on devait considérer que PT Amco était contrôlée par des intérêts étrangers, elle ne l'était pas par des ressortissants d'un Etat partie à la Convention de Washington, étant donné que même si PT Amco était contrôlée par une entreprise américaine, celle-ci était elle-même contrôlée en réalité par une entreprise de

¹⁰⁰⁰ Les tribunaux ont systématiquement prêté une grande attention à cette condition. V. not., CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence, 25 septembre 1983 ; CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), décision sur la compétence, 1^{er} août 1984 ; CIRDI, *LETCO contre Liberia* (ARB/83/2), décision sur la compétence, 24 octobre 1984.

¹⁰⁰¹ CIRDI, *Vacuum Salt Products Ltd. contre Ghana* (ARB/92/1), sentence du 16 février 1984.

¹⁰⁰² *Ibid.*, pp.342-343.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, pp.342-351.

¹⁰⁰⁴ V. C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., Art. 25, paragraphe 864: « *On the basis of the Convention's preparatory work as well as the published cases, it can be said that the existence of foreign control is a complex question requiring the examination of several factors such as equity participation, voting rights and management. In order to obtain a reliable picture, all these aspects must be looked at in conjunction. There is no simple mathematical formula based on shareholding or votes alone* ».

¹⁰⁰⁵ C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516, p. 466 : « La jurisprudence paraît en réalité volontairement floue. Les tribunaux agissent au cas par cas afin de conserver la marge de manœuvre qui leur permet d'apprécier, selon les circonstances de chaque espèce, s'il est légitime d'ouvrir l'accès au Centre ».

¹⁰⁰⁶ CIRDI, *Amco Asia contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence, 25 septembre 1983.

Hong Kong appartenant à un citoyen danois. Le tribunal a, toutefois, refusé d'analyser le contrôle indirect en perçant le voile social et s'est arrêté au contrôle immédiat. Il a noté que :

« even if the Tribunal had decided to probe beyond the first level of control, it would have been able to assert jurisdiction because all the relevant nationalities were those of Contracting States ».

Le tribunal statuant dans l'affaire *SOABI* n'adopta pas la même approche. Dans cette affaire, c'était l'investisseur lui-même qui souhaitait que le tribunal considère le contrôle indirect, étant donné que l'entreprise était contrôlée par une société d'un Etat non contractant – le Panama – mais qui était possédée par des ressortissants belges. Le tribunal accepta, dans ce cas, de considérer le contrôle indirect, notant que l'article 25(2)(b) ne se limitait pas au contrôle direct et que cela était conforme à l'objectif de cette disposition.

Plus récemment, un tribunal a tenté de définir le contrôle de façon plus objective, comme :

*« one entity may be said to control another entity (either directly (...) or indirectly) if that entity possesses the legal capacity to control the other entity. Subject to evidence of particular restrictions on the exercise of voting rights, such legal capacity is to be ascertained with reference to the percentage of shares held »*¹⁰⁰⁷.

Cependant, cette définition ne fait pas l'unanimité, certains tribunaux préférant retenir comme critères, ceux, par exemple, de la minorité de blocage¹⁰⁰⁸ ou du contrôle *de facto*¹⁰⁰⁹.

Elle est, en outre, encore compliquée si le contrôle est exercé par plusieurs investisseurs, dont les actions se fondent chacune sur un traité bilatéral d'investissement différent¹⁰¹⁰. En effet, comme l'ont noté les tribunaux dans les affaires *Camuzzi* et *Sempra* :

« The problem arises in the case of foreign investors of different nationalities acting, as in this case, under different treaties. The Argentine Republic is right when it argues that the consent is expressed in each treaty individually, with a different personal and normative import, in such a way that the combining of various participations could result in situations that that consent did not have in mind and might not have intended to include. In such an alternative the control could not be exercised jointly for the

¹⁰⁰⁷ CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, paragraphe 264. V. également D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 155-160.

¹⁰⁰⁸ CIRDI, *Camuzzi International SA contre Argentine* (ARB/03/2), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 36.

¹⁰⁰⁹ CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* sur la rectification de la décision du 28 mai 2003, paragraphe 21. V. également la sentence CNUDCI, *International Thunderbird contre Mexique* du 26 janvier 2006.

¹⁰¹⁰ A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118.

purposes of the Convention and the Treaty and would have to be measured on the basis of the individual intents »¹⁰¹¹.

Cependant, l'action ne sera pas forcément exclue, si un accord unit les investisseurs :

*« if the context of the initial investment of other subsequent results in certain foreign investors operating jointly, it is then presumable that their participation has been viewed as a whole, even though they are of different nationalities and are protected by different treaties. In such a case, it would be perfectly feasible for these participations to be combined for purposes of control or to make the whole the beneficiary »*¹⁰¹².

Ces solutions sont, toutefois, difficiles à mettre en œuvre et ne pas assurer la plus grande sécurité juridique. Pourtant, les traités bilatéraux d'investissement offrent d'autres options, plus simples, comme, par exemple, le droit de recours des actionnaires, même minoritaires, ce qui pousse à s'interroger sur l'intérêt – et *a fortiori* sur l'avenir – de la procédure prévue à l'article 25 (2) (b)¹⁰¹³.

Au-delà de la vérification du contrôle étranger, la jurisprudence s'est également intéressée au cas de transferts du contrôle¹⁰¹⁴. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Banro contre République démocratique du Congo*¹⁰¹⁵, la société-mère, de nationalité canadienne, avait signé un contrat de concession avec le Congo, qui contenait la clause CIRDI. Cette option ne pouvait, cependant, pas être exercée, le Canada n'étant pas un Etat partie à la Convention de Washington. De ce fait, cette société décida de transférer ses droits à une entreprise américaine – Banro American Resource – un traité bilatéral d'investissement existant, de plus, entre les Etats-Unis d'Amérique et le Congo. Néanmoins, le tribunal ne fut pas satisfait d'un tel transfert et déclina quand même sa compétence. Il fit valoir que le consentement à la compétence du CIRDI par la société canadienne n'était pas valable et ne pouvait donc être transféré. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* : la société canadienne ne pouvait transférer un droit dont elle n'était pas titulaire. Il refusa alors d'avoir une interprétation trop extensive – et favorable à l'investisseur – de la Convention de Washington :

« In view of the approach adopted by the jurisprudence of ICSID tribunals concerning relationships between companies of the same group, [it] could have addressed the

¹⁰¹¹ CIRDI, *Camuzzi International SA contre Argentine* (ARB/03/2), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphes 39-41 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphes 52-54.

¹⁰¹² CIRDI, *Camuzzi International SA contre Argentine* (ARB/03/2), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 41 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 54.

¹⁰¹³ V. *infra*, p. 459 et s.

¹⁰¹⁴ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742 ; C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516, pp. 466-468.

¹⁰¹⁵ CIRDI, *Banro contre République Démocratique du Congo* (ARB/98/7), sentence du 1^{er} septembre 2000.

issue of jus standi of Banro American in a flexible manner if the issue raised by the present case were limited to the jus standi of a subsidiary in the presence of an arbitration clause which concerns the parent company only. But this is not the case »¹⁰¹⁶.

Le tribunal, dans l'affaire *Auoven contre Venezuela*, adopta une autre approche¹⁰¹⁷. Le Venezuela considérait que le tribunal devait décliner sa compétence du fait qu'Auoven était contrôlé par une entreprise, ICA Holding, incorporée au Mexique, Etat non partie à la Convention de Washington. Toutefois, 75 pour cent des actions d'Auoven avaient été transférées à une société américaine. Le Venezuela soutenait quand même que le contrôle réel appartenait à des ressortissants mexicains. Le tribunal rejeta un tel raisonnement et considéra que le contrôle appartenait bien à des ressortissants américains, optant pour une définition large du contrôle, conforme à la volonté des parties :

« an Arbitral Tribunal may not adopt a more restrictive definition of foreign control, unless the parties have exercised their discretion in a way inconsistent with the purpose of the Convention. (...) [Otherwise, the Tribunal] must respect the parties' autonomy and may not discard the criterion of direct shareholding, unless it proves unreasonable. Direct shareholding confers voting right, and, therefore, the possibility to participate in the decision-making of the company. Hence, even if it does not constitute the sole criterion to define « foreign control », direct shareholding is certainly a reasonable test for control »¹⁰¹⁸.

Le tribunal s'est donc fondé sur la volonté des parties, se contentant de vérifier si celle-ci demeurerait raisonnable :

« However, as long as the definition of foreign control chosen by the parties is reasonable and for the purpose of the Convention have not been abused (for example in cases of fraud or misrepresentation), the Arbitral Tribunal must enforce the parties' choice »¹⁰¹⁹.

Même si des tempéraments sont organisés par la Convention de Washington, l'objectif n'est pas réellement d'accorder aux tribunaux du Centre une compétence *ratione personae* trop extensive – qui irait probablement à l'encontre de l'équilibre de la Convention – mais bien de rechercher l'investisseur réel. Ainsi, la recherche de la nationalité effective peut également justifier l'exclusion de l'application des traités bilatéraux d'investissement et donc du recours

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 10. V. également les paragraphes 11 et 12 : « in general, ICSID tribunals do not accept the view that their competence is limited by formalities, and rather they rule on their competence based on a review of the circumstances surrounding the case, and, in particular, the actual relationships among the companies involved. (...) It is for this reason that [they] are more willing to work their way from the subsidiary to the parent company rather than the other way around. Consent expressed by a subsidiary is considered to have been given by the parent company, the actual investor, whose subsidiary is merely an « instrumentality ». The extension of consent to subsidiaries that are not designated or not yet created, even following a transfer of shares, is less readily accepted ».

¹⁰¹⁷ CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela (Auoven) contre République du Venezuela*, décision sur la compétence, 27 septembre 2001.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, paragraphes 120-121.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, paragraphe 116.

au CIRDI. C'est du moins ce qui est prévu dans les clauses de déni des bénéficiaires¹⁰²⁰. Cette clause se justifie par le fait que les traités contiennent souvent une définition objective de l'investisseur-personne morale, étendant parfois la protection à des entités que les Etats ne souhaitent pas toujours voir bénéficier des avantages conventionnels. Elle permet ainsi à l'Etat de dénier la protection conventionnelle à certains investisseurs. Elle prévoit, en général, que l'Etat pourra exclure des avantages du traité les investisseurs incorporés sur son territoire, mais sous le contrôle de ressortissants d'un Etat tiers, ou les personnes morales n'ayant aucune réelle activité dans l'Etat dans lequel elles sont incorporées.

Certains traités conclus par l'Autriche contiennent une telle clause, qui dispose :

« Une Partie contractante peut refuser d'accorder les avantages prévus au présent Accord à un investisseur de l'autre Partie contractante et à ses investissements, si les investisseurs d'une Partie non contractante détiennent ou contrôlent l'investisseur susmentionné et que celui-ci n'exerce aucune activité commerciale significative dans le territoire de la Partie contractante en vertu des lois de laquelle il est constitué ou organisé »¹⁰²¹.

On retrouve surtout de telles clauses dans les nouveaux modèles d'accords, inspirés en particulier de l'ALENA¹⁰²². Par exemple, le modèle américain dispose, à son article 17 :

« 2. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent Traité à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements dudit investisseur si l'entreprise ne mène aucune activité d'affaire importante sur le territoire de l'autre Partie et si des personnes d'un pays non partie, ou de la Partie opposant son refus, possèdent ou contrôlent l'entreprise ».

De même, l'article 18 du modèle d'accord pour la promotion et la protection des investissements du Canada prévoit :

« 2. Sous réserve d'une notification et d'une consultation préalables conformément à l'article 19, une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée ».

¹⁰²⁰ V. not. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 54-56 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 163.

¹⁰²¹ V. not., l'art. 9 des TBI Autriche – Liban, 2002 et Autriche – Lybie, 2004.

¹⁰²² Ainsi, l'art. 1113 (2) de l'ALENA – « Refus d'accorder des avantages » - prévoit-il : « Sous réserve de notification et de consultation préalables conformément aux art. 1803 (Notification et information) et 2006 (Consultations), une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur si les investisseurs d'un pays tiers possèdent ou contrôlent l'entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée ».

Une telle clause a comme avantage d'éviter que les investisseurs soient incités à faire du *treaty shopping*¹⁰²³ en créant des entreprises dans des Etats bénéficiant d'un réseau avantageux de traités bilatéraux d'investissement.

Une autre raison peut justifier que l'Etat exclue l'investisseur du bénéfice du traité : celle-ci, qui relève davantage du droit international public général, concerne les relations qu'entretiennent les Parties Contractantes au traité avec l'Etat tiers dont les ressortissants contrôlent ou possèdent la personne morale en cause. Ainsi, le modèle américain prévoit-il, encore à son article 17 :

« 1. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent Traité à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie et aux investissements de cet investisseur, si des personnes d'un pays non partie possèdent ou contrôlent l'entreprise et si la Partie qui refuse d'accorder les avantages :

- a) n'entretient pas de relations diplomatiques avec le pays non partie; ou
- b) adopte ou maintient, à l'égard du pays non partie ou d'une personne du pays non partie, des mesures qui interdisent les transactions avec l'entreprise ou qui seraient violées ou contournées si les avantages du présent chapitre étaient accordés à l'entreprise ou à ses investissements ».

De même, le modèle canadien ajoute que :

« 1. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient, à l'égard de ladite non-Partie, des mesures qui interdisent les transactions avec ladite entreprise et qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent accord étaient accordés à cette entreprise ou à ses investissements ».

Ces clauses ont appelé quelques précisions jurisprudentielles de la part du CIRDI. La clause relative à l'exclusion des avantages a déjà été invoquée dans l'affaire *AES contre Hongrie*¹⁰²⁴,

¹⁰²³ Un débat existe, toutefois, sur la légitimité du *treaty shopping*, certains le qualifiant simplement de « *nationality planning* ». V. not. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 54-56 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 162. Les tribunaux semblent même parfois encourager une telle démarche. V. not. CIRDI, *Hussein Nauman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision sur la compétence du 7 juillet 2004, paragraphe 83 : « *had he contracted with the United Arab Emirates through a corporate vehicle incorporated in Italy, rather than contracting in his personal capacity, no problem of jurisdiction would now arise* » ; CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005, paragraphes 330-332 : « *It is not uncommon in practice, and – absent a particular limitation – not illegal to locate one's operations in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment in terms, for example, of taxation or the substantive law of the jurisdiction, including the availability of a BIT (...) The language of the definition of national in many BITs evidences that such national routing of investments is entirely in keeping with the purpose of the instruments and the motivations of the state parties* ».

¹⁰²⁴ CIRDI, *AES Summit Generation Limited contre Hongrie* (ARB/01/4), transaction du 3 janvier 2002. Cette affaire qui se fondait principalement sur le Traité sur la Charte de l'Energie doit être évoquée ici, les solutions étant dans la plupart des cas transposables. L'art. 17 du Traité sur la Charte de l'Energie, relatif à la « Non-application de la partie III dans certaines circonstances », dispose : « Chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie :

mais c'est surtout à partir de l'affaire *Generation Ukraine* que l'on a précisé sa portée¹⁰²⁵. Dans cette affaire, une société enregistrée aux Etats-Unis, Generation Ukraine, se plaignait d'une série de mesures à l'égard de sa filiale en Ukraine, qui avait l'effet d'une expropriation. Elle saisit donc le CIRDI sur le fondement du traité bilatéral d'investissement qui unissait les Etats-Unis d'Amérique à l'Ukraine. L'Ukraine fit alors valoir la clause d'exclusion des avantages, la société n'ayant aucune activité substantielle aux Etats-Unis et étant contrôlée par des intérêts canadiens.

Une autre affaire souleva de nombreuses questions au regard de la clause d'exclusion des avantages, l'affaire *Plama*¹⁰²⁶. Dans cette affaire, une société de droit chypriote avait saisi le CIRDI sur le fondement du Traité sur la Charte de l'Energie. A la suite de cette requête, la Bulgarie avait adressé au Centre une lettre où elle affirmait exercer son droit de refuser d'accorder le bénéfice des dispositions de la charte à cette société.

La première question sur laquelle se sont interrogés les tribunaux arbitraux concerne la nature d'une telle clause et le moment où son application doit être soulevée : s'agit-il d'une question de compétence, de recevabilité ou des mérites de l'affaire ? Dans l'affaire *Plama*, l'Etat considérait donc qu'il jouissait d'un droit inconditionnel et direct qu'il pouvait exercer à chaque instant. Le tribunal se posa d'abord la question de la nature d'une telle clause et conclut, à la suite d'une analyse de l'article 17 du Traité sur la Charte de l'Energie, qu'il s'agissait du fond du litige et que cette question ne pouvait être invoquée lors des objections à la compétence. Toutefois, cette solution est contestable, en particulier au regard de la formulation des traités bilatéraux d'investissement. Au contraire, dans l'affaire *Generation Ukraine*, le tribunal a conclu que :

« *this [la clause de déni des avantages] is not, as the Respondent appears to have assumed, a jurisdictional hurdle for the Claimant to overcome in the presentation of its case ; instead, it is a potential filter on the admissibility of claims which can be invoked by the respondent State* »¹⁰²⁷.

1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un Etat tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités commerciales substantielles dans la zone de la partie contractante dans laquelle elle est constituée ; ou

2) à un investissement si la partie contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un Etat tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle :

a) n'entretient pas de relations diplomatiques, ou

b) adopte ou maintient des mesures qui :

i) interdisent des transactions avec les investisseurs de cet Etat, ou

ii) seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus dans la présente partie étaient accordés aux investisseurs de cet Etat ou à leurs investissements ».

Toutefois, l'art. 17 n'opère pas une exclusion de tous les bénéficiaires du Traité sur la Charte de l'Energie, mais seulement d'une partie.

¹⁰²⁵ CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003. V., pour commentaire, W. Ben Hamida, "La notion d'investisseur", *Gazette du Palais*, n° 3, 2005, pp. 33-38.

¹⁰²⁶ CIRDI, *Plama Consortium Limited contre République de Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005.

¹⁰²⁷ CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), 16 septembre 2003, paragraphe 15.7.

Il s'agissait alors de savoir si le déni des avantages du traité s'appliquait automatiquement dès lors que les conditions étaient réunies ou s'il fallait une action positive de la part de l'Etat l'invoquant. Cela pose la question de la nature de l'exclusion qui, si elle est automatique, agira comme une sorte d'exception d'ordre public avec probablement un effet rétroactif, alors que sinon, il faudra prendre un acte postérieur pour que celle-ci soit effective. Derrière cette question apparaît également la distinction entre l'existence d'un droit et son exercice. Dans l'affaire *Plama*, la Bulgarie avait simplement envoyé une lettre au CIRDI, après la requête d'arbitrage, déniait les avantages du traité à l'entreprise en cause. En effet, la Bulgarie considérait que la clause de déni des avantages donnait aux Etats un droit direct et inconditionnel qu'ils pouvaient exercer à tout moment et comme ils le souhaitaient, sans aucun formalisme. Le tribunal ne tomba pas d'accord avec une telle interprétation et, après avoir bien distingué l'existence d'un droit de son exercice, il précisa :

*« The exercise would necessarily be associated with publicity or other notice so as to become reasonably available to investors and their advisers. To this end, a general declaration in a Contracting State's official gazette could suffice ; or a statutory provision in a Contracting State's investment or other laws ; or even an exchange of letters with a particular investor or class of investors »*¹⁰²⁸.

Le tribunal, dans l'affaire *Petrobart*¹⁰²⁹, a, quant à lui, considéré la clause d'exclusion des avantages comme une exception ayant un effet automatique dès que les conditions sont réunies.

L'autre question souvent évoquée concerne les conditions de l'application d'une telle clause. Elles sont précisées dans l'affaire *Plama* :

« ownership includes indirect and beneficial ownership ; and control includes control in fact, including an ability to exercise substantial influence over the legal entity's management, operation and the selection of members of its board of directors or any other managing body ».

Les arbitres se sont d'abord interrogés sur la nature de telles conditions, pour déterminer si elles étaient cumulatives ou alternatives. Les deux conditions évoquées, de l'absence d'activité commerciale importante et de propriété ou contrôle par le ressortissant d'un autre Etat, apparaissent tout d'abord comme cumulative. Ces conditions ne sont donc pas faciles à réunir, ni même à prouver et le fardeau de la preuve reposera sur l'Etat qui invoque la clause. Sa mise en œuvre n'est donc pas aisée. C'est ce qu'a révélé l'affaire *Generation Ukraine*, l'Ukraine n'ayant pas réussi à prouver que les deux conditions étaient réunies. Le tribunal considéra, en effet, que la société était totalement contrôlée par des intérêts américains.

¹⁰²⁸ CIRDI, *Plama Consortium Limited contre République de Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005, paragraphes 155-165.

¹⁰²⁹ Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), *Petrobart Limited contre Kirghizstan*, sentence du 29 mars 2005.

Les nouveaux traités bilatéraux devraient, néanmoins, faciliter l'application de cette clause, ceux-ci prévoyant dans la plupart des cas le recours à des consultations ou notifications.

Si la qualité d'investisseur apparaît difficile à déterminer et si elle a nécessité des aménagements, c'est surtout que la recherche de la nationalité de l'investisseur, critère d'extranéité permettant de recourir au CIRDI, est compliquée.

PARAGRAPHE 2. LA RECHERCHE DE LA NATIONALITE DE L'INVESTISSEUR

Une fois vérifiées les conditions liées aux parties au différend, il faut s'interroger plus précisément sur la nationalité de l'investisseur. En effet, alors qu'en droit français, la nature internationale de l'arbitrage dépend d'un critère économique et que la Convention de Washington aurait pu choisir le caractère transfrontalier des flux de capitaux, elle s'est finalement fondée sur le critère classique de la qualité de ressortissant étranger de l'investisseur¹⁰³⁰. Cependant, dès les travaux préparatoires, Aron Broches insiste sur la différence entre les critères de nationalité, tels qu'envisagés dans le cadre du Centre ou dans celui de la protection diplomatique¹⁰³¹, la nationalité étant

*« not here of significance in the traditional sense of the link conferring the right of protection on his State (...) and not of the essence of nationality itself (...) the significance of nationality in traditional instances of espousal of a national's claim should be distinguished from its relatively unimportant role within the framework of the Convention. In the former case, the issue of nationality is of substantive importance as being crucial in determining the right of a State to bring an international claim, while under the Convention, it is only relevant as regards the capacity of the investor to bring a dispute before the Center »*¹⁰³².

¹⁰³⁰ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742 ; A. C. Sinclair, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 20, n° 2, 2005, pp. 357-388 ; A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, p. 86.

¹⁰³¹ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 133-140.

¹⁰³² A. Broches, "Chairman's Report on the Preliminary Draft of the Convention" in CIRDI, *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Publications du CIRDI, Washington, 1964, pp. 261 et s. ; C. F. Amerasinghe, "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *BYBIL*, vol. 47, n° 1, 1976, pp. 227-267 ; C. F. Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", *Indian Journal of International Law*, vol. 19, 1979, p. 166 et s. ; J. Kokott, "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment", *International Law Association 70th Conference*, 2002, pp. 21-31 ; C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2003, LXI-881 p.

Dès lors, le lien de nationalité apparaît davantage comme une formalité que comme une réelle condition à l'organisation de l'arbitrage¹⁰³³. Il demeure que cette « formalité » doit être vérifiée et que la Convention de Washington fixe deux conditions – celle positive, que l'investisseur ait la nationalité d'un Etat contractant, et l'autre, négative, l'investisseur ne devant pas avoir la nationalité de l'Etat hôte de l'investissement – qui impliquent une détermination relativement précise de ce lien. La notion de nationalité n'est pas définie par la Convention de Washington, contrairement au projet d'accord qui précisait que le terme « national d'un Etat contractant » visait les personnes qui, selon le droit de cet Etat, étaient considérées par lui comme ses nationaux et, pour les sociétés, celles dans lesquelles les nationaux de cet Etat ont une position de contrôle¹⁰³⁴. Des critères sont toutefois prévus, tant par la Convention de Washington que par les traités bilatéraux d'investissement (A) ; mais c'est surtout leur compréhension extensive par les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI qui a déterminé le champ exact de la compétence *ratione personae* (B).

A. Des critères larges

Le problème de la nationalité se pose donc avec une particulière acuité dans les traités bilatéraux d'investissement dans la mesure où il conditionne le bénéfice et l'exercice des droits accordés¹⁰³⁵. Les traités définissent parfois l'investisseur, sans plus de précision, mais parfois également les « ressortissants », permettant ainsi de distinguer entre les individus et les personnes morales. Cette distinction est également reprise à l'article 25, paragraphe 2, de la Convention de Washington et apparaît comme essentielle lorsqu'il s'agit d'analyser les critères de la nationalité, ceux-ci divergeant selon la personne envisagée. Même s'il convient de revenir sur les critères de rattachement proposés par ces accords, il faut dès maintenant

¹⁰³³ A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, p. 87 : « Nationality, for the purposes of ICSID, merely "serves as a means of bringing the private party within the jurisdictional pale of the Centre" to the point where the significance of the bond of nationality seems to have diminished to a mere formality ». V. également A. Broches, "Chairman's Report on the Preliminary Draft of the Convention" in CIRDI, *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Publications du CIRDI, Washington, 1964, pp. 261 et s. ; C. F. Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", *Indian Journal of International Law*, vol. 19, 1979, p. 166 et s., p. 203.

¹⁰³⁴ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742, p. 731. V. également CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), décision I sur la compétence, 1^{er} août 1984 : « Le Tribunal a noté que la Convention ne contient pas de définition du terme « nationalité », ce qui a pour conséquence de laisser à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité ».

¹⁰³⁵ A. C. Sinclair, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 20, n° 2, 2005, pp. 357-388.

noter que ces définitions demeurent, somme toute, très classiques et recouvrent les critères retenus en droit international général et dans la plupart des droits internes.

Il convient, dès lors, de distinguer de façon traditionnelle le cas des personnes physiques (1°) et des personnes morales¹⁰³⁶ (2°).

1°) La détermination de la nationalité des personnes physiques

Ni la Convention de Washington, ni les traités bilatéraux d'investissement ne donnent réellement de réponse à la détermination de la nationalité des personnes physiques. Ces derniers se contentent, pour la plupart, de mentionner que la nationalité des investisseurs, personnes physiques, est librement déterminée par le droit interne de la partie contractante¹⁰³⁷, sous réserve des règles pertinentes du droit international¹⁰³⁸.

En vertu droit international général, la nationalité d'une personne physique est déterminée par la législation de l'Etat en cause. Deux critères sont en général retenus, soit exclusivement, soit cumulativement : le droit du sang se fondant sur la descendance – *ius sanguinis* ; et le droit du sol, lié au lieu de naissance – *ius soli*. D'autres moyens peuvent permettre d'acquérir la nationalité, comme par exemple la naturalisation.

Le droit international des investissements n'échappe pas à l'application du droit international coutumier, tel qu'il ressort de la jurisprudence *Nottebohm*¹⁰³⁹, la nationalité devant être

¹⁰³⁶ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 46-59.

¹⁰³⁷ V. not., CPJI, *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923.

¹⁰³⁸ Une pratique internationale s'est bâtie au regard du mécanisme de la protection diplomatique. V. not. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 46-59.

¹⁰³⁹ V. CIJ, arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm (2^e phase)* (Liechtenstein contre Guatemala), *Rec.* 1955, p. 4 : « un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats. [...] Selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat. Conférée par un Etat, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en fait son national ». V. également les affaires CIRDI, *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. contre Egypte* (ARB/02/9), décision sur la compétence du 21 octobre 2003 ; CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki contre Egypte* (ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004 et décision du Comité *ad hoc* du 5 juin 2007 ; CIRDI, *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006 ; CIRDI, *Waguilh Elie George Siag et Clorinda Vecchi contre Egypte* (ARB/05/15), décision sur la

effective pour être opposable aux Etats. Certes, un tel principe n'est pas toujours aisé à appliquer à l'heure actuelle, comme le note la Commission du droit international :

« Il faut tenir compte du fait que si la condition de l'existence d'un lien effectif posée dans l'arrêt *Nottebohm* était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, puisque, dans le monde contemporain, sous l'effet de la mondialisation économique et des migrations, ils sont des millions à avoir quitté l'Etat de leur nationalité pour s'installer dans des Etats dont ils n'ont jamais acquis la nationalité ou à avoir acquis, par leur naissance ou leur ascendance, la nationalité d'Etats avec lesquels ils ont les liens les plus ténus »¹⁰⁴⁰.

Toutefois, il demeure que le principe de la nationalité effective sera pris en compte, en particulier dans le cas de doubles nationalités pour déterminer la nationalité « prépondérante »¹⁰⁴¹. Une telle solution ressort également de la jurisprudence du tribunal irano-américain des réclamations¹⁰⁴² et s'applique parfois en droit international des investissements.

En effet, même si les traités bilatéraux ne traitent, en général, pas de la question de la double nationalité¹⁰⁴³, certains accords prévoient expressément ce cas, comme le modèle américain de 2012¹⁰⁴⁴ – qui a repris la même solution que le modèle de 2004 – et quelques autres accords¹⁰⁴⁵. Seront alors appliquées les règles du droit international coutumier et notamment le principe de la nationalité effective¹⁰⁴⁶. Toutefois, cela peut créer des difficultés lorsque

compétence du 11 avril 2007 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008.

¹⁰⁴⁰ CDI, Projets d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs, 2006, commentaire de l'art. 4, Etat de nationalité d'une personne physique, chapitre II, personnes physiques, p. 34.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, article 7, Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un Etat de nationalité : « Un Etat de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier Etat en question, tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation ». V. également A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 97-101.

¹⁰⁴² V., par ex., *Espahanian contre Bank Tejarat* (affaire n° 157), sentence n° 31-157-2, 29 mars 1983 ; affaire n° A/18, 1984. Dans cette dernière affaire, le tribunal nota que l'affaire *Nottebohm* « demonstrated the acceptance and the approval by the International Court of Justice of the search for the real and effective nationality based on facts of a case, instead of an approach relying on more formalistic criteria (...) In determining the dominant and effective nationality, the Tribunal will consider all relevant factors, including habitual residence, center of interests, family ties, participation in public life and other evidence of attachment. » (paragraphe 263 et 265).

¹⁰⁴³ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 157-174.

¹⁰⁴⁴ V. l'art. 1^{er} des modèles américains de 2004 et 2012. V. également, par ex., l'art. 1^{er} du TBI Etats-Unis d'Amérique – Uruguay, 2005 : « investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party ; provided, however, that a natural person who is a dual citizen shall be deemed to be exclusively a citizen of the State of his or her dominant and effective citizenship ».

¹⁰⁴⁵ V., par ex., le TBI UEBL – Colombie, 2009 : « Le présent Accord ne s'applique pas aux investissements effectués par des personnes physiques qui sont ressortissantes des deux Parties contractantes » ; l'art. 1^{er} du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010 : « The Agreement shall not apply to investments made by natural persons who are nationals of both Contracting Parties ».

¹⁰⁴⁶ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 34. *Contra* : CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi contre Egypte* (ARB/05/15), décision sur la compétence du 28 mai 2007, paragraphe 3.4.1 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre*

l'investisseur possède également la nationalité de l'Etat hôte de l'investissement, étant donné que la compétence du Centre est exclue pour les différends entre un Etat et son ressortissant. Ainsi, si l'investisseur possède deux nationalités, dont celle de l'Etat d'accueil de l'investissement, le CIRDI se déclarera incompétent, même si cette nationalité n'est pas la nationalité effective de l'investisseur¹⁰⁴⁷.

La nationalité des personnes physiques en droit international des investissements obéit, comme la compétence *ratione materiae*, à un double test¹⁰⁴⁸, les conditions fixées par les traités bilatéraux devant être lues à la lumière et dans les limites fixées par la Convention de Washington.

Les traités bilatéraux d'investissement contiennent souvent des conditions très classiques de détermination de la nationalité des personnes physiques, s'en remettant au droit interne de l'Etat en cause. Ainsi, par exemple, l'accord entre les Etats-Unis et l'Uruguay de 2006 prévoit :

« a) *For the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act.*

b) *For Uruguay, a natural person possessing the citizenship of Uruguay, in accordance with its laws* »¹⁰⁴⁹.

Certes, de telles précisions n'apportent rien de plus qu'une définition générale, mais dans certains cas, les traités bilatéraux iront plus loin pour fixer d'autres conditions¹⁰⁵⁰. Ainsi, par exemple, l'accord entre l'Allemagne et Israël prévoit que seuls les résidents permanents d'Israël jouissant de la nationalité de cet Etat seront considérés comme des nationaux israéliens¹⁰⁵¹.

La nationalité n'est pas le seul critère de rattachement prévu par les traités bilatéraux d'investissement et l'on voit parfois apparaître le critère de la résidence permanente¹⁰⁵². Ainsi, le traité entre l'Argentine et le Canada définit l'investisseur comme :

Roumanie (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008, paragraphe 198. Dans ces affaires, le critère de la nationalité effective et dominante a été rejeté comme ne faisant pas partie du système CIRDI.

¹⁰⁴⁷ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., paragraphes 635-687.

¹⁰⁴⁸ Certains évoquent un « *twin gateways* ». Voir A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, p. 87.

¹⁰⁴⁹ TBI Etats-Unis d'Amérique – Uruguay, 2006. V. également TBI Finlande – Egypte, 2006 : « a) *In respect of Finland, an individual who is a citizen of Finland according to Finnish law ; b) In respect of Egypt, an individual who is a citizen of Egypt according to Egyptian Law* ».

¹⁰⁵⁰ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 157-174.

¹⁰⁵¹ V. l'art. 1, paragraphe 3, b, du TBI Allemagne – Israël, 1974 : ne seront considérés comme des nationaux d'Israël que « *Israel nationals being permanent residents of the State of Israel* ». V. également l'art. 1^{er} du TBI Danemar – Indonésie, 1968.

¹⁰⁵² Les tribunaux arbitraux rejettent en général ce critère, conformément au droit international général. V. not. CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), décision sur la compétence du 6 décembre

« toute personne physique qui est citoyen ou résident permanent de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de cette Partie contractante »¹⁰⁵³.

Le modèle canadien généralise cette solution¹⁰⁵⁴, tout comme l'article 2 du dernier modèle norvégien :

*« Investor means : i) a natural person having the nationality of, or permanent residence in, a Party in accordance with its applicable law »*¹⁰⁵⁵.

La détermination de la nationalité d'une personne physique peut être facilitée dans le cas d'un accord entre l'Etat hôte et l'investisseur, fixant explicitement la nationalité, aux fins d'application de l'accord. Toutefois, même si l'accord des parties crée une forte présomption, celle-ci n'est pas irréfragable et cela n'empêchera pas le tribunal d'analyser si les conditions sont réunies et de vérifier que cette nationalité est bien effective.

Cependant, les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ne s'arrêteront pas aux définitions contenues dans le traité, mais vérifieront la nationalité de l'investisseur également au regard de la Convention de Washington. Ainsi, par exemple, même si le traité bilatéral prévoit que les investisseurs jouissant d'une double nationalité – y compris de la nationalité de l'Etat hôte – peuvent bénéficier des droits issus du traité si leur nationalité effective est celle de l'autre Etat, cette solution ne vaudra pas pour l'arbitrage CIRDI. En effet, le Rapport des administrateurs précise que :

« 29. Il convient de noter qu'en vertu de la clause (a) de cet alinéa (2), une personne physique possédant la nationalité de l'Etat au différend ne sera pas admise à être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre, même si elle possède en même temps la nationalité d'un autre Etat. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'Etat partie au différend y consent »¹⁰⁵⁶.

De même, si le traité bilatéral d'investissement prévoit l'extension des droits aux résidents permanents, ceux-ci ne pourront avoir accès au CIRDI, la Convention de Washington ne s'appliquant qu'aux nationaux. Encore une fois, on peut déduire du Rapport des Administrateurs que cette condition absolue ne pourra être écartée même avec l'accord de l'Etat au différend.

2000, paragraphes 24-37, spéc. 30 : « *under general international law, citizenship rather than residence or any other geographic affiliation is the main connecting factor between a State and an individual* ».

¹⁰⁵³ Art. premier, b), i), du TBI Canada – Argentine, 1991.

¹⁰⁵⁴ V. la Section A, Définitions, Article 1, Définitions, du modèle d'accord du Canada pour la promotion et la protection des investissements : « « ressortissant » s'entend d'une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une Partie ».

¹⁰⁵⁵ Art. 2, « Définitions », paragraphe 1, du modèle d'accord pour la promotion et la protection des investissements du Royaume de Norvège, 2007.

¹⁰⁵⁶ Paragraphe 29 du Rapport des Administrateurs.

Même si dans la majorité des cas, les investisseurs se présentant devant le CIRDI sont des personnes morales, quelques affaires ont permis de préciser la position des personnes physiques.

La question de la double nationalité a d'abord intéressé les tribunaux CIRDI. Ainsi, dans l'affaire *Champion Trading*¹⁰⁵⁷, trois investisseurs américains ont tenté de faire valoir des violations du traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et l'Egypte par ce dernier. Le traité renvoyait aux droits internes des Etats pour la détermination de la nationalité de l'investisseur et *a fortiori* pour la détermination de la compétence *ratione personae* du tribunal arbitral. Le tribunal a donc recherché les règles applicables en droit égyptien et a constaté que ce droit prévoyait que les fils de ressortissants égyptiens conserveraient cette nationalité jusqu'à la centième génération, peu importe leur lieu de naissance ou leur lieu de résidence. Or, les trois investisseurs américains étaient fils d'un ressortissant égyptien et jouissaient donc également de cette nationalité. Malgré le fait que cette nationalité n'ait aucune effectivité, il a été considéré qu'ils ne jouissaient, dès lors, pas d'un *locus standi*. Le tribunal laissa, néanmoins, la porte ouverte à un tempérament, dans les cas où l'application des règles serait manifestement absurde ou déraisonnable et que la personne n'aurait aucun lien avec le pays en cause.

La question de la double nationalité a également été soulevée au regard de l'effectivité de ces nationalités. Dans l'affaire *Eudoro A. Olguin*¹⁰⁵⁸, l'investisseur jouissait des nationalités péruvienne et américaine. Il se plaignait de violations du traité bilatéral d'investissement entre le Paraguay et le Pérou et a donc eu recours au CIRDI. Toutefois, le Paraguay fit valoir l'incompétence du tribunal du fait de la double nationalité de M. Olguin, le droit péruvien prévoyant qu'en cas de double nationalité, la nationalité déterminant les droits de la personne était celle du lieu de sa résidence, en l'espèce aux Etats-Unis. Le tribunal rejeta l'argument, considérant que sa nationalité péruvienne était effective et permettait l'application du traité bilatéral d'investissement autant que de la Convention de Washington.

Cet examen de la nationalité sur laquelle se fonde le plaignant sera poussé, comme le montre l'affaire *Soufraki*¹⁰⁵⁹. Dans cette affaire concernant un contrat de concession, l'investisseur prétendait bénéficier des nationalités canadienne et italienne et se fondait sur le traité bilatéral d'investissement unissant l'Italie aux Emirats Arabes Unis pour attaquer ce dernier sur le fondement de violations de ses obligations conventionnelles. Le tribunal voulut donc vérifier

¹⁰⁵⁷ CIRDI, *Champion Trading, Ameritrade International, Inc., James T. Wahba, John B. Wahba et Timothy T. Wahba contre République Arabe d'Egypte* (ARB/02/9) décision sur la compétence, 21 octobre 2003. V. également A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 94-97.

¹⁰⁵⁸ CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre République du Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001.

¹⁰⁵⁹ CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004. V. également, not. R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 47-48.

la nationalité de Soufraki¹⁰⁶⁰ et constata que celui-ci ne jouissait pas de la qualité de ressortissant italien au moment de sa requête d'arbitrage. En effet, malgré de nombreux certificats émis par les autorités italiennes prouvant la nationalité italienne de Soufraki, le tribunal analysa en détail le droit italien et constata qu'il avait renoncé à sa nationalité italienne en quittant l'Italie pour aller s'installer au Canada. Le tribunal se déclara donc incompétent. M. Soufraki fit toutefois une demande d'annulation pour excès de pouvoir manifeste et défaut de motivation. La question se posait alors de savoir si les certificats des autorités italiennes liaient les arbitres¹⁰⁶¹. Le Comité *ad hoc* confirma l'analyse du tribunal arbitral et considéra que ces certificats créaient simplement une présomption, ne suffisant pas à déterminer le lien de nationalité¹⁰⁶². On constate alors que les tribunaux arbitraux ont à cœur d'appliquer le droit interne et de se prêter à une vérification poussée de la nationalité, comme le prescrivent les traités bilatéraux d'investissement¹⁰⁶³.

La perte de la nationalité peut également parfois faciliter l'action devant le CIRDI : ainsi, dans l'affaire *Siag et Vecchi*¹⁰⁶⁴, les investisseurs ont pu attaquer l'Égypte sur le fondement du traité bilatéral d'investissement entre l'Italie et l'Égypte, même s'ils bénéficiaient auparavant de la nationalité égyptienne étant donné qu'ils avaient perdu cette nationalité.

Il demeure que très peu d'arbitrages sont initiés par des personnes physiques et que dans la majorité des cas, il s'agira davantage de personnes morales, pour lesquelles la détermination de la nationalité apparaît, dès lors, essentielle.

¹⁰⁶⁰ CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), sentence du 7 juillet 2004, paragraphe 55 : « *Where, as in the instant case, the jurisdiction of an international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide the issue* ».

¹⁰⁶¹ Sur les certificats de nationalité, voir C. F. Amerasinghe, "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *BYBIL*, vol. 47, n° 1, 1976, pp. 227-267, p. 245 ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., Art. 25. Sur la preuve de la nationalité, voir A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118.

¹⁰⁶² CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision du Comité *ad hoc* du 5 juin 2007. V. également A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 90-97.

¹⁰⁶³ R. Wisner et N. Gallus, "Nationality Requirements in Investor-State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n° 6, 2004, pp. 927-945. Il est intéressant de noter que certains États ont pris acte de la position des tribunaux arbitraux et ont donc décidé d'inclure une disposition à ce sujet dans leurs traités bilatéraux d'investissement. Par ex., dans l'Accord entre l'Allemagne et la Guinée (Berlin, 8 novembre 2006), il est prévu que « sans préjudice d'autres méthodes de détermination de la nationalité, est considérée notamment comme ressortissant d'un État contractant toute personne titulaire d'un passeport national délivré par les autorités compétentes de l'État contractant en question ».

¹⁰⁶⁴ CIRDI, *Waguih Elie George et Clorinda Vecchi contre République Arabe d'Égypte* (ARB/05/15), décision sur la compétence, 11 avril 2007. V. également A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118.

2°) Les critères d'attribution de la nationalité des personnes morales

La détermination de la nationalité des personnes morales¹⁰⁶⁵ obéit en général à deux critères. Le premier est le lieu d'incorporation, à savoir l'Etat sous la loi duquel la société a été créée ; le second est le lieu du siège social. Ces critères sont ceux qui ressortent majoritairement de la jurisprudence du CIRDI¹⁰⁶⁶. Un troisième critère, plus controversé, apparaît parfois : celui du contrôle, qui peut être utilisé en droit international des investissements, malgré une réticence des arbitres à l'appliquer. Ce critère est surtout utilisé pour les sociétés de droit local dans l'application de l'article 25, paragraphe 2, b).

Malgré l'apparente simplicité des critères, la détermination de la nationalité est plus compliquée pour les personnes morales, la mondialisation et les techniques financières ayant permis aux sociétés d'être réellement transnationales. Cela a deux conséquences¹⁰⁶⁷ : la première, qui concerne les techniques d'arbitrage, tient au fait que les arbitres limitent leur recherche du contrôle réel de la société et privilégient les critères du siège social ou de l'incorporation. L'autre conséquence concerne, cette fois les traités bilatéraux d'investissement qui, eux aussi, privilégieront ces deux derniers critères sur celui du contrôle et donneront une définition précise et objective de la nationalité de l'investisseur, sans s'en remettre cette fois au droit interne de l'Etat en cause.

Malgré cette tendance, certains traités bilatéraux d'investissement conservent leur référence au droit interne¹⁰⁶⁸, comme, en particulier, les modèles canadien de 2004 et américain de 2012¹⁰⁶⁹. Par exemple, l'article premier du modèle américain dispose :

¹⁰⁶⁵ H. Kronstein, "The Nationality of International Enterprises", *Columbia Law Review*, vol. 52, n° 8, 1952, pp. 983-1002 ; K. Ginther, "Nationality of Corporations", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 16, 1966, p. 27 et s. ; I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, XVIII-138 p. ; P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 157-174.

¹⁰⁶⁶ CIRDI, *SOABI contre Sénégal* (ARB/82/1), décision sur la compétence du 1^{er} août 1984, paragraphe 29 ; CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA contre Venezuela* (ARB/00/5), décision sur la compétence, 27 septembre 2001, paragraphe 107 : « According to international law and practice, there are different possible criteria to determine a juridical person's nationality. The most widely used is the place of incorporation or registered office. Alternatively, the place of the central administration of effective seat may also be taken into account » ; CIRDI, *Abaclat et al. contre Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence du 4 août 2011, paragraphe 420.

¹⁰⁶⁷ OCDE, "Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements" in *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Publications de l'OCDE, Paris, 2008, pp. 7-100.

¹⁰⁶⁸ Il existe, toutefois, certaines exceptions. Ainsi, la plupart des traités conclus par la Grèce font référence aux droits internes des Etats pour déterminer la nationalité des personnes morales. Par ex., le TBI Grèce – Cuba, 1997, dispose, à son article 1^{er} : « with regard to either Contracting Party, legal persons constituted in accordance with the laws of that Contracting Parties ».

« « entreprise d'une Partie » désigne une entreprise constituée ou organisée en vertu de la législation d'une Partie et une succursale située sur le territoire d'une Partie et y menant des activités commerciales ou d'affaires »¹⁰⁷⁰.

Il demeure que les deux critères classiques de rattachement – l'incorporation et le siège social, qui étaient déjà évoqués dans l'affaire *Barcelona Traction*¹⁰⁷¹ – sont, le plus souvent, utilisés. Ainsi, par exemple, le modèle anglais utilise exclusivement le critère de l'incorporation :

« « companies » means : (i) in respect of the United Kingdom : corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in form in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended »¹⁰⁷².

Ce critère est parfois difficile à mettre en application, étant donné qu'il permet des abus ou au moins du *treaty shopping*. C'est ce qui est ressorti de certaines affaires devant le CIRDI, l'argument n'ayant toutefois pas été admis. Ainsi, dans l'affaire *Tokios Tokeles*, l'entreprise qui attaquait l'Ukraine sur le fondement du traité bilatéral d'investissement signé avec la Lituanie avait été incorporée dans ce dernier Etat, mais était contrôlée à 99 pour cent par des intérêts ukrainiens. Le tribunal retint une interprétation stricte du traité, qui déterminait la nationalité par le seul critère de l'incorporation. Il nota :

« According to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, the Claimant is an « investor » of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an « investor » of Lithuania »¹⁰⁷³.

Cette solution s'impose au regard du traité bilatéral d'investissement – dont le but est bien de protéger les investissements – qui ne contenait pas de clause d'exclusion des avantages. Le tribunal se fonda alors sur l'attente légitime des parties, ce qui permettait davantage de prévisibilité. Conscient, toutefois, de la possibilité de *treaty shopping*, le tribunal prévoit des tempéraments en cas d'abus ou de fraude, à défaut de clause de déni des bénéficiaires dans le traité. Cette conclusion est conforme au droit international général, tel qu'il ressort de la

¹⁰⁶⁹ V. l'art. 1 – Définitions - du modèle canadien d'accord de promotion et de protection de l'investissement étranger : « « entreprise d'une Partie » s'entend d'une entreprise constituée ou organisée sous le régime de la législation d'une Partie, ou d'une succursale sise sur le territoire d'une Partie et qui y exerce une activité économique ».

¹⁰⁷⁰ V., par ex., le traité signé avec l'Uruguay, 1^{er} novembre 2006 : « « enterprise of a Party » means an enterprise constituted or organized under the law of a Party and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there. ».

¹⁰⁷¹ V. l'opinion individuelle du Juge Jessup dans l'affaire CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique contre Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 3 : « there are two standard tests of the « nationality » of a corporation. The place of incorporation is the test generally favoured in the legal systems of the common law, while the siege social is more generally accepted in the civil law systems ».

¹⁰⁷² Art. 1 (d) du modèle du Royaume-Uni de 2005.

¹⁰⁷³ CIRDI, *Tokios Tokeles contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004, paragraphe 28. V., pour commentaire W. Ben Hamida, "La notion d'investisseur", *Gazette du Palais*, n° 3, 2005, pp. 33-38 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 145-151 ; A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 103-105.

décision dans l'affaire de la *Barcelona Traction*¹⁰⁷⁴. Il en fut de même dans l'affaire *Saluka*, dans laquelle le tribunal, même s'il a reconnu les inconvénients d'une approche formelle et le risque de *treaty shopping*, a quand même appliqué le traité¹⁰⁷⁵.

Cette solution a été très critiquée dans la doctrine. Dès la décision *Tokios Tokelés*, le Président du tribunal arbitral, Prosper Weil, a émis une opinion dissidente – chose suffisamment rare pour être notée. Il insista sur le fait que :

« *When it comes to mechanisms and procedures involving States and implying therefore, issues of public international law, economic and political reality is to prevail over legal structure, so much that the application of the basic principles of public international law should not be frustrated by legal concepts and rules prevailing in the relations between private economies and juridical players* »¹⁰⁷⁶.

Toutefois, il est difficile d'envisager une autre solution, les traités étant clairs sur ce point. Les arbitres s'en remettent logiquement à la définition contenue dans les traités bilatéraux d'investissement¹⁰⁷⁷, les parties disposant de la plus grande latitude pour déterminer la nationalité des investisseurs, la disposition devant simplement être raisonnable et ne pas être contraire à l'objet et au but du traité¹⁰⁷⁸. Il faudrait alors modifier les modèles d'accords, tendance que suivent les Etats depuis quelques années.

Le critère du siège social permet d'éviter les risques liés au critère de l'incorporation. Certains Etats en font donc une condition nécessaire pour considérer la société comme ressortissante de l'Etat en cause. La plupart des pays de tradition romano-germanique incluent une telle condition. Ainsi, par exemple, le modèle français définit le terme « société » comme :

« toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social »¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁴ CII, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique contre Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *CII Recueil* 1970, p. 3 : « C'est dans cette perspective que l'on a estimé justifié et équitable de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique » dans certaines circonstances ou à certaines fins. Les nombreux précédents du droit interne montrent que le voile est levé, par exemple, pour empêcher qu'on abuse des privilèges de la personne morale, comme dans des cas de fraude ou d'agissements coupables, pour protéger des tiers tels que le créancier ou l'acheteur, ou pour assurer le respect de prescriptions légales ou d'obligations ».

¹⁰⁷⁵ S.A. CNUDCI, *Saluka Investments B.V. contre République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006.

¹⁰⁷⁶ V. l'opinion dissidente de Prosper Weil, jointe à la décision sur la compétence, 29 avril 2004, paragraphe 24. V. également D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 145-151 ; A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, pp. 103-105.

¹⁰⁷⁷ V., par ex., CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphes 353-359 ; CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula et autres contre Roumanie* (ARB/05/20), décision sur la compétence du 24 septembre 2008, paragraphe 101 ; CIRDI, *The Rompetrol Group N.V. contre Roumanie* (ARB/06/3), décision sur la compétence du 18 avril 2008, paragraphes 92-93.

¹⁰⁷⁸ L'expression a, notamment été utilisée dans les affaires CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela C.A. contre Venezuela* (ARB/00/5), décision sur la compétence du 27 avril 2001, paragraphe 97 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence du 14 janvier 2004, paragraphe 42 ; CIRDI, *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004.

¹⁰⁷⁹ Art. 1, alinéa 3, du modèle français d'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 2006.

Il en est de même des traités conclus par l'Italie. Ainsi, dans l'accord entre la République algérienne démocratique et populaire et la République italienne sur la promotion et la protection réciproques des investissements, la « personne morale » est définie comme

« tout établissement et toute société de personnes ou de capitaux constitués sur le territoire de l'un des Etats contractants, conformément à la législation de celui-ci, et y ayant son siège et le centre principal de ses intérêts économiques »¹⁰⁸⁰.

Il demeure que dans la plupart des accords, les critères de l'incorporation et du siège social sont combinés¹⁰⁸¹. Ainsi, dans le modèle chinois est-il prévu que :

« *The term « investor » means (...) legal entities including companies, associations, partnerships and other organizations, incorporated or constituted under the laws and regulations of either Contracting Party and have their seats in that Contracting Party* »¹⁰⁸².

De même, le modèle turc de 2000 définit l'investisseur comme :

« *corporations, firms or business associations incorporated or constituted under the law in force of either of the Parties and having their headquarters in the territory of that Party* »¹⁰⁸³.

La question la plus délicate concerne le critère du contrôle. En effet, ce critère est parfois combiné à ceux de l'incorporation ou du siège social, notamment dans les accords conclus par la France, la Suisse, l'Union entre la Belgique et le Luxembourg ou encore les Pays-Bas. Ainsi, le modèle français dispose-t-il :

« Le terme « société » désigne toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social, ou contrôlée directement ou indirectement par des nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l'une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci »¹⁰⁸⁴.

Quant au modèle néerlandais, il définit l'investisseur, personne morale, comme alternativement :

¹⁰⁸⁰ Art. 1, alinéa 3, du TBI Algérie – Italie, 1991. Pour un exemple plus récent, v. l'art. 1, paragraphe 3, du TBI Italie – Lybie, 2004 : « *qualsiasi persona giuridica, avente la sua sede principale nel territorio di una delle Parti Contraenti* », soit la personne ayant son siège principal sur le territoire d'une des parties.

¹⁰⁸¹ A. C. Sinclair, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 20, n° 2, 2005, pp. 357-388. Anthony Sinclair note que « *cultural, economic and political factors will influence which test a particular State will prefer to apply (...) No question arises as to the validity of the choices, nor is it appropriate to identify a general rule in the abstract because different States legitimately take different approaches to qualification for protection* ».

¹⁰⁸² Art. 1, alinéa 2, du modèle chinois, 2003.

¹⁰⁸³ Art. 1, alinéa 1, du modèle d'accord de la Turquie, 2000.

¹⁰⁸⁴ Art. 1, alinéa 3, du modèle français de traité bilatéral d'investissement.

« (ii) les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie contractante ;
(iii) les personnes morales non constituées selon le droit de cette Partie contractante mais contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques (...) ou par des personnes morales »¹⁰⁸⁵.

Sont donc inclus parmi les investisseurs les entités juridiques établies conformément à la loi d'un Etat tiers, qui sont directement ou indirectement contrôlées au travers d'une part substantielle d'actions, par des nationaux de l'une des parties ou par des entreprises possédant leur siège ou leurs activités commerciales effectives sur le territoire de l'une des parties. Le critère du contrôle est donc utilisé pour déterminer la nationalité des personnes morales. Cette définition peut, de plus, être élargie par le droit interne dans la mesure où les conventions y renvoient implicitement pour ce qui touche à la définition du critère du contrôle.

L'inclusion du critère du contrôle n'est jamais exclusive des autres critères, mais est régulière et l'on considère, même en l'absence de mention expresse, qu'il recouvre tant le contrôle direct qu'indirect¹⁰⁸⁶. Le critère du contrôle soulève plusieurs problèmes liés au fait qu'il n'existe pas de définition unanime du contrôle, même si certains efforts ont été faits dans ce sens. En effet, les traités bilatéraux commencent à intégrer des critères qualitatifs – par un contrôle sur la direction et la gestion de l'investissement – ou quantitatifs – au travers d'un pourcentage d'actions ou de parts sociales – permettant de définir le contrôle¹⁰⁸⁷. Ainsi, le traité entre la Suède et l'Inde propose comme définition :

*« « companies » mean any corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in the territory of either Contracting Party, or in a third country if at least 51 percent of the equity interest is owned by investors of that Contracting Party, or in which investors of that Contracting Party control at least 51 percent of the voting rights in respect of shares owned by them »*¹⁰⁸⁸.

De même, l'accord entre la Suisse et l'Ethiopie définit le critère du contrôle comme :

« toute personne morale qui n'est pas établie conformément à la législation de cette Partie contractante :

- i) lorsque plus de 50 % de son capital social appartient à des personnes de cette Partie contractante ;
- ii) lorsque les personnes de cette Partie contractante ont la capacité de nommer une majorité des administrateurs ou sont autrement habilitées en droit à diriger ses opérations »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁵ Art. 1, alinéa (b), du modèle néerlandais, 1997. V. également, par exemple, l'article premier du TBI Pays-Bas – Mali, 2003.

¹⁰⁸⁶ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 160.

¹⁰⁸⁷ *Id.*

¹⁰⁸⁸ Art. 1, alinéa (d), du TBI Suède – Inde, 2000. V. également l'art. 1^{er} du TBI UE/BL – Inde, 1997.

¹⁰⁸⁹ Art. 1, alinéa 1, c), du TBI Suisse – Ethiopie, 1998. V. également l'art. 1^{er}, alinéa 1, c) du TI Suisse – Inde, 1997.

Ces clauses étendent le statut d'investisseur de l'autre partie aux entreprises de l'Etat d'accueil seulement dans le but de leur donner un *locus standi* en tant que partie à une procédure de règlement des différends. Pour les problèmes substantiels, une telle entreprise représente un investissement auquel la protection est accordée. Il est évident qu'au vu de la pratique dominante de mener des investissements par la voie d'entreprises organisées selon la loi locale, les standards généraux contenus dans les conventions bilatérales d'investissement seraient dénués de sens, contrairement à leur objectif, si l'on considérait séparément la personnalité juridique de la société et les investisseurs et si cela empêchait l'application de ces standards à ces entreprises. On voit donc, encore une fois, que les conventions bilatérales retiennent une définition extensive, afin de protéger un maximum d'investissements.

Au-delà de l'application de ces critères, des problèmes particuliers se posent pour la détermination de la nationalité des personnes morales. En effet, une société peut, par exemple, posséder plusieurs nationalités. Si elle possède seulement les nationalités d'Etats contractants, cela ne crée pas de difficulté, mais qu'en est-il lorsqu'elle possède également la nationalité d'un Etat non partie à la Convention de Washington ? Il faudra, dans ce cas, que la société démontre qu'elle possède bien la nationalité d'un Etat partie, en vertu du critère du siège social ou de celui de l'incorporation, ce qui permettra au Centre de reconnaître sa compétence. Le problème se pose, toutefois, avec plus d'acuité, lorsqu'il existe un accord entre l'Etat et la personne morale, qui, en vertu du critère de l'incorporation ou de celui du contrôle, possède la nationalité d'un Etat non partie à la Convention, mais où l'accord mentionne qu'elle est contrôlée par un ou des nationaux d'un Etat contractant. L'hypothèse est alors un peu différente de celle mentionnée à l'article 25, paragraphe 2, b), de la Convention de Washington, la société n'étant pas ressortissante de l'Etat hôte, mais d'un Etat tiers. Un tel accord est valable à condition que le consentement de l'Etat ait vraiment été éclairé, à savoir que l'Etat ait été conscient de la nationalité réelle de l'investisseur. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *MINE contre Guinée*¹⁰⁹⁰ : un accord avait été signé entre l'investisseur et la Guinée, donnant le consentement à la compétence du CIRDI et stipulant que l'entreprise était considérée comme ressortissant de la Suisse, Etat partie à la Convention de Washington, étant donné que la société était contrôlée par un ressortissant helvétique. Le tribunal a reconnu sa compétence, malgré le fait que MINE était incorporé dans un Etat non partie à la Convention de Washington – le Lichtenstein – sans même se prononcer réellement sur la question.

Si la Convention de Washington et les traités bilatéraux d'investissement donnent une définition large de l'investisseur, tant personne physique, que personne morale, ils laissent, toutefois, une marge d'appréciation au profit des arbitres. Par leur interprétation extensive, les

¹⁰⁹⁰ CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), sentence du 6 janvier 1988.

tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont assis leur compétence, s'affirmant encore un peu plus comme le juge naturel des différends en matière d'investissement.

B. Une compréhension extensive

La notion d'investisseur étant si déterminante pour l'application de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement, les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI ont eu une compréhension large des critères mentionnés dans ces instruments. Ils ont ainsi pu étendre le bénéfice des droits octroyés dans les traités ou accorder un *locus standi* à des personnes qui étaient *a priori* exclues de la compétence du Centre. Les tribunaux ont ainsi eu une interprétation large des critères prévus par les traités, en particulier celui du contrôle (1°), mais ont aussi fait œuvre prétorienne, découvrant de nouveaux investisseurs (2°).

1°) Une interprétation libérale du critère du contrôle

Les arbitres ont fait preuve d'une grande souplesse dans l'application des critères retenus dans les traités bilatéraux d'investissement et dans la Convention de Washington, en particulier pour le contrôle.

Plutôt qu'appliquer une approche systématique, les tribunaux recherchent le détenteur du contrôle qui leur permettra de se reconnaître compétent, s'arrêtant dès qu'ils ont trouvé le ressortissant d'un Etat contractant. On comprend alors mieux les possibles contradictions de jurisprudence observées dans les affaires *Amco*¹⁰⁹¹ et *Klöckner*¹⁰⁹². Dans ces affaires impliquant une société créée localement dans l'Etat hôte, conformément à l'hypothèse de l'article 25(2)(b) de la Convention de Washington, le contrôle étranger ne fut pas découvert aux mêmes endroits. Dans l'affaire *Amco*, le tribunal se contenta de vérifier le premier degré du contrôle, s'arrêtant au contrôle exercé par les ressortissants américains et refusant de percer ce voile pour constater le contrôle exercé par un ressortissant danois. Selon le tribunal,

¹⁰⁹¹ CIRDI, *Amco contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence du 25 septembre 1983.

¹⁰⁹² CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983.

seules des circonstances exceptionnelles pourraient justifier qu'on recherche le détenteur du contrôle réel¹⁰⁹³. Le tribunal se contenta donc du premier degré de contrôle :

*« To take this argument into consideration, the Tribunal would have to admit first that for the purpose of Article 25(2)(b) of the Convention, one should not take into account the legal nationality of the foreign juridical person which controls the local one, but the nationality of the juridical or natural persons who control the controlling juridical person itself : in other words, to take care of a control at the second, and possibly third, fourth or xth degree. Such a reasoning is, in law, not in accord with the Convention »*¹⁰⁹⁴.

L'approche rejetée est pourtant celle qui a été adoptée dans l'affaire *SOABI*, où le tribunal a accepté de percer le voile social pour déterminer le bénéficiaire du contrôle réel. Dans cette affaire, la société était détenue par une entreprise du Panama, Etat non partie à la Convention de Washington. Le tribunal refusa de s'arrêter là et rechercha les personnes bénéficiant du contrôle réel – des ressortissants belges – pour établir sa compétence. Il expliqua :

*« it is obvious that, just as a host state may prefer that investments be channeled through a company incorporated under domestic law, investors may be led for reasons of their own to invest their funds through intermediary entities while retaining the same degree of control over the national company as they would have exercised as direct shareholders of the latter »*¹⁰⁹⁵.

Ces deux décisions sont profondément contradictoires, la préférence de la doctrine allant à la solution adoptée dans l'affaire *SOABI*¹⁰⁹⁶. Cependant, par ces décisions irréconciliables, les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont, en réalité, simplement cherché à trouver un investisseur qui satisfasse la condition de nationalité et permette au tribunal de se reconnaître compétent, peu importe qu'il faille ou non percer le voile social ou remonter la chaîne du contrôle¹⁰⁹⁷. Les arbitres, loin d'avoir une position dogmatique sur la question, optent pour

¹⁰⁹³ CIRDI, *Amco Asia Corporation et al. contre République d'Indonésie* (ARB/81/1), première sentence, 20 novembre 1984, paragraphe 14 : « in fact, it could be so where for political or economical reasons, it matters for the Contracting State to know the nationality of the controller or controllers, and where it is proven that would the Contracting State have known this nationality, it would not have agreed to the arbitration clause ; such a situation might possibly be met in exceptional instances ».

¹⁰⁹⁴ CIRDI, *Amco Asia Corporation and Others contre République d'Indonésie* (ARB/81/1), première sentence, 20 novembre 1984, paragraphe 14.

¹⁰⁹⁵ CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, paragraphe 37.

¹⁰⁹⁶ V. not., G. R. Delaume, "How to Draft an ICSID Arbitration Clause", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 168-195, p. 168 : Delaume considère que cette décision « is consistent with the manner in which many investments are made and especially those involving transnational companies or groups of companies, which, for various reasons, may elect to channel their investments through affiliated companies under their control » ; M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, XIV-264 p., p. 104 : « We are of the opinion that the approach by the tribunal in the case of *SOABI v. Senegal* is preferable, since it is in keeping with the aim underlying the special arrangement set out in Article 25(2)(b) ».

¹⁰⁹⁷ K. Nathan, *ICSID Convention: The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, Inc., Yonkers, 2000, 220 p., p. 97. Pour une approche critique de cette position : C. Schreuer, L.

davantage de pragmatisme, de façon à étendre au maximum leur champ de compétence *ratione personae*. Ils n'iront pas au-delà de la société si cela leur permet de se reconnaître compétent ; mais ils n'hésiteront pas à percer le voile social et à parcourir la chaîne des investisseurs jusqu'à ce qu'ils trouvent le ressortissant d'un Etat contractant dans le cas contraire. Cela est confirmé par la décision adoptée dans l'affaire *Champion Trading*¹⁰⁹⁸, où le tribunal a accepté de se reconnaître compétent en vertu du contrôle exercé par des sociétés américaines, alors même qu'il savait que les actionnaires de ces sociétés avaient la double nationalité, dont celle de l'Etat hôte – l'Egypte – ce qui les empêchait d'avoir recours au CIRDI à titre personnel.

Une solution peut être trouvée, pour les entreprises multinationales, en transférant le contrôle à une filiale d'un Etat contractant. C'est ce qu'a essayé de faire une entreprise canadienne dans l'affaire *Banro*¹⁰⁹⁹, sans succès, puis une entreprise mexicaine dans l'affaire *Autopista*¹¹⁰⁰. La difficulté principale tient au fait que l'investisseur doit avoir la nationalité d'un Etat contractant au moment de son consentement, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Banro*. Il faudra alors que même en cas de transfert de parts, celui-ci intervienne avant le consentement.

Les faits dans l'affaire *Autopista* étaient plus complexes : il s'agissait d'une entreprise de droit local qui appartenait à une société mexicaine. Les parties étant conscientes de ne pouvoir avoir recours au CIRDI, le contrat prévoyait un arbitrage *ad hoc*, mais aussi la possibilité d'avoir finalement accès au CIRDI si la majorité des parts de l'entreprise était vendue au ressortissant d'un Etat partie à la Convention de Washington. A la suite de l'acquisition du contrôle d'*Autopista* par une entreprise américaine, cette dernière déposa une plainte devant le CIRDI. Le Venezuela fit alors valoir que, même si la majorité des parts dans la société appartenait bien à une entreprise américaine, le contrôle demeurait mexicain, l'entreprise étant elle-même possédée par des ressortissants de cet Etat. Le tribunal refusa de s'arrêter sur un tel argument, se contentant d'étudier les clauses du contrat qui prévoyait explicitement la façon dont devait être analysé le contrôle. Dès lors que la majorité des parts appartenait bien à une société américaine, le tribunal pouvait se reconnaître compétent. La nationalité au moment du consentement ne posait ici plus de problème, le consentement à la compétence du CIRDI ne devenant effectif qu'à la suite du transfert de parts, la clause CIRDI n'entrant en vigueur

Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p..

¹⁰⁹⁸ CIRDI, *Champion Trading Company et autres contre Egypte* (ARB/02/9), décision sur la compétence, 21 octobre 2003.

¹⁰⁹⁹ CIRDI, *Banro American Resources, Inc. & Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL contre République Démocratique du Congo* (ARB/98/7), sentence du 1^{er} septembre 2000. V. également B. M. Cremades et D. J. A. Cairns, "The Brave New World of Global Arbitration", *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, pp. 173-209 ; P. Lalive, "Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration", *Procès-verbaux du 16e Congrès de l'ICCA*, 2002, 25 p.

¹¹⁰⁰ CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, CA contre Venezuela* (ARB/00/5), décision sur la compétence, 27 septembre 2001.

qu'une fois toutes les conditions remplies¹¹⁰¹. Une telle hypothèse n'est, toutefois, possible que lorsqu'il existe un contrat d'investissement et non sur le simple fondement d'un traité bilatéral d'investissement. Cependant, on peut imaginer qu'un traité puisse inclure dans ses dispositions conventionnelles, non pas la nationalité d'une entreprise en particulier, mais le test qui devra être adopté pour déterminer la nationalité du détenteur du contrôle.

Au regard de cette jurisprudence extensive, on peut conclure que les arbitres rechignent à décliner leur compétence et ont une interprétation très large des instruments qui la fondent, aboutissant parfois à quelques incohérences. Loin de s'arrêter là, ils ont même fait preuve d'imagination pour découvrir de nouveaux concepts afin d'asseoir leur pouvoir juridictionnel.

2°) Une extension prétorienne

Si la compétence *ratione personae* a subi une telle extension jurisprudentielle, ce n'est pas seulement grâce à une interprétation large des traités, mais aussi par la création de nouvelles techniques. Par exemple, les arbitres statuant sous l'égide du Centre ont découvert la notion d'« investisseur *de facto* », pourtant absente de la Convention de Washington, tout comme des traités bilatéraux d'investissement. Ce fut le cas dans l'affaire *Sedelmayer* qui, même s'il s'agit d'une sentence de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, est intéressante en ce qu'elle implique un traité bilatéral d'investissement et que le même raisonnement pourrait être suivi par un tribunal CIRDI¹¹⁰². En l'espèce, une société incorporée aux Etats-Unis d'Amérique, mais contrôlée totalement par un actionnaire unique allemand, M. Sedelmayer, se plaignait d'une expropriation de son investissement par la Russie sur le fondement du traité bilatéral d'investissement unissant cet Etat à l'Allemagne. Or, ce traité ne mentionnait pas, au titre des critères de définition de l'investisseur, le contrôle. La question essentielle qui se posait était de savoir si M. Sedelmayer pouvait agir en tant que personne physique sur le fondement du traité bilatéral conclu par l'Allemagne, alors que l'investissement avait été formellement réalisé par l'entreprise incorporée aux Etats-Unis et ayant son siège social dans ce même Etat et que le traité bilatéral d'investissement ne faisait pas référence au contrôle. Le tribunal s'est alors reconnu compétent sur le fondement de la notion de « *de facto investor* », considérant que la société était un simple véhicule pour

¹¹⁰¹ CIRDI, *Holiday Inns S.A. et autres contre Maroc* (ARB/72/1).

¹¹⁰² Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), *Sedelmayer contre Russie*, sentence du 7 juillet 1998. V., pour commentaire, W. Ben Hamida, "La notion d'investisseur", *Gazette du Palais*, n° 3, 2005, pp. 33-38.

l'investissement. Une telle solution est, toutefois, entourée de conditions et c'est bien du fait des circonstances particulières de l'espèce que le tribunal s'est reconnu compétent. Tout d'abord, la société était soumise au contrôle et totalement dépendante financièrement de M. Sedelmayer. Ensuite, c'est bien M. Sedelmayer qui a négocié l'accord d'investissement avec les autorités russes. Enfin, se fondant sur le traité bilatéral d'investissement, le tribunal a surtout considéré que l'absence de référence au critère du contrôle dans la définition de l'investisseur n'impliquait pas son exclusion. En effet, la protection de l'investissement de M. Sedelmayer était conforme aux objectifs du traité, de protection et de promotion des investissements. Cette solution, si elle a l'avantage de permettre une protection plus complète des investissements conforme aux traités bilatéraux, comporte, toutefois, quelques risques¹¹⁰³. D'une part, il est difficile de savoir ce que recouvre exactement la notion d'investisseur *de facto* et où celle-ci s'arrête. En effet, une interprétation trop large risquerait d'aboutir à des recours en chaîne avec de nombreuses demandes arbitrales pour les mêmes faits et, *a fortiori*, un risque de contradiction des sentences.

Une autre possibilité d'extension de la définition d'investisseur découverte par les arbitres ressort de la définition même de la notion d'investissement¹¹⁰⁴. En effet, les traités bilatéraux d'investissement incluent la plupart du temps les actions ou participation comme formes possibles d'investissement. Le modèle américain fait référence aux « *shares, stocks, and other forms of equity participation in an enterprise* » ; le modèle anglais aux « *shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company* » ; le modèle allemand aux « *shares of companies and other kinds of interest in companies* » ; même le modèle chinois inclut les « *shares, debentures, stock and any other kind of participation in companies* »¹¹⁰⁵.

Cette définition de l'investissement va avoir des conséquences sur l'appréhension de l'investisseur. Seront ainsi inclus les actionnaires, qu'ils soient majoritaires ou non, qu'ils contrôlent l'investissement ou pas, que leur participation soit directe ou indirecte¹¹⁰⁶. Une

¹¹⁰³ V., pour une approche critique, C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p. ; C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in P.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.

¹¹⁰⁴ K. J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1992, XIII-232 p., spéc. pp. 45-46 ; A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376.

¹¹⁰⁵ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 56-59.

¹¹⁰⁶ I. Laird, "A Community of Destiny—the Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 77-96 ; A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376 ; P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of

telle précision conventionnelle vient mettre fin au débat lancé par l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans laquelle la Cour internationale de Justice, même si elle a reconnu le rôle essentiel des actionnaires, a refusé de leur accorder un *locus standi* dans l'ordre juridique international¹¹⁰⁷. Ayant toutefois conscience de l'évolution du droit international, en particulier économique, la Cour s'en remettait donc sur cette question aux dispositions conventionnelles que les Etats pouvaient inclure dans les traités bilatéraux d'investissement :

« Compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des Etats, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins, un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts. Des rapports essentiellement bilatéraux sont en cause, où les droits des Etats qui exercent la protection diplomatique et des Etats à l'égard desquels une protection est demandée ont dû être également sauvegardés. (...) C'est pourquoi, dans l'état présent du droit, la protection des actionnaires exige que l'on recoure à des stipulations conventionnelles »¹¹⁰⁸.

C'est donc ce qu'ont fait les Etats dans leurs traités bilatéraux d'investissement. Grâce à ces dispositions conventionnelles, le droit de l'actionnaire à avoir recours à l'arbitrage international n'a pas créé de difficulté et a fait l'objet d'une pratique arbitrale uniforme et

Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.

¹¹⁰⁷ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique contre Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 3, paragraphe 44 : « Bien que la société ait une personnalité morale distincte, un dommage qui lui est causé atteint souvent ses actionnaires. Mais le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. En effet, si des dommages lésant simultanément plusieurs personnes physiques ou morales résultent d'un même fait, on ne peut en tirer aucune conclusion juridique. Un créancier n'a aucunement le droit de demander réparation à une personne qui, en portant préjudice à son débiteur, lui cause une perte. Dans les cas de ce genre, la victime est atteinte dans ses intérêts sans aucun doute, mais non dans ses droits. Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits sont violés ».

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, paragraphes 89-90. Il faut, toutefois, noter que cette interprétation ne prévaut pas chez tous et que certains considèrent que la Cour internationale de Justice acceptait la protection des investisseurs. C'est en tout cas le cas avec l'affaire de l'*Elettronica Sicula* (CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Etats-Unis d'Amérique contre Italie), arrêt du 20 juin 1989, *CIJ Rec.* 1989, p. 15), mais les faits étaient très différents, en particulier parce que les Etats-Unis se fondaient sur un traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec l'Italie. V. également S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59, p. 28 : « Moreover, subsequent to *Barcelona Traction*, in *Elettronica Sicula*, the International Court of Justice clearly accepted the concept of the protection of shareholders of a corporation independently from the protection of the corporation, even though in that case the corporation had the nationality of the host state » ; A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376.

extensive¹¹⁰⁹, notamment dans les affaires *AMT contre Zaïre*¹¹¹⁰, *Alex Genin contre Estonie*¹¹¹¹ ou *CME contre République tchèque*¹¹¹². Comme le note le tribunal dans l'affaire *Goetz contre Burundi* :

« Le tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs »¹¹¹³.

Le problème s'est donc déplacé, notamment sur la question des actionnaires minoritaires. En effet, l'inclusion des actions dans la définition de l'investissement n'impose pas un seuil fixe permettant à un actionnaire de commencer une action. Comme le précise Stanimir Alexandrov :

« *In sum, it is beyond doubt that shareholders have standing in ICSID to submit claims separate and independent from the claims of the corporation.*

*Moreover, this principle applies to all shareholders, no matter whether or not they own the majority of the shares or control the corporation »*¹¹¹⁴.

C'est ce qu'ont noté les tribunaux arbitraux dans l'affaire *AAPL contre Sri Lanka*¹¹¹⁵, puis dans l'affaire *Lanco contre Argentine*, dans laquelle il a été considéré que 18,3 pour cent des actions suffisaient pour qu'ils se reconnaissent compétents, le traité n'imposant aucune condition de contrôle ou de majorité pour qualifier l'investissement¹¹¹⁶. Il existe donc bien,

¹¹⁰⁹ C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p. ; C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in P.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.

¹¹¹⁰ CIRDI, *AMT contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997. Dans cette affaire, le tribunal se fonda sur la définition de l'investissement contenue dans le traité bilatéral d'investissement pour retenir la qualité d'investisseur d'AMT : « *It is uncontested that SINZA belongs to AMT 94 per cent and that AMT, formed in the United States of America with 55 per cent of its shares owned by United States citizens is controlled by the Americans, and hence a U.S. company. Thus SINZA should be considered in terms of the perfectly clear provisions of the Treaty as an investment of AMT* » (paragraphe 5.15).

¹¹¹¹ CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil contre République d'Estonie*, sentence du 25 juin 2001. Dans cette affaire, le tribunal reconnut aisément la qualité d'investisseur, encore une fois sur le fondement de la définition de la notion d'investissement contenue dans le traité bilatéral d'investissement : « *The term « investment » as defined in Article I (a)(ii) of the BIT clearly embraces the investment of Claimants in EIB. The transaction at issue in the present case, namely the Claimants' ownership interest in EIB, is an investment in « shares of stock or other interests in a company » that was « owned or controlled, directly or indirectly » by Claimants* » (paragraphe 324).

¹¹¹² Institut d'arbitrage de Stockholm, *CME B.V contre République Tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001.

¹¹¹³ CIRDI, *Antoine Goetz et consorts contre République du Burundi* (ARB/95/3), sentence prenant acte de la transaction des parties, 10 février 1999, paragraphe 89.

¹¹¹⁴ S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and *Jurisdiction Ratione Temporis*", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59, p. 30.

¹¹¹⁵ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

¹¹¹⁶ CIRDI, *Lanco International Inc. contre République d'Argentine* (ARB/97/6), décision préliminaire sur la compétence, 8 décembre 1998, paragraphe 10 : « *as regards shareholder equity, the ARGENTINA-U.S. Treaty says nothing indicating that the investor in the capital stock has to have control over the administration of the company, or a majority share ; the fact that LANCO holds an equity share of 18.3% in the capital stock of the Grantee allows one to conclude that it is an investor in the meaning of Article I of the ARGENTINA-U.S. Treaty* ».

selon le tribunal, un droit au recours de l'actionnaire minoritaire dans le cadre d'un traité bilatéral d'investissement. La même solution fut reprise dans les affaires *CMS contre Argentine* – par le Tribunal arbitral¹¹¹⁷ et le Comité *ad hoc*¹¹¹⁸ – ou *Sempra contre Argentine*¹¹¹⁹. Dans cette dernière affaire, le tribunal insista sur le caractère volontairement extensif des définitions de l'investissement et de l'investisseur dans les traités bilatéraux d'investissement pour justifier l'existence d'un droit au recours de l'actionnaire minoritaire :

« *there is no question that this is a broad definition, as its intent is to extend comprehensive protection to investors* »¹¹²⁰.

C'est donc encore une fois la compréhension large qu'ont eu les tribunaux arbitraux des dispositions extensives des traités, qui a permis d'admettre, de façon courante, le *locus standi* des actionnaires, même minoritaires. L'alliance de la jurisprudence et des traités bilatéraux d'investissement va, encore une fois, vers une reconnaissance libérale de la capacité processuelle des investisseurs, *lato sensu*, permettant au CIRDI de s'affirmer réellement comme le juge naturel du contentieux de l'investissement.

L'autre question soulevée par le statut des actionnaires concernait les actionnaires indirects, à savoir les actionnaires qui ne détiennent pas de part dans la société ayant subi le dommage, mais dans une société intermédiaire qui détient, elle, des actions dans la première. Accorder un droit au recours à ces actionnaires crée un risque de multiplication des requêtes, comme l'a noté le tribunal dans l'affaire *Enron* :

« *The Argentine Republic has rightly raised a concern about the fact that if minority shareholders can claim independently from the affected corporation, this could trigger an endless chain of claims, as any shareholder making an investment in a company that makes an investment in another company, and so on, could invoke a direct right of action for measures affecting a corporation at the end of the chain (...) there is indeed a need to establish a cut-off point beyond which claims would not be permissible as they would have only a remote connection to the affected company* »¹¹²¹.

¹¹¹⁷ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre République d'Argentine* (ARB/01/8), décision sur la compétence, 2003. V. not. les paragraphes 48 et 51 : « *The Tribunal finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders (...) There is indeed no requirement that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of shares* ». V. également A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376.

¹¹¹⁸ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre République d'Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité ad hoc du 25 septembre 2007, paragraphes 68-76.

¹¹¹⁹ CIRDI, *Sempra Energy International contre République d'Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence, 11 mai 2005.

¹¹²⁰ *Ibid.*, paragraphe 93.

¹¹²¹ CIRDI, *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L.P. contre République d'Argentine* (ARB/01/3), décision sur la compétence, 14 janvier 2004, paragraphes 50 et 52.

Cela est encore plus risqué vu la configuration particulière de l'arbitrage en matière d'investissement, notamment avec l'admission d'un consentement différé. L'admission des actionnaires minoritaires et indirects dans l'arbitrage unilatéral expose l'Etat à un nombre croissant de recours possible, en l'absence de toute relation personnelle ou contact entre celui-ci et l'investisseur¹¹²².

Il demeure que le Tribunal se reconnut compétent dans l'affaire *Enron* et accorda un droit au recours aux actionnaires indirects, conformément à une jurisprudence bien établie, notamment dans les affaires *Azurix*¹¹²³, *Gas Natural SDG*¹¹²⁴ et *Siemens contre Argentine*¹¹²⁵. En effet, les tribunaux confrontés à cette question ont déduit de la définition extensive de la notion d'investissement contenue dans les traités bilatéraux d'investissement et de l'absence d'exclusion explicite un tel droit¹¹²⁶. Dans l'affaire *Siemens contre Argentine*, le tribunal explique :

« *The plain meaning of this provision is that shares held by a German shareholder are protected under the Treaty. The Treaty does not require that there be no interposed companies between the investment and the ultimate owner of the company. Therefore, the literal reading of the Treaty does not support the allegation that the definition of investment excludes indirect investments* »¹¹²⁷.

Cette ligne de défense consistant à dénier la compétence des tribunaux au regard des investisseurs minoritaires ou indirects – qui a été adoptée par l'Argentine dans de nombreuses affaires – ne fonctionne donc pas, un droit au recours leur étant systématiquement accordé.

On peut, toutefois, imaginer que les Etats, à la vue d'une telle jurisprudence, décident d'exclure explicitement un tel droit dans leurs accords. Cependant, même si les traités vont vers plus de précision, ils sont loin d'exclure un tel droit, le reconnaissant même expressément comme le montre le modèle français qui inclut dans sa définition de l'investissement les :

« actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ».

¹¹²² C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p., p. 13 ; C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in P.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.

¹¹²³ CIRDI, *Azurix Corp. contre République d'Argentine* (ARB/01/12), décision sur la compétence, 8 décembre 2003.

¹¹²⁴ CIRDI, *Gas Natural SDG contre République d'Argentine* (ARB/03/10), décision sur les questions préliminaires de compétence, 17 juin 2005.

¹¹²⁵ CIRDI, *Siemens A.G. contre République d'Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004.

¹¹²⁶ Pour une étude plus précise, voir C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p. ; C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in P.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.

¹¹²⁷ CIRDI, *Siemens A.G. contre République d'Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004.

L'admission d'un droit des actionnaires à avoir recours au CIRDI réduit le champ de l'article 25 (2) (b) de la Convention de Washington, les investisseurs bénéficiant alors d'une option, du moins pour les actionnaires majoritaires¹¹²⁸. Cependant, les tribunaux arbitraux ont simplement considéré cette option fournissant une protection supplémentaire à l'investisseur :

« *the option offered by the second sentence of Article 25 (2) (b) of the Convention, as well as by article VII (8) of the Treaty provides an additional or different alternative which does not in the case prevent an investor from opting to act under the first sentence of the Convention article if it meets the pertinent requirements* »¹¹²⁹.

Enfin, l'on peut s'interroger sur la nature des droits de l'actionnaire. En effet, les actionnaires peuvent-ils avoir recours au CIRDI exclusivement pour défendre leurs parts dans la société, qui auraient directement subi un préjudice du fait du comportement de l'Etat, ou peuvent-ils de façon plus générale attaquer l'Etat pour toute mesure qui réduirait la valeur économique de la société ? Si l'on reprend le raisonnement de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* :

« Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société »¹¹³⁰.

Or, ce n'est que dans le cas où il serait porté atteinte à l'un des droits propres des actionnaires qu'ils auraient, selon la Cour, un droit de recours indépendant. Au titre de ces droits propres figurent, notamment le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation.

La même solution a été reprise dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*¹¹³¹. La Cour commence par rappeler que « l'attribution à la société d'une personnalité morale indépendante entraîne la reconnaissance à son profit de droits sur son patrimoine propre qu'elle est seule à même de protéger. En conséquence, seul l'Etat national peut exercer la protection diplomatique de la

¹¹²⁸ A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118, p. 109.

¹¹²⁹ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphes 42 et 45.

¹¹³⁰ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgique contre Espagne), arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 3, paragraphe 47. V. également F. A. Mann, "The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case", *AJIL*, vol. 67, n° 2, 1973, pp. 259-274.

¹¹³¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée contre République Démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582. V. également l'arrêt du 30 novembre 2010 et l'arrêt du 19 juin 2012 relatif à l'indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée. V. également A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376 ; P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.

société lorsque ses droits sont atteints du fait d'un acte illicite d'un autre Etat »¹¹³². S'interrogeant ensuite sur la possibilité d'exercer une protection diplomatique¹¹³³ « par substitution », exception qui offrirait « une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'Etat de la nationalité de celle-ci »¹¹³⁴, la Cour revient sur l'évolution du droit international, notant que :

« en droit international contemporain, la protection des droits des sociétés et des droits de leurs actionnaires, et le règlement des différends sont essentiellement régis par des accords bilatéraux ou multilatéraux en matière de protection des investissements étrangers, tels les accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers, et la Convention de Washington (...). Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants »¹¹³⁵.

Cependant, elle constate que la reconnaissance d'un droit de recours aux actionnaires, même s'il a évolué, en particulier du fait du droit international des investissements, ne relève pas du droit international coutumier¹¹³⁶ :

« 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 (...) 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 de régimes particuliers »¹¹³⁷.

Les Etats ont souvent voulu utiliser cette jurisprudence de la Cour comme moyen de défense devant le CIRDI, mais ces arguments ont, en général, été rejetés par les tribunaux arbitraux¹¹³⁸. La distinction entre droits propres ou indirects n'est plus retenue en pratique, comme le note Stanimir Alexandrov :

¹¹³² CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée contre République Démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582, paragraphe 61.

¹¹³³ V., à cet égard, le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs de 2006, A/61/10. V. également A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376.

¹¹³⁴ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée contre République Démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582, paragraphe 88.

¹¹³⁵ *Id.*

¹¹³⁶ *Ibid.*, paragraphe 89.

¹¹³⁷ *Ibid.*, paragraphe 90.

¹¹³⁸ V. not., même s'il s'agit d'une affaire sur le fondement de l'ALENA, *GAMI Investments, Inc. contre Mexique*, sentence du 15 novembre 2004.

« *It is clear that they all considered it to be beyond doubt that a shareholder's interest in a company includes an interest in the assets of that company, including its licences, contractual rights, rights under law, claims to money or economic performance, etc., and that in finding jurisdiction they based that reasoning on the broad definition of investment in the applicable BITs* »¹¹³⁹.

L'évolution du droit international des investissements systématise ainsi des clauses donnant un *locus standi* aux actionnaires, s'éloignant un peu plus du droit international général.

Il demeure que, face à une telle évolution du droit international des investissements, les Etats ont parfois essayé de préciser la définition des investisseurs, personnes morales, pour éviter que des sociétés fictives ou des sociétés écrans ne soient créées en vue de profiter de dispositions conventionnelles plus favorables. Par exemple, la Chine et la Suisse ont inclus une nouvelle condition dans leur définition de l'investisseur, comme étant

« les entités juridiques (...) qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie Contractante, et qui ont leur siège, en même temps que des **activités économiques réelles**, sur le territoire de cette même Partie contractante »¹¹⁴⁰.

Plusieurs formules peuvent être employées, certains accords faisant également référence à des activités commerciales importantes¹¹⁴¹ ou au lieu de la gestion effective de l'investissement¹¹⁴². Cette précision répond à l'objectif des traités bilatéraux d'investissement qui est de créer une réelle coopération économique entre les deux Etats, ce qui ne peut passer que par des investissements substantiels, comme l'a récemment noté un Tribunal :

« *the BIT requires more than the mere incorporation in one of the contracting party and (...) Article 1 (1) is a special (and rather uncommon) clause by which the two contracting States intended to exclude from treaty-protection "mailbox" or "paper" companies. (...) The BIT Preamble underlines that the purpose pursued by the two Contracting States was intensifying the economic cooperation to the mutual benefit of both States and fostering their economic prosperity. It is illogic to assume that the above goals could be achieved by giving treaty protection or by attracting into the host country "shell" companies* »¹¹⁴³.

La preuve de ces liens économiques appartiendra alors à l'investisseur.

¹¹³⁹ S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59, p. 45.

¹¹⁴⁰ Art. 1^{er} de l'Accord concernant la promotion et la protection des investissements, Berne, 27 janvier 2009 (caractère gras ajouté).

¹¹⁴¹ V. l'art. 1^{er} du modèle norvégien de 2007. V. également, par ex., l'art. 1^{er} du TBI UE/BL – Colombie, 2009.

¹¹⁴² V. l'art. 1^{er}, paragraphe 2, de l'Accord pour la promotion et la protection des investissements de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est, Manille, 15 décembre 1987. V. également la sentence *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd contre Myanmar*, sentence du 31 mars 2003.

¹¹⁴³ S.A. CNUDCI, *Alps Finance contre Slovaquie*, sentence du 5 mars 2011.

*

Conclusion de la section. Comme le notait le Tribunal dans l'affaire *Plama* :

*« Issues as to citizenship, nationality, ownership, control and the scope and location of business activities can raise wide ranging, complex and highly controversial disputes »*¹¹⁴⁴.

Certains considèrent, dès lors, que le critère de la nationalité correspond mal au droit international et devrait être supprimé. Christoph Schreuer regrette ainsi que l'investisseur soit si dépendant de sa nationalité :

« When I look at the overall situation, as far as the nationality of investors is concerned, I always feel unease. This is a highly formalistic area of the law. It leads to arbitrary results. (...) Nowadays, nationality planning is a big issue (...) Does it do justice to the equities of the particular cases, whether you incorporate in the right country?

*Also the fact that you can manipulate the system (...) or circumvent the nationality requirements somehow makes me unhappy. What is the alternative? Does it make sense to make investor protection so dependent on nationality? Wouldn't it make more sense to take a leaf from another branch of international law, that is human rights protection, and grant protection regardless of this somewhat arbitrary system based on nationality ? (...) If ever we have a major reform of international investment law, I would suggest this should be kept in mind »*¹¹⁴⁵.

Sans aller jusqu'à vouloir supprimer le critère de la nationalité, il faut reconnaître que celui-ci n'est pas pleinement adapté à la modernité du droit international des investissements et devrait être au moins complété d'autres critères, lui permettant d'avoir une assise plus substantielle¹¹⁴⁶. Ce serait également un moyen de répondre à la critique faite au droit international des investissements, selon laquelle les investisseurs étrangers seraient trop favorisés au regard des investisseurs nationaux, créant alors une concurrence déloyale. On pourrait dès lors imaginer se passer de tout critère de nationalité en créant un régime

¹¹⁴⁴ CIRDI, *Plama Consortium Limited contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence du 8 février 2005, paragraphe 149.

¹¹⁴⁵ D. Caron, W. Park, C. Schreuer et P. Bekker, "Are the ICSID Rules Governing Nationality & Investment Working ? (Table ronde)" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 119-144, pp.129-130.

¹¹⁴⁶ Prosper Weil évoquait l'origine du capital dans son opinion dissidente dans l'affaire CIRDI, *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004. D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 147.

réellement mondial relatif aux investissements dans une approche intégrée. Toutefois, une telle évolution est, pour l'instant, inimaginable, l'objectif du droit international des investissements étant à l'heure actuelle d'attirer les capitaux étrangers¹¹⁴⁷.

Pour rester dans le *lex lata*, il faut remarquer que, tout comme la notion d'investissement, celle de ressortissant d'un autre Etat partie est appréhendée de façon large, autant par la Convention de Washington, que par les traités bilatéraux d'investissement, autorisant le CIRDI à se déclarer compétent dans de nombreux cas¹¹⁴⁸. Il est intéressant de noter que c'est par l'alliance d'une conception large tant de l'investissement que de l'investisseur que la protection est la plus extensive, comme le montre le cas de l'actionnaire qui ne sera pas considéré au regard de sa qualité d'investisseur, mais du fait de son investissement.

Cette approche peut paraître choquante, du fait qu'elle cautionne parfois le *treaty shopping*, qu'elle semble favoriser l'investisseur et qu'elle peut créer quelques désordres procéduraux, comme par exemple une multiplication de procédures parallèles. Toutefois, tel n'est pas le cas, les Etats ayant toujours la possibilité de modifier leurs traités bilatéraux d'investissement pour en réduire la portée ou d'inclure une clause de déni des avantages, comme l'ont fait, par exemple, le Canada ou les Etats-Unis. De plus, ces difficultés procédurales ne peuvent être une raison suffisante pour refuser la protection conventionnelle à certains groupes, d'autant plus que ce ne sont pas seulement des droits procéduraux qui sont en jeu, mais aussi l'ensemble des droits substantiels accordés par le traité. Ces définitions conditionnant l'application du traité¹¹⁴⁹, il ressort de l'intitulé même de ces accords de promotion et de protection des investissements que leur intérêt est de protéger un maximum d'objets et de destinataires, ce qui implique nécessairement qu'elles aient une compréhension large¹¹⁵⁰. Les efforts doivent se concentrer sur la coordination et l'efficacité des procédures, sans rien enlever à la protection, ce que commencent déjà à faire les traités bilatéraux d'investissement avec la mise en place de procédures de consolidation¹¹⁵¹ par exemple¹¹⁵².

Dans tous les cas, l'interprétation faite de la Convention *in favorem jurisdictionis* s'explique aisément au regard de la place centrale accordée à la volonté des parties, ce qui justifie que les

¹¹⁴⁷ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, pp. 119.

¹¹⁴⁸ Cela semble correspondre à la tendance évoquée par les tribunaux arbitraux vers l'expansion de la compétence arbitrale. V. not. CIRDI, *Wena Hotels Ltd. contre Egypte* (ARB/98/4), décision sur la compétence du 29 juin 1999 ; CIRDI, *Tokios Tokelés contre Ukraine* (ARB/02/18), décision sur la compétence du 29 avril 2004, paragraphe 49.

¹¹⁴⁹ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 46-59.

¹¹⁵⁰ A. Vincze, "Jurisdiction *Ratione Personae* in ICSID Arbitration", *European Integration Studies*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 11-122.

¹¹⁵¹ Voir *supra*, p. 319 et s.

¹¹⁵² C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p. ; C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in P.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. P. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.

conditions de la compétence soient appréhendées de façon souple si elles ont souhaité soumettre leur différend au CIRDI.

*

Conclusion du chapitre. La place du CIRDI dans le contentieux international a subi une véritable révolution. Qu'on l'approuve ou qu'on la conteste, celle-ci est indéniable tant du point de vue quantitatif, que de celui des effets sur le droit international des investissements.

Du point de vue quantitatif d'abord, le contentieux CIRDI est en expansion constante – même s'il subit aujourd'hui un léger ralentissement. Cela est, bien évidemment, lié à l'interprétation des conditions de sa compétence, autant *ratione materiae*, que *ratione personae*, mais surtout *ratione voluntatis*, en raison de l'appréhension du consentement à l'arbitrage. Les sentences *SPP contre Egypte* – dans le cas d'une loi – et *AAPL contre Sri Lanka* – pour un traité bilatéral d'investissement – ont ouvert la porte à un contentieux de plus en plus large – ou la boîte de Pandore, selon les interprétations.

Parallèlement à cette extension quantitative, on assiste aujourd'hui à une modification du phénomène d'arbitrage en matière d'investissement. Cela est sans nul doute dû à la banalisation de l'arbitrage CIRDI, certains le qualifiant de « système généralisé d'arbitrage obligatoire pour l'ensemble des relations économiques » entre Etats et étrangers¹¹⁵³. En effet, par l'effet d'une « certaine publicisation »¹¹⁵⁴, les arbitres sont devenus les « juges de la globalisation »¹¹⁵⁵. Certains ont pu critiquer une telle (r)évolution, notant la tendance trop libérale des arbitres ou la situation de déséquilibre entre les Etats et les investisseurs et surtout que :

¹¹⁵³ P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 351.

¹¹⁵⁴ E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, n° 1, 1999, pp. 273-297.

¹¹⁵⁵ V. les propos de Brigitte Stern in P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 351.

« les Etats ne sont pas des parties contentieuses banales. Ils sont des entités souveraines et leur acceptation d'un règlement arbitral définitif ne peut pas (ou ne devrait pas) être présumé facilement »¹¹⁵⁶.

Cependant, qu'on approuve ou rejette un tel développement, la responsabilité n'est pas à rechercher dans le chef des tribunaux arbitraux. C'était bien l'objet de ce chapitre de révéler – ou de tenter de montrer – que c'est seulement par l'effet conjugué de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement que de telles interprétations ont pu apparaître. On ne peut imputer le développement de l'arbitrage CIRDI qu'à ces derniers et, *a fortiori*, à leurs rédacteurs, à savoir les Etats. La compétence ne peut être envisagée seule, mais doit être vue dans le contexte général du droit international des investissements. Les Etats tentent d'attirer les investisseurs étrangers en leur attribuant toujours plus de privilèges et garanties, notamment la possibilité du recours au CIRDI. Dès lors, la compétence large des arbitres n'est plus choquante ou injuste, mais est seulement dans la droite ligne de la politique menée par les Etats, notamment importateurs de capitaux, qui ressort des traités bilatéraux d'investissement.

C'est, en tout cas, tout l'intérêt du droit international des investissements qui est révélé, la Convention de Washington ayant mis en place un système flexible pouvant s'adapter aux circonstances changeantes¹¹⁵⁷ et les conventions bilatérales d'investissement ayant su évoluer au rythme de ces modifications. Ce droit suit le mouvement d'une valse, le premier temps étant dirigé par les Etats au travers des conventions, le deuxième étant soumis à la volonté des arbitres et, enfin, le troisième unissant ces deux phénomènes et aboutissant à ce droit véritablement international des investissements¹¹⁵⁸ qui jouit d'une existence autonome, n'appartenant ni tout à fait aux Etats, ni tout à fait aux arbitres.

*

CONCLUSION DU TITRE. Les conventions bilatérales d'investissement et la Convention de Washington ont été le terreau opportun à la mise en place d'un nouvel ordre juridique.

¹¹⁵⁶ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

¹¹⁵⁷ R. Wisner et N. Gallus, "Nationality Requirements in Investor-State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n° 6, 2004, pp. 927-945, p. 944.

¹¹⁵⁸ J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742, p. 741.

« L'importance donnée à la volonté des parties pour saisir le Centre explique que les auteurs de la Convention aient pu sur certains points rester discrets (nationalité des sociétés) ou silencieux (définition de l'investissement) »¹¹⁵⁹. Or, ces nombreux points « abandonnés à la sagesse des interprètes »¹¹⁶⁰ ont permis aux tribunaux statuant sous l'égide du Centre de donner une interprétation extensive de leur compétence¹¹⁶¹, entendue de façon large comme l'étendue du « pouvoir juridictionnel »¹¹⁶², s'affirmant ainsi comme le juge naturel du droit international des investissements. Une telle évolution n'aurait pu avoir lieu sans ce qu'Emmanuel Gaillard a qualifié de « phénomène le plus marquant de l'histoire du CIRDI », à savoir le « développement spectaculaire qu'a connu récemment l'arbitrage sur le fondement d'instruments de protection des investissements dans lesquels le consentement de l'Etat d'accueil et celui de l'investisseur sont dissociés »¹¹⁶³.

Reste à s'interroger sur l'avenir du droit international des investissements. Brigitte Stern fait peser son évolution sur les arbitres, notant que le consentement dissocié :

« pourra devenir la pire ou la meilleure des choses selon l'usage qu'en feront les investisseurs, c'est-à-dire en réalité selon l'usage qu'en feront les arbitres internationaux, sur lesquels pèse aujourd'hui une immense responsabilité quant au visage qu'auront les relations économiques internationales de demain »¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁹ P. Kahn, "Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage" in *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-monde*, Pedone, Paris, 1968, pp. 179-213, p. 194.

¹¹⁶⁰ P. Reuter, "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" in P. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, P. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées : la Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 4 et s.

¹¹⁶¹ Un examen des sentences montre que très peu de tribunaux arbitraux ont décliné leur compétence de façon totale, mettant ainsi fin à la procédure. V. not., CIRDI, *Vacuum Salt Products Ltd contre Ghana* (ARB/92/1), sentence sur la compétence, 16 février 1994 ; CIRDI, *Scimitar Exploration Limited contre Bangladesh et Bangladesh Oil, Gas and Mineral Corporation* (ARB/92/2), sentence sur la compétence du 4 mai 1994 ; *Cable Television of Nevis, Ltd. and Cable Television of Nevis Holdings, Ltd contre Federation of St Kirrs and Nevis* (ARB/95/2), sentence déclinant la compétence du 13 janvier 1997 ; CIRDI, *Banro American Resources, Inc contre République démocratique du Congo* (ARB/98/7), sentence sur la compétence du 1^{er} septembre 2000 ; CIRDI, *Philippe Gruslin contre Malaisie* (ARB/99/3), sentence sur la compétence du 28 novembre 2000 ; CIRDI, *Mihaly International Corp contre Sri Lanka* (ARB/00/2), sentence du 15 mars 2002 ; CIRDI, *Zhinvali Development Ltd contre Géorgie* (ARB/00/1), sentence déclinant la compétence du 24 janvier 2003 ; CIRDI, *Hussein Nauman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision sur la compétence du 7 juillet 2004 ; CIRDI, *Joy Mining Machinery contre Egypte* (ARB/03/11), sentence sur la compétence du 6 août 2004 ; CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD contre Malaisie* (ARB/05/10), sentence du 28 mai 2007 ; CIRDI, *Bayview Irrigation District et autres contre Mexique* (ARB(AF)/05/1), sentence du 21 juin 2007 ; CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007 ; CIRDI, *Sociedad Anónima Eduardo Vieira contre Chili* (ARB/04/7), sentence du 21 août 2007.

¹¹⁶² C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516, p. 459.

¹¹⁶³ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 2.

¹¹⁶⁴ B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244, p. 244.

Cependant, cette responsabilité doit être partagée avec les Etats, qui, par la rédaction de leurs traités bilatéraux d'investissement, peuvent bouleverser l'évolution du droit international des investissements.

*

CONCLUSION DE LA PARTIE. Finalement, le système relatif aux investissements évolue selon sa propre dynamique, échappant tant aux Etats – et à leurs traités bilatéraux d'investissement – qu'aux arbitres, pour constituer un système autonome, se distinguant à la fois de l'arbitrage commercial international et du droit international public. Qu'est donc alors ce nouvel ordre juridique ? Quelques propositions permettent de mieux l'identifier.

Le droit international des investissements est, tout d'abord, un droit fondamentalement jurisprudentiel. C'est ce que constate Thomas W. Wälde :

« Modern international investment law develops now mainly out of cases, and less out of treaties. Treaties may provide a jurisdictional basis, a structure of argument and major concepts to start and categorize the required more detailed line of enquiry, but the way treaty language develops into operative law – i.e. specific principles and rules governing the way tribunals decide is now mainly a matter of emerging case law. This is the normal way law develops – with codifications either laying a foundation of concepts and structure of arguments at the beginning or, towards the end, collecting and restating evolved case law. Legislation by a legislator sets the scene and opens the game, so to speak; judicial law making then takes over the game and develops the specifics of law, sometimes by itself, sometimes in interaction with the legislators. Once set in motion, judicial law-making is not easy to stop or interrupt as the political capital investment necessary for legislation by treaty, in particular multilateral treaties, is hard to mobilize »¹¹⁶⁵.

Même si Thomas W. Wälde minimise le rôle des traités¹¹⁶⁶, le fait que le droit international des investissements se fonde beaucoup sur la jurisprudence des tribunaux statuant sous l'égide

¹¹⁶⁵ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 46 (références omises). V. également p. 56 : « *It is the creation of arbitral jurisdiction (...) and not the formulation of substantive investment protection obligations in national laws and treaties which is the pivot around which international investment law turns* ».

¹¹⁶⁶ Il semble, toutefois, que ce soit davantage une question de degré qu'une dépréciation du rôle des traités, lui-même constatant que « *International therefore now develops very rapidly mainly by arbitral jurisprudence, also by the negotiation of existing treaties, often in response to arbitral jurisprudence* ». Voir T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 91.

du CIRDI ne nie pas son caractère profondément conventionnel. Déjà, c'est bien en vertu des traités bilatéraux d'investissement que les tribunaux peuvent se reconnaître compétents, ces accords comprenant le consentement de l'Etat à l'arbitrage. Ensuite, c'est en se fondant sur les normes contenues dans les traités que les arbitres peuvent construire le droit international des investissements. Enfin, les Etats conservent la maîtrise de ce droit, dont ils contrôlent les évolutions et auquel ils donnent les directions et les impulsions nécessaires – même s'il faut reconnaître que le rythme des modifications conventionnelles n'est pas le même que celui des décisions de justice¹¹⁶⁷.

En effet, le droit international des investissements est également un droit profondément évolutif. Le mouvement de va-et-vient entre les arbitres et les Etats permet une sélection quasi-darwiniste des règles, aboutissant à une harmonisation sur les principes les plus efficaces¹¹⁶⁸. Sur le marché particulièrement compétitif des régimes conventionnels, les Etats doivent vite s'adapter à l'évolution des règles, pour favoriser toujours le climat des investissements. De même, au fur et à mesure des décisions et sentences, les arbitres vont finir par s'accorder sur l'interprétation la plus efficace pour construire une jurisprudence qui ne sera pas réellement remise en question. Ainsi, même dans ce monde très décentralisé de l'arbitrage, le droit international des investissements a été propice à l'élaboration d'une « jurisprudence constante ». Cela ne signifie pas qu'il n'existe plus de contradictions ou qu'il n'en existera plus jamais ; mais seulement qu'une jurisprudence peut se construire dans ce droit international des investissements, qui demeure un processus et, en tout cas, un droit très jeune.

Or, ces caractères du droit international des investissements contribuent à l'éloigner un peu plus du droit international général ou de l'arbitrage commercial international.

D'une part, la modernité de l'arbitrage en matière d'investissement, qui a su prendre en compte son caractère d'institution publique, le distingue profondément de l'arbitrage commercial. La transparence de son organisation, son ouverture au public et l'admission d'*amicus curiae*, tout comme la conscience des arbitres que leurs décisions pourraient être considérées comme de véritables précédents, sont autant d'indices du caractère spécifique de l'arbitrage dans le cadre du Centre, qui n'est pas loin de devenir le juge ordinaire des Etats en matière d'investissement et au-delà.

D'autre part, le droit international des investissements se détache peu à peu de ses racines en droit international public. Certes, les sources du droit international des investissements sont traditionnelles en droit international public, la source principale étant le traité, ce qui n'est pas sans effet sur l'interprétation retenue par les arbitres, ceux-ci faisant très largement référence

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 47 : « *Treaties can correct, modify and attempt to redirect the flow of jurisprudence ; treaties, however, take much more time and political capital* ».

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 46-47.

aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Si le droit relève des traités, si le CIRDI tire son existence de l'ordre juridique international et si les arbitres appliquent le droit international¹¹⁶⁹, il n'y a pas de doute que le droit international des investissements procède directement du droit international public¹¹⁷⁰.

Cependant, plusieurs traits diffèrent. Par exemple, l'exécution des sentences sera largement facilitée par la Convention de Washington, qui met en place un système autonome et automatique. Mais c'est surtout l'admission du consentement anticipé de l'Etat, qui autorise un recours quasi-obligatoire au CIRDI, qui révèle une forme de dépassement du consensualisme, cher au droit international public.

De même, l'équilibre – ou le nouveau déséquilibre – qui unit l'Etat et la personne privée organisé par le droit international des investissements contribue à émanciper ce système de ses fondements dans le droit international public. Ainsi, les sujets du droit international des investissements ne sont pas seulement les Etats, mais aussi les personnes, qui vont jouir de droits et d'obligations, mais qui surtout auront la capacité de les exercer sur la scène internationale. L'admission de la capacité processuelle des personnes privées rend effectifs leurs droits¹¹⁷¹. Ainsi, comme le note Pierre-Marie Dupuy :

« la doctrine commence à percevoir dans une telle évolution l'émergence de l'entreprise privée comme sujet de droit international. Lorsqu'on rapporte en effet cette évolution procédurale à la question substantielle du droit applicable prévu dans les conventions bilatérales (...), on constate qu'il s'agit le plus souvent du droit international (...). Jointe à l'invocabilité directe de l'arbitrage (...) cette phase nouvelle du remembrement coutumier du droit international des investissements pourrait ainsi parvenir à la confirmation de l'existence d'un « droit international [des investissements] » »¹¹⁷².

Le glissement est alors rapide du droit international général vers le droit transnational des investissements¹¹⁷³. Ces divers mouvements contribuent à créer ce que certains qualifient de

¹¹⁶⁹ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 7 ; J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2010, XXVI-820 p., p. 607.

¹¹⁷⁰ F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, p. 474.

¹¹⁷¹ Thomas Wälde note que « *A right without an effective remedy is a mere declaration (...) A right without an effective remedy is not proper law, or at least not serious and effective law* » in T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 56.

¹¹⁷² P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2006, XXVII-849 p., p. 634. V. également F. Poirat, "L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 45-84, p. 74 : « l'évolution du droit conventionnel dans le registre des investissements internationaux contribue très largement à faire de la personne privée, sujet de droit interne, un sujet de droit international ayant une personnalité et une capacité internationales. Se dessine ainsi nettement la même évolution que celle qui informe le droit conventionnel dans le cadre de la protection des droits de l'homme : la personne privée, « homme » ou « investisseur » passe du statut international d'objet à celui de sujet capable ».

¹¹⁷³ P. C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, 113 p. V. également P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., pp. 46-47.

« *common law of world investment* » ou de « *truly global investment law* »¹¹⁷⁴. Or, si l'ordre juridique est un « ensemble de règles de droit, constituant une société ou un groupement donné »¹¹⁷⁵ – cette société étant composée des Etats et des investisseurs – on peut légitimement se demander si ce « *jus commune* » ne constitue finalement pas un système propre. Or si l'on admet, avec François Rigaux que :

« pour mériter la qualification d'ordre juridique un système de relations sociales [doit] se composer de trois séries d'éléments : des règles de conduite observées par leurs destinataires, des règles de décisions appliquées par un juge, des mécanismes de contrainte qui assurent l'effectivité du système »¹¹⁷⁶.

La qualification d'ordre juridique n'est, dès lors, pas si lointaine¹¹⁷⁷. Tout d'abord, l'effectivité du système ne fait pas de doute, le succès du système étant une preuve suffisante. De plus, des mécanismes juridiques sont prévus par la Convention de Washington et les traités bilatéraux d'investissement pour assurer l'efficacité du droit international des investissements, qui demeure, de plus, soumis à la contrainte économique liée à la forte concurrence du marché des capitaux. Ensuite, un juge est apparu au travers de l'ensemble des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI, dont la compétence quasi-obligatoire, vient encore augmenter l'effectivité du système. Il faut, enfin, se tourner vers les règles de conduite, ce « *jus commune* » spécifique aux investissements, pour vérifier l'opportunité de la qualification d'ordre juridique.

¹¹⁷⁴ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 91.

¹¹⁷⁵ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 786.

¹¹⁷⁶ F. Rigaux, "Souveraineté des États et arbitrage transnational" in P. Fouchard et P. Kahn, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1987, p. 279.

¹¹⁷⁷ V., pour comparaison, A. Pellet, "La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 53-74.

SECONDE PARTIE

**UN REGIME NORMATIF DE
L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL**

Si l'on reprend la définition de François Rigaux :

« pour mériter la qualification d'ordre juridique un système de relations sociales [doit] se composer de trois séries d'éléments : des règles de conduite observées par leurs destinataires, des règles de décisions appliquées par un juge, des mécanismes de contrainte qui assurent l'effectivité du système »¹.

La définition de règles de conduite est donc nécessaire à la qualification d'un ordre juridique, mais elle ne suffit pas. Il faut également que ces normes disposent de certains caractères, précisés par Emmanuel Gaillard :

« *Four characteristics are generally found to be the mark of a genuine legal system (ordre juridique) : its completeness, its structured character, its ability to evolve, its predictability* »².

Il faut donc vérifier, non seulement que la relation entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI a permis de découvrir un contenu substantiel au droit international des investissements, mais aussi qu'elle a donné à ces normes un caractère complet, structuré, prévisible et capable d'évoluer. Le « *corpus juris* » que constitue le droit international des investissements révèle ainsi la relation qu'entretiennent la jurisprudence du CIRDI et les conventions bilatérales d'investissement.

Si l'on s'intéresse aux normes de l'ordre juridique international relatif aux investissements, il faut, avant tout, en définir les sources. Celles-ci sont bien évidemment conventionnelles dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités bilatéraux d'investissement, mais cela n'exclut pas la possible application de coutumes, principes généraux de/du droit et surtout de standards, voire même de la jurisprudence.

Au-delà des sources *stricto sensu*, il faut noter que le droit international des investissements se trouve à la croisée de plusieurs ordres juridiques, relevant tant du droit privé que du droit public, mais surtout faisant appel aux normes et principes de l'ordre interne comme de l'ordre international.

¹ F. Rigaux, "Souveraineté des États et arbitrage transnational" in P. Fouchard et P. Kahn, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1987, p. 279.

² E. Gaillard, "Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision-Making?", *Arbitration International*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 59-71, p. 65.

En effet, c'est à l'Etat d'accueil qu'il revient de définir librement les règles de traitement et de protection de l'investissement que les ressortissants d'autres Etats auront constitué sur son territoire. Cette conséquence de la souveraineté de l'Etat et de sa compétence territoriale exclusive et plénière a été précisée par l'article 2, paragraphe 2, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, selon lequel tout Etat a droit :

« de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements, et conformément à ses priorités et objectifs nationaux »³.

Cette souveraineté, qu'on pourrait qualifier d'économique, qui permet à l'Etat de définir librement son système économique et social, a été rappelée dans la sentence *Topco* à propos du droit de nationaliser :

« l'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de la souveraineté territoriale. Celle-ci confère [à l'Etat] une compétence exclusive pour organiser comme il l'entend les structures économiques du pays et y introduire les réformes qui lui paraissent opportunes. C'est une prérogative essentielle de la souveraineté pour les autorités de l'Etat, qui sont chargées constitutionnellement de l'exercer, que de choisir et d'édifier librement un système économique et social »⁴.

Toutefois, la législation interne étant souvent incapable d'attirer les capitaux étrangers⁵, le recours au droit international a été jugé nécessaire.

Les traités bilatéraux d'investissement ont un double objet : la promotion ou l'encouragement des investissements, d'une part, et la protection de ces derniers, d'autre part. Mais, en réalité, ces deux objets se télescopent : la protection des investissements, entendue comme les règles qui ont pour « objet et pour effet d'empêcher certaines atteintes publiques qui pourraient être dirigées contre l'investissement »⁶, permettra leur promotion. L'accent a donc été mis sur les dispositions relatives à la protection et à la sécurité des investissements, d'autant plus du fait des incertitudes entourant le droit international général suite à la décolonisation et aux revendications d'un Nouvel ordre économique international. Il s'agit alors de définir des normes de traitement, entendues comme :

³ Rés. 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations unies, 12 décembre 1974.

⁴ S.A. *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe lybienne*, 19 janvier 1977, paragraphe 59, en français in J. F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères", *JDI*, vol. 104, 1977, pp. 319-389.

⁵ Patrick Juillard note ainsi que le droit interne ne peut être efficace pour attirer les capitaux étrangers que s'il « respecte un triple impératif d'équité, de publicité et de stabilité, faute de quoi [il] ne saurait produire l'effet d'encouragement » in P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250-VI, 1994, pp. 9-216, p. 48.

⁶ *Ibid.*, p. 40.

« l'ensemble des éléments de ce régime juridique [des investissements], depuis le moment de la constitution jusqu'au moment de la liquidation »⁷.

Une grande diversité des normes coexistent dans ces accords. Ainsi retrouve-t-on des règles, qui peuvent être définies comme des énoncés prescriptifs à valeur juridique obligatoire de source conventionnelle ou coutumière, dont le contenu peut être exprimé en termes plus ou moins précis ; mais aussi des principes, formules sans contenu normatif direct exprimant des valeurs jugées essentielles dans le domaine des investissements, soit pour des raisons de morale et d'équité, soit pour des raisons économiques et systémiques. Ces principes vont finalement inspirer les règles et orienter la pratique, de même qu'ils serviront dans la détermination de solution par le juge ou l'arbitre. Cependant, ce sont surtout les standards qui jouent un rôle essentiel en droit international des investissements.

Au vu de l'incertitude des obligations du droit international général, on a défini des standards, « principe[s] généra[ux], qui existe[nt] donc indépendamment du support conventionnel dans lequel il[s] s'insère[nt], et qui fourni[ssent] un étalon de comportement aux Etats »⁸, dont le contenu ne peut être connu de façon précise à l'avance, mais qui suggèrent la référence à certain seuil qui ne pourra être vérifié qu'au regard d'une situation concrète. L'apparition de standards se fait dans un état d'insuffisance du droit : comme le notait le Professeur Juillard, « on a des standards quand il n'y a pas de règles ». Ainsi, la référence systématique aux standards dans les conventions bilatérales d'investissement est-elle révélatrice et a eu un impact important sur le rôle joué par les tribunaux arbitraux.

Ce système normatif a permis d'accorder à l'arbitre une liberté considérable, qu'il soit face à des standards par définition flous ou à des clauses conventionnelles très générales. Joe Verhoeven déduit ainsi d'une analyse des traités bilatéraux d'investissement que :

« les stipulations conventionnelles sont dans l'ensemble d'une grande banalité, leur signification souvent très imprécise et leurs implications très incertaines »⁹.

Le droit international des investissements n'aurait donc pu se construire sans l'intervention du juge,

« la « pauvreté » normative de la règle – du « standard » – renforce le recours au juge bien plus qu'elle ne le contrarie »¹⁰.

Au cours des différents arbitrages, le CIRDI s'est alors nourri de ces omissions et imprécisions, pour développer un climat toujours plus favorable aux investisseurs. Cette

⁷ *Id.*

⁸ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 672.

⁹ J. Verhoeven, "Conclusions" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 363-373, p. 368.

¹⁰ *Ibid.*, p. 369.

évolution logique, du fait que les accords n'imposaient, par la force des choses, que des obligations aux Etats et, *a contrario*, des droits pour les investisseurs, n'a pas toujours été vue d'un bon œil par les Etats, entraînant une véritable crise de légitimité du droit international des investissements.

Ainsi, la liberté laissée aux arbitres et l'évolution que connaissait le droit international des investissements ne convenant pas toujours aux Etats, ces derniers ont précisé les différentes obligations et en ont créé de nouvelles, de façon à parvenir à plus d'équilibre dans leurs relations avec les investisseurs.

Parallèlement, de nouvelles obligations ont fait leur apparition au fur et à mesure des évolutions de la société internationale, de l'avancée de la mondialisation et de la diversification des besoins des investisseurs. Alors qu'initialement, le droit international des investissements était principalement tourné vers la protection et la sécurité des investisseurs et de leurs investissements, ces préoccupations sont passées au second plan faisant la part belle aux obligations nées de la volonté de libéralisation des marchés de capitaux et de service et de l'organisation d'une concurrence libre et loyale.

Le droit international substantiel relatif aux investissements est donc lui aussi révélateur des courants qui le traversent et des relations entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI. C'est grâce aux imprécisions laissées par les accords que la jurisprudence du CIRDI a pu s'affirmer et, parfois, s'imposer. Et de même, c'est l'impulsion donnée par les tribunaux arbitraux qui a déterminé les Etats à faire évoluer le droit international des investissements vers plus d'équilibre entre droits des investisseurs et intérêts publics et vers une diversification des obligations. Ce droit en action révèle un ordre juridique en construction qui, même s'il n'a pas encore un caractère précis dans son contenu, montre, par ses divers aspects, sa spécificité au regard des autres ordres juridiques et son caractère abouti.

Ces normes de l'ordre juridique international relatif aux investissements n'ont donc pas toutes le même statut. Certaines relèveraient ainsi d'un « *common law of world investment* »¹¹ ou d'un nouveau « *jus commune* » transnational¹². On pourrait ainsi reproduire le raisonnement appliqué à la *lex mercatoria*, du fait que le droit international des investissements :

« tend à la constitution d'un véritable *jus commune*, d'un droit matériel propre à régir les relations internationales »¹³.

¹¹ T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120, p. 91.

¹² *Ibid.*, p. 100.

¹³ Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1969, X-1036 p., p. 52.

Une autre partie du droit international des investissements, non moins fondamentale mais plus récente, correspond à la capacité d'évolution du droit international et révèle les nouvelles aspirations de cet ordre juridique.

Le droit substantiel des investissements met en lumière cette évolution, qui n'a pu avoir lieu que grâce aux efforts conjugués des Etats, au travers des traités bilatéraux d'investissement, et des arbitres. Au-delà de la distinction traditionnelle entre standards conventionnels et standards non conventionnels ou de la distinction entre standards relatifs et standards absolus¹⁴, il convient de s'interroger sur ces normes du droit international des investissements à travers la distinction entre les règles appartenant au « *jus commune* » du droit international des investissements, qui assurent la protection et la sécurité des investissements (Titre 3), et celles qui participent au développement de ce nouvel ordre juridique, permettant l'émergence d'obligations plus modernes, qui assurent un davantage d'équilibre entre droits des investisseurs et droits des Etats (Titre 4).

Titre 3. La naissance d'un droit international général des investissements

Titre 4. Le développement du droit international des investissements

¹⁴ P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48, p. 8.

TITRE 3

LA NAISSANCE D'UN DROIT INTERNATIONAL GENERAL DES INVESTISSEMENTS

Un ordre juridique implique nécessairement un corps de normes. Les normes de l'ordre juridique international relatif aux investissements ont pour principal objet la protection et la sécurité de ces opérations économiques. Initialement tournées principalement vers la protection contre les expropriations, ces normes ont évolué avec la modification des risques pesant sur les investissements et, aujourd'hui, le traitement juste et équitable occupe la place centrale¹⁵.

Assurer protection et sécurité aux investissements est l'objectif premier des traités bilatéraux et peut même être considéré comme leur raison d'être. La protection ici en cause est une protection contre les risques politiques et juridiques, et non contre les risques économiques, de la seule responsabilité de l'investisseur. En effet, il est apparu que la promotion des investissements ne se ferait que si les investisseurs étaient protégés contre tout traitement arbitraire et, surtout, contre les expropriations, contrairement à ce qui apparaissait être la norme au moment des revendications d'un Nouvel ordre économique international. Le caractère indéterminé des standards internationaux relatifs au traitement des biens étrangers, de même que les incertitudes entourant la question des expropriations, ont justifié que soient incluses certaines normes de traitement dans les traités bilatéraux d'investissement.

La notion de traitement fait référence au régime juridique qui s'applique aux investissements une fois ceux-ci admis sur le territoire de l'Etat hôte¹⁶. Même si le droit international coutumier contient certaines obligations de traitement des étrangers et de leurs biens, celles-ci demeurent imprécises et rien n'oblige, en tout cas, l'Etat à les traiter de façon égale à des nationaux. Il faudra donc s'en remettre au droit interne de l'Etat en cause et, le cas échéant, au

¹⁵ C. Schreuer, "Interrelationship of Standards" in A. Reinisch, *Standards in Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-7.

¹⁶ J. L. Lavie, *Promotion et protection des investissements*, PUF, Paris, 1985, 331 p. V. également R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 58.

droit international conventionnel pour déterminer quelles obligations s'imposent à l'Etat, à l'égard des investissements étrangers.

Les conventions bilatérales d'investissement incluent diverses dispositions, reprenant des standards ou des obligations conventionnelles plus traditionnelles. Même si certaines dispositions se retrouvent de façon systématique, la combinaison des standards pourra différer d'un modèle à un autre ou évoluer dans le temps.

Historiquement, les traités bilatéraux d'investissement avaient vocation à protéger les investisseurs étrangers contre les expropriations sans indemnisation. Face à l'incertitude du droit international relatif aux expropriations, chaque accord prévoyait les conditions de leur licéité. Cependant, les Etats, confrontés aux répercussions économiques qu'avait eues leur politique à l'encontre des investisseurs étrangers, ont renoncé au recours aux expropriations. Cela ne signifie pas, pour autant, que les dispositions entourant le droit d'expropriation aient perdu toute utilité ou aient disparu du droit international des investissements. Si les expropriations *stricto sensu* ont quasiment disparu, elles ont été remplacées par d'autres mesures aboutissant indirectement au même résultat. Il demeure qu'aujourd'hui, les dispositions relatives aux expropriations n'ont plus la priorité dans l'arbitrage international relatif aux investissements, qui se tourne vers d'autres dispositions.

La pratique conventionnelle inclut ainsi, de façon systématique, plusieurs standards tels que le traitement juste et équitable, la pleine et entière protection et sécurité, la non-discrimination, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. On peut ainsi distinguer les standards relatifs, qui imposent à l'Etat de garantir un certain traitement à l'investisseur étranger au regard d'une autre catégorie de personnes ; et les standards absolus qui doivent être accordés quelle que soit la façon dont sont traités les ressortissants nationaux ou les autres étrangers, comme le traitement juste et équitable par exemple¹⁷.

Alors que les standards relatifs ont nécessairement besoin d'une assise conventionnelle pour s'appliquer, autant la nature que le contenu des standards absolus pose problème du fait des liens qu'ils entretiennent avec le standard minimum et du fait de l'impact de leur reprise systématique dans les milliers de traités bilatéraux d'investissement existants. Le traitement juste et équitable apparaît, en effet, aujourd'hui comme la pierre angulaire de l'arbitrage international en matière d'investissement.

D'autres obligations sont régulièrement incluses et la tendance va vers un accroissement de leur nombre et une plus grande précision du traitement applicable.

¹⁷ P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48.

Cependant, les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité, autant que les règles relatives aux expropriations constituent les normes fondamentales du droit international des investissements et révèlent particulièrement bien la relation qu'entretiennent les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI.

En effet, les clauses des traités bilatéraux d'investissement demeurent profondément imprécises et vagues, évoquant des concepts aux contours flous, tels que ceux de traitement juste et équitable, de pleine et entière protection et sécurité ou même d'expropriation indirecte ou rampante. Dès lors, l'incertitude régnant dans les traités bilatéraux d'investissement a ouvert la porte à une jurisprudence audacieuse et active des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI.

Toutefois, le dynamisme de la jurisprudence s'alliant à une augmentation proportionnelle des obligations des Etats n'a pas tardé à entraîner une réaction de leur part, ceux-ci ayant parfois modifié leurs modèles d'accords afin de préciser les concepts, mais aussi de limiter la portée de leurs engagements.

La détermination du contenu du droit international des investissements a donc été le résultat, non pas de l'union des traités et de la jurisprudence, mais d'un mouvement d'opposition entre arbitres et Etats, qui a, néanmoins, permis de mettre en œuvre ces normes fondamentales de l'ordre juridique international relatif aux investissements, à savoir les standards de protection (Chapitre 5) et les règles entourant les expropriations (Chapitre 6).

Chapitre 5. L'indétermination du droit international général des investissements

Chapitre 6. Le renouveau du droit des expropriations

CHAPITRE 5

L'INDETERMINATION DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL DES INVESTISSEMENTS

Le terme « standard » est d'origine anglaise et apparaît assez difficile à traduire précisément. En droit international général, il se définit comme des :

« principes juridiques habituellement retenus entre lesquels les Etats choisissent ceux qu'ils entendent appliquer. Ce sont en quelque sorte des principes coutumiers « optionnels », rarement mis en œuvre de manière absolue »¹⁸.

En droit international des investissements, cette expression apparaît davantage comme une proposition générale qui n'a pas de contenu particulier, mais qui donne une idée de ce que doit être le comportement de l'assujéti pour que ce comportement soit conforme au droit. Les standards sont particulièrement importants dans les ordres juridiques peu développés, étant donné l'état d'insuffisance du droit. Le droit international, ayant une densité normative faible, a besoin de standards, tout comme le droit international des investissements.

Dans ce dernier domaine, deux standards jouent un rôle essentiel : le traitement juste et équitable, d'une part, et la pleine et entière protection et sécurité, d'autre part. Ces deux standards sont systématiquement inclus dans les traités bilatéraux d'investissement, ce qui révèle leur importance, mais également les incertitudes qui les entourent. En effet, le simple fait de leur inclusion systématique soulève la question de leur possible application en dehors de tout fondement conventionnel et, *a fortiori*, de leur nature. Ces standards font-ils partie du droit international coutumier – ou ont-ils vocation à en faire partie à terme ? Cette question ne fait que cacher celle, plus générale, du droit applicable. Si le droit international des investissements est fondamentalement conventionnel, se fondant principalement sur les très nombreux traités bilatéraux d'investissement, cela ne signifie pas pour autant que l'application du droit international général est exclue, comme le montrent certaines dispositions des traités qui s'y réfèrent expressément. Cette question du droit applicable est ainsi particulièrement flagrante au regard des standards de traitement de l'investisseur.

De même, si la jurisprudence n'est qu'une source subsidiaire du droit international, comme le prévoit l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, on peut se demander si elle

¹⁸ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 1249.

n'est pas une source principale dans l'ordre juridique international des investissements. En effet, si le standard est une proposition générale fournissant un étalon de comportement, on comprend que la jurisprudence des tribunaux arbitraux est essentielle pour la détermination du contenu de ces standards. Seuls les arbitres sont à même de définir si un comportement est conforme au standard et donc quelles obligations se cachent derrière les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité. Néanmoins, la jurisprudence développée par les tribunaux arbitraux a incité les Etats à reprendre le contrôle en précisant les dispositions de leurs accords bilatéraux d'investissement, ce qui s'oppose à la nature même de standard de ces obligations.

On comprend dès lors que ces standards, qui sont l'une des pierres angulaires du droit international des investissements, sont loin d'épuiser les doutes, mais en créent davantage, tant de façon générale sur le droit applicable au droit international des investissements (Section 1), que sur leur nature même (Section 2).

SECTION 1. LA NATURE DU DROIT APPLICABLE

Fonder cette étude sur les conventions bilatérales d'investissement semble épuiser la question du droit applicable, celle-ci trouvant une réponse évidente. Toutefois, cette question demeure fondamentale étant donné que la soumission des investissements aux traités bilatéraux n'exclut pas l'application d'autres normes. Le droit international des investissements se trouve à la croisée des chemins entre droit international général, qui pourra s'appliquer de façon interstitielle pour compléter les dispositions de l'accord¹⁹, droit régional, qui prend parfois en charge la question des investissements, et droit interne. Les clauses de droit applicable contenues dans les traités bilatéraux d'investissement, mais aussi l'article 42 de la Convention de Washington, détermineront dans quelle mesure chaque droit s'applique (Paragraphe 1), même si la question paraît parfois bien difficile, les ordres juridiques étant profondément entremêlés (Paragraphe 2).

¹⁹ L'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) dispose ainsi que « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...) c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

PARAGRAPHE 1. L'INTERPRETATION DES CLAUSES RELATIVES AU DROIT APPLICABLE

Les clauses relatives au droit applicable vont surtout jouer dans le cadre du règlement des différends. En effet, même si la détermination du droit applicable permet de déterminer les droits et obligations des investisseurs et des Etats bien avant la naissance d'un différend, cette question fera souvent l'objet d'une détermination par le juge ou l'arbitre au moment du règlement des différends. Ainsi, dans le cas d'un arbitrage CIRDI fondé sur un traité bilatéral d'investissement, faudra-t-il systématiquement appliquer à la fois la clause de droit applicable contenue dans le traité, alliée à l'article 42 de la Convention de Washington (B), mais aussi les principes généraux régissant l'arbitrage international de façon générale (A).

A. L'application des principes généraux de l'arbitrage

Même si l'arbitrage en matière d'investissement possède de nombreuses spécificités, les grands principes de l'arbitrage international s'appliquent. Ainsi, la question du droit applicable ne s'épuise pas avec la référence à un ordre juridique, mais il convient de s'interroger sur l'application de ces principes pour comprendre la marge de manœuvre laissée aux tribunaux.

Le principe fondamental dans l'arbitrage international est l'autonomie des parties. Contrairement à l'organisation juridictionnelle des tribunaux étatiques, les parties disposent d'une grande liberté dans l'arbitrage international, pour adapter la procédure à leurs besoins. Si ce principe d'autonomie de la volonté des parties est essentiel dans la détermination du droit applicable (2°), il joue également un rôle important dans la conduite de la procédure arbitrale et laisse, en particulier, son empreinte sur l'objet de l'instance (1°).

1°) Les limites liées à l'objet de l'instance

L'arbitrage est, tout d'abord, soumis à deux principes, de prime abord contradictoires, et entre lesquels les arbitres statuant dans le cadre du CIRDI doivent évoluer²⁰. Le premier consiste en l'interdiction de statuer au-delà de la requête des parties, c'est le principe « *non ultra petita* », traditionnel dans tout système de justice. Le second autorise, au contraire, le juge à se détacher des moyens soulevés par les parties, celui-ci n'étant pas lié par leurs arguments. Ce principe de « *juris novit curia* », signifiant que le tribunal connaît le droit, accorde au juge une grande autonomie dans la détermination du droit²¹. La jurisprudence issue des tribunaux ayant statué sous l'égide du CIRDI montre la difficulté à trouver un équilibre. Ainsi, dans l'affaire *Klöckner contre Cameroun*, le Comité *ad hoc* s'interrogeait :

« *The real question is whether, by formulating its own legal theory and argument, the Tribunal goes beyond the « legal framework » established by the Claimant and Respondent* »²².

En l'espèce, le Comité considéra que le tribunal n'aurait pas dû fonder sa décision sur une approche délictuelle alors que l'argumentation des parties se fondait sur le contrat.

L'équilibre est donc difficile à trouver, la position du tribunal devant de situer dans le cadre des moyens développés par les parties et c'est seulement dans le champ de ces moyens que l'arbitre jouira d'une certaine liberté :

« *within the dispute's « legal framework », arbitrators must be free to rely on arguments which strike them as the best ones, even if those arguments were not developed by the parties (although they could have been)* »²³.

Cette question, même si elle peut paraître anodine, est essentielle, étant donné qu'il est prévu au titre des motifs d'annulation d'une sentence l'« inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure », les principes de « *non ultra petita* » et de « *juris novit curia* » pouvant jouer à ce titre. Ces moyens ont ainsi été soulevés dans l'affaire *Wena contre Egypte*²⁴, mais aussi dans l'affaire *Compañia de Aguas del Aconquija et Vivendi Universal contre Argentine*, dans laquelle le Comité nota que :

²⁰ O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118.

²¹ J. F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2002, XI-1179 p., pp. 521-522, pp. 783-785 et pp. 789-790.

²² CIRDI, *Klöckner contre Cameroun*, décision du Comité *ad hoc*, 3 mai 1985, paragraphe 91. V. également *Encana contre Equateur*, sentence du 3 février 2006, paragraphe 156.

²³ O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118, p. 91.

²⁴ CIRDI, *Wena contre Egypte*, décision d'annulation, 3 juillet 2002, paragraphes 84-85.

« *It may be true that the particular approach adopted by the Tribunal in attempting to reconcile the various conflicting elements of the case before it came as a surprise to the parties, or at least to some of them. But even if true, this would by no means be unprecedented in judicial decision-making, either international or domestic, and it has nothing to do with the ground for annulment.*

From the record, it is evident that the parties had a full and fair opportunity to be heard at every stage of the proceeding. They had ample opportunity to consider and present written and oral submissions on the issues, and the oral hearing itself was meticulously conducted to enable each party to present its point of view. The Tribunal's analysis of issues was clearly based on the materials presented by the parties and was in no sense ultra petita. For these reasons, the Committee found no departure at all from any fundamental rule of procedure, let alone a serious departure »²⁵.

Le tribunal jouit donc d'une assez grande liberté, même s'il ne peut s'éloigner trop profondément du cadre fixé par les parties²⁶.

Si le principe d'autonomie des parties s'exprime clairement sur la définition de l'objet de l'instance, au travers des moyens qu'elles soulèvent, l'autonomie de la volonté va surtout être décisive dans la détermination du droit applicable.

2°) L'autonomie des parties

Le principe d'autonomie des parties est à la base de l'arbitrage international, tant en matière d'investissements que pour les autres branches du droit, et va jouer un rôle fondamental sur le droit applicable.

A cet égard, il faut noter que le droit applicable ne sera pas nécessairement du droit *stricto sensu*. En effet, dans le cadre de l'arbitrage – mais aussi en droit international général²⁷ – les différends peuvent être réglés sur la base du droit, mais également *ex aequo et bono* si les parties en décident ainsi expressément. Ce principe du droit de l'arbitrage est réaffirmé à l'article 42, paragraphe 3, de la Convention de Washington :

²⁵ CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine*, décision d'annulation, 3 juillet 2002, paragraphes 84-85.

²⁶ O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118, p. 92.

²⁷ Ainsi, l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice dispose : « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

« Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

Même si cette possibilité demeure l'exception, les parties disposent d'un choix et pourront décider que leur litige sera réglé sur la base de l'équité dans le cadre d'un arbitrage CIRDI. Il demeure que, dans la majorité des cas, le caractère très technique et l'ampleur des litiges en matière d'investissements appellent davantage un règlement juridique.

La question de l'équité a, toutefois, pu poser problème dans le cadre de la jurisprudence du CIRDI²⁸. En effet, certains tribunaux arbitraux ont, parfois, utilisé des considérations d'équité dans leurs décisions, alors qu'ils n'y étaient pas invités par les parties. L'équité peut remplir trois fonctions : premièrement, elle peut permettre d'interpréter des règles obscures. Elle sera alors qualifiée d'équité *infra legem*. Deuxièmement, elle peut suppléer aux lacunes du droit applicable et sera alors *praeter legem*. Troisièmement, l'équité peut être *contra legem*, empêchant alors l'application de la règle normalement applicable. On comprend que si les deux premiers cas ne créent *a priori* pas de difficulté, le troisième est davantage problématique.

De façon plus générale, l'équité a pu être critiquée – en particulier par les positivistes – qui considèrent que le recours à l'équité relèverait du droit naturel ou du gouvernement des juges. Dès lors, même l'équité *infra* ou *praeter legem* est condamnée.

Par exemple, dans l'affaire *Klöckner*, le tribunal a affirmé l'existence d'une « obligation de tout dévoiler à son partenaire » sans la fonder sur le droit camerounais ou français, applicables en l'espèce, ou encore sur d'autres sources²⁹. Cette position a été condamnée par le Comité *ad hoc* qui a considéré qu'en ne justifiant pas l'existence du principe, le tribunal s'était comporté en amiable compositeur, ce qui justifiait l'annulation de la sentence³⁰.

Cette position a, toutefois, été contredite dans la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco*, dans laquelle il a considéré que la référence à des considérations d'équité n'équivalait

²⁸ T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p.

²⁹ CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983.

³⁰ CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), décision du Comité *ad hoc*, paragraphe 79 : « En conclusion, force est de constater que, en raisonnant comme il l'a fait, c'est-à-dire en se bornant à postuler l'existence d'un principe, sans en démontrer l'existence ni rechercher les règles dans lesquelles le principe en question se concrétise nécessairement, le tribunal arbitral n'a pas appliqué « le droit de l'Etat contractant ».

On ne saurait dire qu'il a tranché, à proprement parler, sans motiver sa décision, au sens l'art. 48.3 et 52.1 e) mais il a procédé en dehors du cadre fixé par l'art. 42(1), vraisemblablement sur la base de notions ou principes qu'il considérait comme équitables (non pas au sens des « considérations équitables » où la Cour internationale de Justice a décidé dans l'affaire du Plateau continental, mais plutôt comme amiable compositeur). Ce faisant, et quel que puisse être le bien-fondé de sa décision en fait (question sur laquelle l'instance d'annulation n'a aucune opinion à émettre), il a commis un « excès de pouvoir manifeste » au sens de l'art. 52.1 b) de la Convention de Washington ».

pas à une décision *ex aequo et bono* et pouvait se justifier, ces considérations pouvant faire partie du droit applicable³¹.

Quoi qu'il en soit, cette pratique de recourir à des considérations d'équité demeure assez courante. Par exemple, ce sont probablement des considérations d'équité qui ont poussé le tribunal, dans la sentence *SPP*³², à fixer le *dies a quo* à la date de la dépossession³³.

Même si le litige doit être réglé sur la base du droit, encore faut-il que les parties aient désigné le droit applicable, que celui-ci soit interne ou international. Il faudra, par exemple, dans le cas d'un contrat, rechercher la clause de droit applicable afin de pouvoir analyser le contrat et les faits à l'aune de la loi désignée. La question se pose en termes quelque peu différents dans le cas des traités bilatéraux d'investissement : certes, les règles substantielles contenues dans le traité auront vocation à s'appliquer et constituent, en partie, le droit applicable, même à défaut de clause expresse. Cependant, l'application des dispositions conventionnelles n'exclut pas l'application d'autres règles et il arrive, dès lors, que les traités contiennent également une clause de droit applicable.

Le principe d'autonomie oblige donc les arbitres à statuer sur le fondement du droit désigné par les parties. Cependant, la question se pose en cas de silence de celles-ci.

En effet, le silence des parties a largement contribué à l'internationalisation du droit des investissements. Si en droit interne, il existe toujours un critère de rattachement objectif permettant de désigner la loi applicable ; dans l'arbitrage international, la détermination du droit applicable crée certaines difficultés, celui-ci ne disposant pas de *lex fori* à laquelle se référer³⁴. La démarche est donc bien différente de celle des juridictions internes, voire même internationales.

Le simple recours à l'arbitrage international a donc spontanément entraîné le recours au droit international comme droit applicable³⁵. Cette internationalisation du droit applicable remonte

³¹ CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc*, paragraphes 26 et 28 : « Le Comité *ad hoc* n'estime pas davantage qu'une simple mention de considérations d'équité dans la Sentence, équivaut nécessairement à une décision *ex aequo et bono* ainsi qu'à un abus de pouvoir manifeste de la part du tribunal. De telles considérations peuvent parfaitement faire partie du droit applicable qu'il s'agisse du droit indonésien ou du droit international.

Par conséquent, le Comité *ad hoc* estime que la référence à des considérations d'équité ne peut être véritablement considérée comme automatiquement équivalente à une décision *ex aequo et bono* qui, au regard de la détermination du droit applicable à la présente affaire, entraînerait la nullité de la décision pour abus de pouvoir manifeste. La nullité ne serait un résultat convenable que si le tribunal avait statué *ex aequo et bono* au lieu de recourir au droit applicable ».

³² CIRDI, *Southern Pacific Properties contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992.

³³ G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 59.

³⁴ V., pour illustration, S.A., *Arabie Saoudite contre Aramco*, sentence du 23 août 1958. V. également S.A., *Sapphire contre NIOC*, sentence du 15 mars 1963 et *Liamco contre Libye*, sentence du 12 avril 1977.

³⁵ O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118, p. 93. V. également M. Bourquin, "Arbitration and Economic Development Agreements", *The Business Lawyer*, vol. 15, 1960, pp. 860-872, p. 868.

au début du XXème siècle, avec notamment l'affaire *Lena Goldfields contre l'Union soviétique*³⁶.

Elle s'est également exprimée au travers de l'application du principe fondateur du droit international public : *pacta sunt servanda*. En effet, la Cour permanente de Justice internationale en a fait application à un contrat dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, notant que le contrat ne pouvait être dénaturé par la simple volonté de l'Etat³⁷. L'application du principe *pacta sunt servanda* a vocation à restaurer une forme d'égalité entre les parties essentielle à l'application effective du contrat³⁸. Le contrat échappe ainsi en partie à l'application du seul droit interne de l'Etat contractant, ce qui permet au juge ou à l'arbitre de trouver un remède adéquat en cas de violation des obligations.

Le principe a également servi à contourner l'application du droit interne comme droit applicable au profit des principes généraux de droit, jugés plus aptes à maintenir l'égalité des parties et à assurer l'application de *pacta sunt servanda*³⁹. Ainsi, dans l'affaire *Elf Aquitaine Iran contre National Iranian Oil Company*, l'arbitre conclut que :

« a State which has itself entered into an international agreement or has permitted companies or institutions controlled by it to enter into such agreement regulated as *lex contractus* by recognized principles of international law is not free to change that *lex contractus* by subsequent legislation »⁴⁰.

L'internationalisation du droit applicable s'est donc imposée au travers de l'application de *pacta sunt servanda*, pour être reconnue comme un usage qui relèverait implicitement de la volonté des parties.

³⁶ V. la sentence rendue en 1930 dans l'affaire *Lena Goldfields*. Voir A. Nussbaum, "The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government", *Cornell Law Quarterly*, vol. 36, 1950, pp. 31-53 ; V. V. Veeder, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *ICLQ*, vol. 47, 1998, pp. 747-792. Ce dernier a qualifié l'internationalisation du droit applicable de « *gigantic first step for international commercial arbitration, almost equivalent to the caveman's discovery of fire* ».

³⁷ CPJI, *Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France contre Etats-Unis du Brésil)*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A n°21*, p. 116 : « Ceci, en substance, reviendrait à éliminer des titres le mot « or ». Le contrat passé entre les Parties ne saurait être traité ainsi ». V. également CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France (France contre Royaume des Serbes, Croates, Slovéniens)*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A n°20*.

³⁸ La Cour permanente de Justice internationale note « qu'en tant qu'individus ils étaient sans pouvoir vis-à-vis du Gouvernement brésilien » (*Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France contre Etats-Unis du Brésil)*), arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A n°21*, p. 120).

³⁹ O. Spiermann, "Applicable Law" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118, p. 96. V., par ex., *Arabie Saoudite contre Aramco*, sentence du 23 août 1958.

⁴⁰ V. l'arbitrage dans l'affaire *Elf Aquitaine Iran contre National Iranian Oil Company*, sentence préliminaire du 14 janvier 1982, paragraphe 19. V. également *Company Z and others contre State Organization ABC*, sentence d'avril 1982 : « *It is superfluous to add that a general principle, universally recognized nowadays in both inter-State relations and international private relations (whether this principle is considered as international public policy, as appertaining to international commercial usages or to recognized principles of public international law and the law of international arbitration or lex mercatoria) would in any case prohibit the Utopian State – even if it had the intention, which is not the case – to repudiate the undertaking to arbitrate which it made itself or which a public organization such as ABC would have made previously* ».

Si le silence des parties a permis, dans une certaine mesure, une internationalisation du droit applicable, qui s'applique dorénavant de façon générale, leur volonté, lorsqu'elle s'exprime, ne peut pas pour autant être ignorée et il faudra, dès lors, être particulièrement attentif aux clauses de droit applicable.

B. La détermination du droit applicable

Cette internationalisation du droit applicable, de même que le principe d'autonomie des parties, s'expriment dans la Convention de Washington, à l'article 42 qui, au-delà de la possibilité de statuer en équité⁴¹ et de l'interdiction très classique du *non liquet*⁴², précise que :

« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière ».

Cette disposition relative au droit applicable consacre, d'une part, l'autonomie des parties, et prévoit, d'autre part, l'application à titre supplétif du droit de l'Etat d'accueil ainsi que des principes de droit international, en cas de silence des parties⁴³. Le principe d'autonomie est reconnu à tous les stades de la procédure CIRDI et il est normal qu'il domine le choix du droit applicable⁴⁴. La liberté des parties apparaît alors illimitée, sans que cela pose réellement de problème⁴⁵. Toutefois, la deuxième partie de la phrase a créé plus de difficultés. En effet, la place du droit international demeure difficile à évaluer, en cas de silence des parties (1°). Cependant, le fait que l'action se fonde sur un traité bilatéral d'investissement précise

⁴¹ Le troisième alinéa de l'art. 42 dispose que « Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ». V. *supra*, p. 493 et s.

⁴² Le deuxième alinéa de l'art. 42 dispose que « Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit ».

⁴³ T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p.

⁴⁴ E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411, p. 375.

⁴⁵ A. Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of Its Application", *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, p. 627-717, p. 667 (paragraphe 113-114) ; I. F. I. Shihata et A. Parra, "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 9, 1994, p. 183-213, p. 188 et s. ; C. Amerasinghe, "Dispute Settlement Machinery in Relations between States and Multinational Enterprises-With Particular Reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *International Lawyer*, vol. 11, n° 1, 1977, pp. 45-59, pp. 54-55.

grandement la nature du droit applicable, tout en contribuant largement à l'internationalisation du droit des investissements (2°).

1°) La place incertaine du droit international

L'adoption de l'article 42 de la Convention de Washington, certes à une très large majorité, a suivi d'intenses discussions qui ont abouti à ce compromis⁴⁶. La place que doit occuper le droit international n'apparaît, dès lors, pas avec beaucoup de clarté. Il convient de revenir sur cette disposition.

Comme le résume Georges Delaume,

« l'article 42 (1) se décompose en deux branches dont la première concerne le choix du droit applicable par les parties et la seconde sa détermination par les arbitres »⁴⁷.

Le rôle de la jurisprudence arbitrale sera donc essentiel. Les deux étapes du raisonnement arbitral peuvent être résumées ainsi :

« - dans un stade initial, le tribunal doit rechercher si les parties ont fait usage de leur autonomie, auquel cas leur choix s'impose à lui (...)

- à supposer que la réponse à son enquête soit négative, le tribunal doit déterminer le droit applicable conformément aux directives contenues dans la deuxième phrase de l'article 42 (1) »⁴⁸.

Le principe d'autonomie des parties est donc très vivement affirmé. Le tribunal dans l'affaire *MINE contre Guinée* résume le rôle du tribunal arbitral en cas de choix du droit applicable par les parties :

« Le Comité estime que [l'article 42 (1), première phrase] signifie deux choses. D'une part, [il] donne aux parties au différend une liberté illimitée de s'accorder sur la loi applicable au fond du litige et, d'autre part, [il] impose au Tribunal de respecter la volonté des parties et d'appliquer ces règles.

⁴⁶ E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.

⁴⁷ G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 40.

⁴⁸ *Id.*

Par ailleurs, l'accord des parties sur la loi applicable fait partie de la convention d'arbitrage. Dès lors, la méconnaissance par un Tribunal des règles de droit convenues par les parties constituerait une violation de la mission confiée au Tribunal. Des exemples de telles violations incluent l'application de règles de droit autres que celles que les parties ont choisies ou le fait de ne se référer à aucune loi, à moins que les parties ne soient convenues que le Tribunal ne statuerait *ex aequo et bono*. Si cette méconnaissance est manifeste, elle peut constituer un excès de pouvoir injustifié »⁴⁹.

Toutefois, le pouvoir des arbitres est important et l'on peut dès lors se demander quelles en sont les limites. Par exemple, est-ce que, malgré la prédominance accordée à la détermination par les parties du droit applicable, le choix explicite d'un droit en particulier empêcherait les arbitres de recourir au droit international public⁵⁰? Tel ne peut être le cas, le droit international s'appliquant de façon systématique, comme le note Richard Lillich, le comparant à :

« a « brooding omnipresence » hovering over international arbitration : it is there for use by arbitrators when they think its invocation necessary to achieve a just resolution of an investment dispute »⁵¹.

Cette conception a été reprise par le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Amco contre Indonésie* :

« the thrust of Article 54 (1) and of Article 27 of the Convention makes sense only under the supposition that the award involved is not violative of applicable principles and rules of international law »⁵².

Le deuxième tribunal arbitral, statuant après la décision d'annulation partielle de la sentence par le Comité *ad hoc*, revient sur la relation entre droit interne et droit international :

« Article 42 (1) refers to the application of host-state law and international law. If there are no relevant host-state laws on a particular matter, a search must be made for the relevant international laws. And, where there are applicable host-state laws, they must be checked against international laws, which will prevail in case of conflict »⁵³.

⁴⁹ CIRDI, *MINE contre Guinée* (ARB/84/4), décision du Comité *ad hoc* du 22 décembre 1989 annulant la sentence rendue le 6 janvier 1988, paragraphe 5.03, tel que traduite in G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 49.

⁵⁰ E. Lauterpacht, "The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes" in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 1968, pp. 642-664. V. également P. Feuerle, "International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes", *Yale Studies in World Public Order*, vol. 4, 1977, pp. 89-121.

⁵¹ R. B. Lillich, "The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements : Reexamining the Concept of "Internationalization"" in R. B. Lillich et C. N. Brower, *International Arbitration in the 21st Century : Towards "Judicialization" and Uniformity? Twelfth Sokol Colloquium*, Transnational Publishers, Irvington, 1994, pp. 61-114, p. 92.

⁵² CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 16 mai 1986, paragraphe 21.

⁵³ CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence n° 2 du 31 mai 1990.

De même, dans l'affaire *SPP contre Egypte*, le tribunal arbitral considéra que le choix des parties d'appliquer le droit local ne l'empêchait pas de recourir au droit international, le droit interne étant silencieux sur la question en cause⁵⁴.

Ainsi l'on peut considérer que même si le choix des parties se porte sur un autre droit que le droit international, celui-ci garde un rôle essentiel et son application est systématique, sauf dans les cas où les parties auraient explicitement rejeté cette application. Et même dans ce cas, certaines normes du droit international seront considérées comme relevant d'un ordre public international, ayant vocation à s'appliquer. Le droit international s'applique de façon générale⁵⁵.

Au-delà de cette application cumulative du droit international, en plus du droit applicable choisi par les parties, il est surtout intéressant d'analyser le rôle du droit international en cas de silence des parties. Il semble alors que le droit international n'ait qu'un rôle supplétif, en l'absence de règle précise dans le droit interne. En tout cas, les fondateurs de la Convention de Washington ne comptaient pas lui accorder une place réelle, comme le montrent les propos d'Aron Broches :

« *the reference to international law in Article 42 (...), in reality, comprised (apart from treaty law) only such principles as that of good faith and the principle that one ought to abide by agreements voluntarily made and ought to carry them out in good faith* »⁵⁶.

Le droit international a donc une portée supplétive, ayant vocation à compléter le droit interne en cas de lacune ; mais il a également une portée correctrice, autorisant les arbitres à appliquer le droit international en lieu et place du droit interne lorsque ce dernier est contraire au premier. Ce rôle, quand même limité, accordé au droit international dominait initialement dans la jurisprudence arbitrale. Cela ressort notamment de la décision du Comité *ad hoc* dans l'affaire *Klöckner contre Cameroun*, qui évoque le double rôle des principes du droit international :

« un double rôle, soit complémentaire (en cas de « *lacuna* » du droit de l'Etat), soit correctif, au cas où ce droit étatique ne serait pas en tous points conforme aux principes du droit international. Quoi qu'il en soit et dans les deux cas, les arbitres ne

⁵⁴ CIRDI, *Southern Pacific Properties contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992. V., pour commentaire, G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68. V. également CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986 ; CIRDI, *CDC Group plc contre Seychelles* (ARB/02/14), sentence du 17 décembre 2003 et décision sur l'annulation du 29 juin 2005.

⁵⁵ K. H. Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Franckfort, 1971, 432 p. V. également E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.

⁵⁶ CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, pp. 984-986.

peuvent recourir aux « principes du droit international » qu'après avoir recherché et établi le contenu du droit de l'Etat partie au différend (contenu qui ne saurait être réduit à un principe, fût-il de base) et après avoir appliqué les règles pertinentes du droit étatique »⁵⁷.

L'article 42, paragraphe 1, a ainsi été le fondement de l'annulation de la sentence, le Comité insistant sur le fait que l'article 42 (1) ne permet pas d'asseoir sa décision sur les seuls principes de droit international. Il en fut de même dans l'affaire *Amco contre Indonésie*, dans laquelle :

« Le Comité *ad hoc* estime qu'il convient de noter que l'article 42 (1) de la Convention autorise un tribunal CIRDI à appliquer les principes de droit international uniquement pour combler les lacunes du droit interne applicable et afin d'établir la primauté des normes du droit international lorsque celles-ci entrent en conflit avec le droit interne applicable »⁵⁸.

La même position a été suivie, plus tard, dans les affaires *LETCO*⁵⁹ et *CDSE*⁶⁰.

L'article 42 manque, toutefois, de clarté et l'interprétation retenue de la place du droit international a fait l'objet de nombreuses critiques⁶¹.

⁵⁷ CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), décision sur l'annulation, 3 mai 1985, paragraphe 122, tel que traduit in G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI: Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 52. L'original se lit ainsi : « *This gives these principles (perhaps omitting cases in which it should be ascertained whether the domestic law conforms to international law) a dual role, that is, complementary (in the case of a « lacuna » in the law of the State), or corrective, should the State's law not conform on all points to the principles of international law. In both cases, the arbitrators may have recourse to the « principles of international law » only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State's law ».*

⁵⁸ CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), décision du Comité *ad hoc*, 1986, tel que traduit in G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 53. L'original se lit ainsi : « *authorizes an ICSID tribunal to apply rules of international law only to fill up lacunae in the applicable domestic law and to ensure precedence to international law norms where the rules of the applicable domestic law are in collision with such norms ».*

⁵⁹ CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986, p. 658 : « *In the view of the Tribunal, there is no doubt as to the applicability of Liberian law... The only question is whether Liberian law is applied on its own (as the law chosen by the parties) or in conjunction with applicable principles of international law... The provision of the ICSID Convention [Art. 42 (1) second sentence] envisages that, in the absence of any express choice by the parties, the Tribunal must apply a system of concurrent law. The law of the contracting State is recognized as paramount within its own territory, but is nevertheless subjected to control by international law. The role of international law as a "regulator" of national systems of law has been much discussed, with particular emphasis being focused on the problems likely to arise if there is divergence on a particular point between national and international law. No such problem arises in the present case; the Tribunal is satisfied that the rules and principles of Liberian law which it has taken into account are in conformity with generally accepted principles of public international law governing the validity of contracts and the remedies for their breach ».*

⁶⁰ CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, paragraphe 64 : « *This leaves the Tribunal in a position in which it must rest on the second sentence of Article 42 (1) ("In the absence of such agreement...") and thus apply the law of Costa Rica and such rules of international law as may be applicable. No difficulty arises in this connection. The Tribunal is satisfied that the rules and principles of Costa Rican law which it must take into account, relating to the appraisal and valuation of expropriated property are generally consistent with the accepted principles of public international law on the same subject. To the extent that there may be any inconsistency between the two bodies of law, the rules of public international law must prevail. Were this not so in relation to takings of property, the protection of international law would be denied to the foreign investor and the purpose of the ICSID Convention would, in this respect, be frustrated ».*

Ainsi, plusieurs théories se sont affrontées sur le rôle du droit international en l'absence de choix des parties. La première, qui ressort des affaires *Klöckner* et *Amco*, veut que le droit international ne s'applique que pour compléter le droit interne en cas de lacune ou si ce dernier est contraire au droit international⁶². La deuxième accorde un rôle encore plus limité au droit international, considérant qu'il ne devrait s'appliquer que si le droit interne viole une de ses normes fondamentales. La troisième, enfin, appelle une application systématique du droit international, en tant qu'ordre juridique indépendant, au même titre que le droit interne⁶³. Le Comité *ad hoc*, dans l'affaire *Wena*, résume ces positions :

« This discussion brings into light the various views expressed as to the role of international law in the context of Article 42 (1). Scholarly opinion, authoritative writings and some ICSID decisions have dealt with this matter. Some views have argued for a broad role of international law, including not only the rules embodied in treaties but also the rather large definition of sources contained in Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice. Other views have expressed that international law is called in to supplement the applicable domestic law in case of the existence of lacunae. In Klöckner I the ad hoc Committee introduced the concept of international law as complementary to the applicable law in case of lacunae and as corrective in case that the applicable domestic law would not conform on all points to the principles of international law. There is also the view that international law has a controlling function of domestic applicable law to the extent that there is a collision between such law and fundamental norms of international law embodied in the concept of jus cogens »⁶⁴.

La jurisprudence a mis fin à ces controverses, en accordant au droit international un rôle essentiel. Les arbitres ont ainsi appliqué le droit international non seulement pour compléter les possibles lacunes du droit interne ou en cas de contrariété, mais aussi pour « soustraire à son emprise nombre de questions importantes »⁶⁵. La préférence des tribunaux dans l'application du droit international, avec lequel ils sont davantage familiers, a inversé l'ordre d'application du droit, le droit international ayant désormais la priorité sur le droit interne, qui n'intervient plus qu'à titre subsidiaire, lorsqu'il existe une carence du droit international. Par

⁶¹ V., en particulier, W. M. Reisman, "The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 15, 2000, pp. 362-381 ; E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.

⁶² Cette théorie semble confortée par les travaux préparatoires de la Convention de Washington, dans lesquels il est mentionné : « *the final provision relating to international law (which would bring it into play both in the case of a lacuna in domestic law as well as in the case of inconsistency between the two) was adopted by a majority of 24 to 6* » (CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, p. 804).

⁶³ Sur ces diverses théories, v. E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.

⁶⁴ CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte*, décision sur l'annulation du 5 février 2002, paragraphe 38.

⁶⁵ G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI: Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 66.

exemple, dans l'affaire *SPP*, le tribunal décide de recourir au droit égyptien du fait « qu'il n'existe aucune règle de droit international qui fixerait le taux d'intérêt ou contiendrait les limitations prévues par le droit égyptien »⁶⁶.

Certes, cette jurisprudence ne paraît, de prime abord, pas totalement conforme aux termes de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington, mais il ressort de cette disposition que le tribunal dispose d'une certaine liberté dans la détermination du droit applicable, en l'absence de choix des parties. Comme le note le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Wena* :

*« the use of the word "may" in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and, correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin and power for interpretation »*⁶⁷.

Cette flexibilité et cette liberté laissée aux arbitres dans le cadre de l'arbitrage CIRDI est conforme à la démarche adoptée par les autres institutions d'arbitrage⁶⁸. Or, la préférence des arbitres va vers le droit international, contribuant à l'internationalisation du droit des investissements, sur laquelle la découverte du fondement de l'action dans les traités bilatéraux d'investissement a eu un impact important.

2°) L'internationalisation du droit applicable par les traités bilatéraux d'investissement

La question du droit applicable paraît perdre toute pertinence dès lors que l'affaire est fondée sur un traité bilatéral d'investissement, les parties ayant fait leur choix au sens de l'article 42 (1).

En tout cas, initialement, seule une minorité d'accords contenaient une clause relative au droit applicable. Encore aujourd'hui, de nombreux accords ne contiennent pas de telle disposition.

⁶⁶ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contre Egypte*, sentence du 20 mai 1992, paragraphe 222. V., pour commentaire, G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI: Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68.

⁶⁷ CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision sur l'annulation du 5 février 2002, paragraphe 39.

⁶⁸ V., par ex., l'art. 21 du règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : « A défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées » (1^{er} janvier 2012) ; l'art. 22.3 du règlement d'arbitrage de la LCIA : « *the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate* » ; l'art. 28 de l'American Arbitration Association : « A défaut d'un tel choix, le tribunal appliquera la ou les lois ou règles de droit qu'il jugera appropriées ». A l'opposé et dans un cadre non institutionnel, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 prévoyait initialement que « à défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce » (article 33). Toutefois, dans sa version de 2010, il prévoit : « A défaut d'une telle désignation par les parties, il applique la loi qu'il juge appropriée » (article 35).

Ainsi, les modèles d'accords adoptés par les Pays-Bas en 1997, la Turquie en 2000, le Royaume-Uni et l'Allemagne en 2005 et la France en 2006 ne prévoient pas de clause de droit applicable. Ces accords contiennent une clause générale de règlement des différends, sans précision sur le droit applicable. Il faudra alors rechercher la volonté des parties dans une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage ou s'en remettre à ce qui est prévu dans le règlement d'arbitrage pour les arbitrages institutionnalisés ou les arbitrages CNUDCI. Dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, la question se pose de savoir si, en l'absence d'une disposition précise sur le droit applicable, il faut appliquer la deuxième phrase de l'article 42 (1) de la Convention de Washington, à savoir le droit interne de l'Etat en cause ainsi que les principes du droit international ou si la clause de règlement des différends ne revient pas à laisser à la charge des tribunaux arbitraux le soin de déterminer le droit applicable, sous réserve, bien évidemment, de l'application des dispositions matérielles du traité. Dans tous les cas, la question de la place du droit international se pose. Faut-il que les arbitres appliquent le traité bilatéral d'investissement ou doivent-ils se soumettre à l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington ?

Georges Delaume optait pour la seconde solution :

« Pas plus que le traité, la requête ne contenait la moindre précision quant au droit applicable. La conclusion paraissait donc s'imposer, par application de la deuxième phrase de l'article 42 (1) de résoudre le différend conformément au droit du Sri Lanka ainsi que des principes du droit international en la matière »⁶⁹.

Telle ne fut pas l'opinion du tribunal qui, considéra, comme tous les autres après lui, que le fait que les parties fondent leur accord sur le traité bilatéral d'investissement équivalait à une manifestation de leur accord à ce que ce traité soit appliqué comme source primaire de droit, le droit interne n'ayant plus qu'une vocation secondaire. Le différend était alors soumis aux dispositions du traité, ainsi qu'au droit international public, les violations du traité relevant nécessairement du droit international⁷⁰. La même solution ressort de l'affaire *Goetz contre Burundi* :

« La Convention bilatérale de protection des investissements ne se borne toutefois pas à fonder la compétence du Centre et du Tribunal ; elle détermine également le droit applicable »⁷¹.

⁶⁹ G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 44.

⁷⁰ V., par ex., CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 96 : « *whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law – in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract* ».

⁷¹ CIRDI, *Goetz contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, paragraphe 68.

Les conventions bilatérales d'investissement ont ainsi complètement bouleversé le rôle du droit international, celui-ci devant s'appliquer désormais à titre principal. Comme le note le tribunal dans l'affaire *Goetz contre Burundi* :

« Il n'est pas sans intérêt à cet égard de noter que la référence assez fréquente, dans des clauses de *choice of law* insérées dans des conventions de protection des investissements, aux dispositions de la convention elle-même – et, plus largement, aux principes et règles du droit international – provoque, après un certain reflux dans la pratique et la jurisprudence, un retour remarquable du droit international dans les relations juridiques entre les Etats d'accueil et les investisseurs étrangers. Cette internationalisation des rapports d'investissement – qu'ils soient contractuels ou non – ne conduit certes pas à une « dénationalisation » radicale des relations juridiques nées de l'investissement étranger, au point que le droit national de l'Etat hôte serait privé de toute pertinence ou application au profit d'un rôle exclusif du droit international. Elle signifie seulement que ces relations relèvent simultanément – en parallèle, pourrait-on dire – de la maîtrise souveraine de l'Etat d'accueil sur son droit national et des engagements internationaux auxquels il a souscrit »⁷².

Lorsqu'aucune clause de droit applicable n'est incluse, le tribunal a dû déterminer lui-même, au regard de l'article 42 de la Convention de Washington, le droit applicable grâce aux indices à sa disposition. Ainsi, le fait que l'investisseur se fonde sur le traité dans sa demande ou invoque le traité à l'appui de sa demande a pu être considéré comme un choix de sa part. La distinction entre les réclamations contractuelles et les réclamations conventionnelles prend alors tout son sens, seules les secondes étant soumises d'office au droit international comme *lex causae*⁷³.

Dès lors, certains tribunaux arbitraux ont considéré qu'en l'absence de choix explicite des parties, le traité bilatéral d'investissement, complété par le droit international, devait s'appliquer, en guise de droit applicable au litige. En consentant à l'arbitrage au travers du traité bilatéral d'investissement, les parties :

« also consented to the applicability of the provisions of the [BIT] ... That consent falls under the first sentence of Article 42(1) of the ICSID Convention... The consent must also be deemed to comprise choice for general international law, including customary international law, if and to the extent that it comes into play for interpreting and applying the provisions of the [BIT] »⁷⁴.

⁷² *Ibid*, paragraphe 69.

⁷³ Aron Broches notait que le droit international serait nécessairement appliqué « where the subject-matter or issue is directly regulated by international law, for instance a treaty between the State party to the dispute and the State whose national is the other party to the dispute » (A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States", *RCADI*, t. 136, n° II, 1973, pp. 331-410, p. 392). V. également CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, paragraphe 102. V. également CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision sur l'annulation, 31 mars 2007, paragraphes 61 et 72.

⁷⁴ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 290.

De même, dans l'affaire *MTD*, le tribunal nota que :

« *this being a dispute under a BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute will be decided in accordance with international law* »⁷⁵.

Cependant, certains traités contiennent quand même une clause de droit applicable, prévoyant souvent l'application des dispositions de l'accord lui-même, au besoin complétées par le recours aux principes généraux de droit international, aux règles applicables du droit international ou au droit interne de l'Etat en cause⁷⁶. Lorsqu'une telle disposition est incluse dans les traités bilatéraux d'investissement, il existe un accord explicite entre les parties, au sens de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington, constitué par l'acceptation de l'offre contenue dans le traité par l'investisseur lors de sa demande d'arbitrage. Le rôle du droit international est alors déterminé et il devra s'appliquer à titre principal⁷⁷.

De même, la Chine inclut une clause de droit applicable dans ses accords, même si celle-ci a un objet quelque peu différent. Ainsi, la clause de règlement des différends entre un investisseur et l'une des Parties dans le modèle chinois prévoit :

« *3. The arbitration award shall be based on the law of the Contracting Party to the dispute including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as universally accepted principles of international law* »⁷⁸.

L'inclusion d'une telle clause se justifie par la volonté de la Chine de montrer que le droit applicable est, en principe, le droit local, et non pas le droit international. Il s'agit ainsi de soumettre les opérations d'investissement à l'ordre juridique interne, même si les principes universellement admis de droit international et les dispositions de l'accord doivent également s'appliquer. La question reste, toutefois, ouverte de l'application de ces principes dans le cas où, par exemple, les dispositions de l'accord n'auraient pas été transposées en droit interne. A la lecture d'une telle clause, leur application semble exclue.

⁷⁵ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphe 86. V. également CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 67 : « *The Tribunal's inquiry is governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law* ». V. encore CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, paragraphe 8.12 ; CIRDI, *Champion Trading Company et Ameritrade International, Inc. contre Egypte* (ARB/02/9), sentence du 27 octobre 2006, paragraphe 39-40.

⁷⁶ V., pour plus de précisions, E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411, pp. 377-378.

⁷⁷ V., par ex. : CIRDI, *Fedax N.V. contre Venezuela* (ARB/96/3), sentence du 9 mars 1998 ; CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000 ; CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007. Dans cette dernière affaire, le tribunal notait : « *The Tribunal's inquiry is governed by the [ICSID] Convention, by the [BIT] and by applicable international law* » (paragraphe 77).

⁷⁸ V. l'art. 9 – « *Settlement of Disputes Between Investors and One Contracting Party* » - du modèle chinois de 2003.

Dans la plupart des cas, la clause de droit applicable mentionne les dispositions du traité, complétées parfois par le droit international et/ou le droit interne de l'Etat hôte. C'est le cas de certains accords, plus modernes, relatifs aux investissements.

Ainsi, le modèle adopté par les Etats-Unis en 2004 consacre une disposition complète à la question du droit applicable :

- « 1. Sous réserve du paragraphe 3, en cas de recours (...), le tribunal décide des points en litige conformément au présent accord et aux règles applicable du droit international.
- 2. Sous réserve du paragraphe 3 et des autres termes de la présente section, en cas de soumission de recours (...) le tribunal applique :
 - (a) les règles de droit spécifiées dans l'autorisation d'investissement ou l'accord d'investissement pertinent ou autres règles que les parties en litige pourraient autrement convenir ; ou
 - (b) si les règles de droit n'ont pas spécifiées ou autrement convenues :
 - (i) le droit de la partie défenderesse, y compris ses règles relatives au conflit de lois ; et
 - (ii) les règles pertinentes du droit international.
- 3. Une décision du Comité mixte déclarant son interprétation d'une disposition du présent accord revêt un caractère obligatoire pour un tribunal et toute décision ou sentence rendue par un tribunal doit être conforme à cette décision »⁷⁹.

Le modèle de 2012 reprend exactement la même disposition⁸⁰. Ces modèles distinguent le droit applicable en fonction de l'existence ou non d'un contrat d'investissement ou d'une autorisation d'investissement, d'une part, et d'autre part si le litige naît d'une violation du traité. Lorsqu'il existe un accord spécifique entre les parties, il est logique que soit prioritairement applicable le droit désigné par celles-ci. En l'absence d'un tel accord, le traité prévoit, bien évidemment, l'application des dispositions du traité, ainsi que l'application des règles de droit international applicables de façon supplétive. La référence au droit interne a alors disparu et l'investissement se trouve totalement intégré à l'ordre juridique international.

Par ailleurs, le paragraphe 3 de la clause prévoit la possibilité pour les Parties de donner une interprétation authentique de l'accord par une décision conjointe. Une telle décision sera alors obligatoire et s'imposera aux tribunaux arbitraux. L'objet d'une telle disposition est de réagir aux décisions prises par certains tribunaux arbitraux, qui ne conviendraient pas aux Etats. Désormais, les Etats pourront reprendre le contrôle du droit international des investissements, en modelant la jurisprudence des tribunaux arbitraux au travers de telles décisions. Malgré les précisions apportées dans les accords, qui avaient elles-mêmes vocation à museler les tribunaux arbitraux, les Etats-Unis ont voulu inclure en plus cette soupape de sécurité au cas où ces précisions ne suffisent pas. C'est donc bien ici un moyen de freiner l'évolution de la jurisprudence arbitrale ou, en tout cas, d'en imprimer la direction.

⁷⁹ Art. 30 – « *Governing Law* » - du modèle américain de 2004.

⁸⁰ V. l'art. 30 du modèle américain de 2012.

Le modèle canadien prévoit également, à son article 40, une clause de droit applicable, qui reprend quasiment la même disposition que le modèle américain :

« 1. Un tribunal constitué en vertu de la présente section tranche les questions en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.

2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord lie un tribunal constitué en vertu de la présente section, et toute sentence rendue en application de la présente section doit être compatible avec cette interprétation »⁸¹.

Cependant, contrairement au modèle américain, il est fait exclusivement référence aux dispositions de l'accord et au droit international, la référence à un possible accord entre les parties disparaissant totalement. Le traité prévoit également le recours à une Commission conjointe pour l'interprétation de l'accord, insistant sur le fait que les tribunaux arbitraux seront liés par une telle interprétation.

Le modèle norvégien de 2007 suit le même schéma et consacre une de ses dispositions au droit applicable en cas de différend, celui étant constitué exclusivement du corps de l'accord :

*« A Tribunal established under this Section shall make its award based on the provisions of this Agreement interpreted and applied in accordance with the rules of interpretation of international law »*⁸².

En effet, la référence au droit international ne vaut que pour ses règles d'interprétation et non de façon générale. La Norvège adopte, par ailleurs, la même position que les Etats-Unis ou le Canada, prévoyant également le recours à un *Joint Committee*, dont les interprétations s'imposent au tribunal⁸³.

Toutes ces dispositions répondent à l'article 42 de la Convention de Washington, qui s'appliquera de façon systématique dès lors qu'on a recours au CIRDI. Elles fournissent, toutefois, certaines indications sur l'application respective des droits interne et international. La dernière génération de traités bilatéraux d'investissement révèle ainsi qu'en l'état actuel du droit international des investissements, les Etats favorisent l'application du droit international. La référence au droit interne tend à disparaître, l'investissement s'intégrant désormais exclusivement à l'ordre juridique international. Il demeure que, lorsque l'action se fonde sur un traité bilatéral d'investissement, cela appelle nécessairement l'application de l'ensemble des dispositions substantielles de l'accord, qui tendent à être de plus en plus importantes, étant entendu que si les parties ont fondé leur consentement sur le traité, elles ont indirectement accepté son application en tant que droit matériel⁸⁴. Cela ne signifie pas pour autant

⁸¹ Art. 40 – « Droit applicable » du modèle canadien.

⁸² Art. 14 du modèle d'accord de la Norvège de 2007.

⁸³ V. l'art. 23 du modèle norvégien de 2007.

⁸⁴ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, paragraphes 20 et 38 ; CIRDI, *Wena contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000, paragraphe 78 ; CIRDI, *MTD*

qu'aucune attention ne sera portée au droit interne. Le droit international des investissements apparaît donc à la croisée des ordres juridiques.

PARAGRAPHE 2. DES ORDRES JURIDIQUES PROFONDEMENT ENTREMÊLÉS

Lorsque le litige se fonde sur un traité bilatéral d'investissement, il est évident que le différend, s'il est réglé en droit, sera réglé au regard des dispositions substantielles de l'accord, celles-ci étant le droit choisi par les parties. Toutefois, l'on peut se demander si d'autres règles n'auront pas vocation à s'appliquer. Les conventions bilatérales d'investissement et la Convention de Washington dessinant elles-mêmes une « mosaïque des ordres juridiques »⁸⁵, tant le droit international, ordre juridique auxquels appartiennent les traités bilatéraux d'investissement (B), que le droit interne (A), ont vocation à jouer un rôle dans la vie de l'investissement.

A. Un investissement ancré dans l'ordre juridique interne

Le fait que le litige soit fondé sur un traité bilatéral d'investissement n'exclut pas nécessairement l'application du droit interne. La Convention de Washington reconnaît elle-même que le droit interne est l'ordre juridique naturel de l'opération d'investissement et a donc vocation à s'appliquer à titre principal. L'absence de clause de droit applicable dans les traités bilatéraux d'investissement soulève alors la question de la place du droit interne (1°) ; mais c'est surtout le renvoi implicite, voire exprès, que font les dispositions des accords au droit interne, qui permet son application (2°).

Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphe 87 ; CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006 ; CIRDI, *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphes 217-218 et 252.

⁸⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 110.

1°) Une place accordée au droit interne

L'article 42 de la Convention de Washington appelle l'application du droit interne de l'Etat d'accueil, au travers d'une « nationalisation »⁸⁶ du différend lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable. Ce droit interne doit être entendu au sens le plus large, comme incluant toutes ses branches, y compris, par exemple, le droit constitutionnel, le droit public et le droit privé de l'Etat. Le recours au droit privé était, toutefois, initialement bien plus important, et le droit administratif ne jouait que dans peu de cas, même si aujourd'hui la tendance tend à s'inverser⁸⁷.

S'il est aisé d'identifier les sources du droit interne, il n'en est pas de même pour en déterminer le contenu, d'où parfois un certain malaise des arbitres face à la question du droit applicable. Ainsi, même si le droit interne a vocation à s'appliquer, son rôle demeure limité. Georges Delaume résume ainsi la position des arbitres face au droit interne :

« Certains d'entre eux éprouvent un malaise quant à l'appréhension du contenu du droit interne applicable et cherchent une échappatoire dans des considérations qui lui sont étrangères. D'autres arbitres ont tendance à esquiver la difficulté en proclamant l'existence de principes prétendument dérivés du droit interne, sans pour autant s'attacher à justifier le bien-fondé de leurs conclusions »⁸⁸.

De plus, lorsque l'action est fondée sur un traité bilatéral d'investissement, le droit applicable est, bien évidemment, le droit matériel de l'accord. Le fait que la plupart des demandes d'arbitrage se fondent sur ces accords a modifié le rôle du droit interne. Etant donné que ce sont les dispositions substantielles du traité qui s'appliqueront à titre principal, on en a déduit que le droit interne ne devait s'appliquer que dans des cas très limités. Les traités bilatéraux d'investissement ont donc inversé la tendance : alors qu'initialement, le droit international n'avait qu'une vocation supplétive, c'est aujourd'hui le champ d'application du droit interne qui est restreint par la simple application de l'accord. Les traités bilatéraux ont ainsi contribué à l'internationalisation du droit des investissements étrangers, voire même à la création de ce nouvel ordre juridique, spécifique aux investissements, et s'intégrant à l'ordre juridique international. Dès lors, les cas d'application du droit interne se trouvent limités, certains

⁸⁶ L'expression est utilisée par G. Delaume in "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 62. Le droit administratif a, toutefois, eu un rôle important dans le passé, notamment dans l'affaire CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988, paragraphe 5.02. Aujourd'hui, il joue un rôle essentiel, à l'origine, en particulier, du concept de *global administrative law*. V. *supra*, p. 196 et s.

⁸⁸ G. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68, p. 62. V., sur la dernière proposition de Georges Delaume, par ex., CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983, sur la prétendue obligation de « tout révéler à son partenaire », qui serait fondée sur le droit français.

considérant même que seule une référence spécifique par les parties ou par une clause du traité pourra l'impliquer :

« *As the reference to domestic law is used for this one isolated subject matter only, it must be presumed that all other matters are governed by the provisions of the [BIT] itself which in turn is governed by international law* »⁸⁹.

Le droit interne ne s'appliquerait que lorsque cela est explicitement prévu dans le traité⁹⁰.

Cependant, l'application du droit interne pourra être déduite de la volonté des parties, telle qu'elle ressort des demandes d'arbitrage. Ainsi, dans l'affaire *AAPL*, le tribunal déduit des conclusions des parties qu'il fallait appliquer les dispositions du traité bilatéral d'investissement à titre principal et les règles de droit international, mais aussi de droit interne de façon complémentaire⁹¹. De même, les parties s'étant fondées sur le droit argentin et sur le traité bilatéral d'investissement, le tribunal, dans l'affaire *Enron* décida :

« *to apply both Argentine law and international law to the extent pertinent and relevant* »⁹².

Dès lors, c'est davantage une relation de complémentarité qui unit les dispositions du traité et le droit interne. Cette solution correspond, d'ailleurs, à la formulation de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington, comme l'a justement remarqué le Comité *ad hoc*, dans l'affaire *Wena contre Egypte* :

« *What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42 (1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit* »⁹³.

De même, le tribunal arbitral, dans l'affaire *CMS contre Argentine*, constatait :

⁸⁹ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 292.

⁹⁰ V. également CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006 ; CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003 ; CIRDI, *Champion Trading Company et Ameritrade International, Inc. contre Egypte* (ARB/02/9), sentence du 27 octobre 2006.

⁹¹ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, paragraphes 20 et 24.

⁹² CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphes 206, 207 et 209.

⁹³ CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision du Comité *ad hoc* sur l'annulation, 5 février 2002, paragraphes 39-41. V. également CIRDI, *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, paragraphe 96 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 77.

« *a more pragmatic and less doctrinaire approach has emerged, allowing for the application of both domestic law and international law if the specific facts of the dispute so justifies* »⁹⁴.

Dans cette affaire, le tribunal a appliqué à la fois le droit interne et le droit international, considérant qu'aucun ne devait prévaloir sur l'autre. Leurs interactions justifiaient que les normes de droit interne, du traité bilatéral d'investissement et du droit international coutumier soient appliquées en même temps⁹⁵. La question se posait de savoir ce qui devait se passer en cas de conflit entre ces règles. Le tribunal trouva la solution en s'en remettant au droit argentin, qui prévoyait la prédominance des règles conventionnelles⁹⁶.

Ainsi, même lorsqu'est en jeu une violation du traité bilatéral d'investissement, le droit local ne pourra être ignoré. C'est ce que note le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MTD contre Chili* :

« *As noted above, the lex causae in this case based on a breach of the BIT is international law. However it will often be necessary for BIT tribunals to apply the law of the host State, and this necessity is reinforced for ICSID tribunals by Article 42 (1) of the ICSID Convention* »⁹⁷.

En effet, il pourra être utile au tribunal de considérer la situation juridique globale, le droit interne pouvant, par exemple, constituer la preuve d'une violation de l'accord⁹⁸. Comme le tribunal le note dans l'affaire *Siemens AG contre Argentine* :

« *The Tribunal's inquiry is governed by the [ICSID] Convention, by the [BIT] and by applicable international law. Argentina's domestic law constitutes evidence of the measures taken by Argentina and of Argentina's conduct in relation to its commitments under the [BIT]* »⁹⁹.

Ainsi, seul le droit de l'Etat hôte permettra de déterminer si l'investissement était légal¹⁰⁰, si le contrat était valide¹⁰¹, si les règles de droit public autorisaient un représentant à engager

⁹⁴ CIRDI, *CMS Gas Transmission Co contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 116-118. V. également CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 207 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, paragraphes 235-236.

⁹⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 116-117.

⁹⁶ *Ibid.*, paragraphes 120-121.

⁹⁷ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), décision sur la demande en annulation du 21 mars 2007, paragraphe 72.

⁹⁸ V., par ex., A. Parra, "Applicable Law in Investor-State Arbitration" in A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 3-12.

⁹⁹ CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 77. V. également CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/03/30), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 67 : le tribunal nota alors que le droit argentin était « *an element of inquiry* ».

¹⁰⁰ V., par ex. CIRDI, *Inceysa Vallisoletana contre El Salvador* (ARB/03/26), sentence du 2 août 2006 ; CIRDI, *World Duty Free Company contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006.

¹⁰¹ V., par ex., CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000.

l'Etat¹⁰² ou encore de vérifier si le droit de l'environnement¹⁰³, le droit fiscal¹⁰⁴ ou les règles relatives à l'immigration¹⁰⁵ ont été respectées. Le tribunal devra alors s'efforcer d'appliquer le droit local de bonne foi et de façon conforme à la jurisprudence nationale¹⁰⁶, comme l'a noté le Comité *ad hoc* dans l'affaire *Soufraki contre Emirats Arabes Unis*¹⁰⁷.

Une application complémentaire et égale du droit interne et du droit international apparaît donc nécessaire. Cependant, la détermination du rôle que doit occuper le droit interne est encore difficile en l'absence de clause de droit applicable ou de référence expresse dans le traité et il faut donc préférer les cas où le traité renvoie, plus ou moins explicitement, à cet ordre juridique.

2°) Un renvoi au droit interne

Le droit interne va jouer principalement du fait des moyens soulevés par l'Etat, au titre d'une demande reconventionnelle ou comme moyen à l'appui de ses arguments pour le rejet des prétentions de l'investisseur. Il demeure, toutefois, que les arbitres rechignent à appliquer le droit local, dont ils sont souvent peu familiers, et préfèrent retourner sur le terrain plus naturel des principes généraux du droit international¹⁰⁸. Une telle position s'explique également par le

¹⁰² V., par ex., CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001, paragraphe 65 ; CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence du 6 juillet 2007, paragraphes 145-146 ; CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 394.

¹⁰³ CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000, paragraphes 66-71.

¹⁰⁴ LCIA, *Occidental Exploration and Production Company contre Equateur*, sentence du 1^{er} juillet 2004, paragraphe 93.

¹⁰⁵ S.A. dans l'affaire *Channel Tunnel Group et France-Manche contre Royaume-Uni et France*, sentence partielle, 30 janvier 2007, paragraphe 338.

¹⁰⁶ V. à cet égard la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale : CPJI, *affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France (France contre Royaume des Serbes, Croates, Slovènes)*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A n° 20* ; CPJI, *affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France contre Etats-Unis du Brésil)*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A n° 21*, page 124 : « La Cour étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer de manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est entré en vigueur. Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce ».

¹⁰⁷ CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki contre Emirats Arabes Unis* (ARB/02/7), décision sur l'annulation du 5 juin 2007, paragraphe 96 : « *an international tribunal's duty to apply Italian law is a duty to endeavour to apply that law in good faith and in conformity with national jurisprudence and the prevailing interpretations given by the judicial authorities' as well as the State's interpretative authorities* ».

¹⁰⁸ B. Poulain, "Droit applicable. La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-Etat", *Gazette du Palais*, n° 349, 2007, p. 41 et s.

fait qu'en général, le comportement de l'Etat est mis en cause dans l'arbitrage international et non la légalité de l'investissement. Cependant, plusieurs dispositions des traités bilatéraux d'investissement appellent l'application du droit interne. Si cela est évident dans le cas de la conformité au droit local, cette référence peut être plus subtile, comme l'a révélé la jurisprudence concernant l'alliance des clauses parapluie et des clauses de stabilisation ou d'intangibilité ou encore concernant le traitement juste et équitable.

Ainsi, la conduite de l'investisseur pourra faire l'objet d'une appréciation par le tribunal arbitral, en particulier lorsque la protection du traité bilatéral d'investissement est limitée à ceux conformes au droit interne. Néanmoins, cette application du droit interne, même si elle découle d'un renvoi exprès du traité, n'est pas toujours si évidente.

Par exemple, dans l'affaire *Inceysa*, le Salvador a demandé au tribunal de décliner sa compétence du fait que le consentement à l'arbitrage donné dans le cadre du traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Espagne se limitait aux investissements constitués conformément au droit local. Or, il faisait valoir, en l'espèce, que l'investissement avait été constitué sur la base de fraudes et de fausses déclarations¹⁰⁹. Le tribunal déduit d'une analyse du traité bilatéral que seuls étaient couverts par la protection accordée par l'accord les investissements constitués conformément au droit local¹¹⁰. Il s'attache alors à vérifier la légalité de l'investissement. Toutefois, plutôt que de s'en remettre au droit interne, il se concentre sur le traité bilatéral d'investissement :

*« The BIT, as valid law in El Salvador, is the primary and special legislation this tribunal must analyze to determine whether Inceysa's investment was made in accordance with the legal system of that Nation »*¹¹¹.

Le tribunal s'en remet alors au droit international conventionnel sous couvert de statuer sur le fondement du droit interne. Il va encore plus loin en ayant recours aux principes généraux du droit, notant que :

« the inclusion of the clause « in accordance with law » in various BIT provisions is a clear manifestation of (...) international public policy.

*(...) Not to exclude Inceysa's investment from the BIT would be a violation of international public policy »*¹¹².

Cependant, certains tribunaux ont adopté une approche plus orthodoxe. Face à la question de la légalité de l'investissement, le Tribunal statuant dans l'affaire *Fraport contre Philippines* a, cette fois, décliné sa compétence en se fondant exclusivement sur le droit interne. Les

¹⁰⁹ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre El Salvador* (ARB/03/26), sentence du 2 août 2006.

¹¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 206.

¹¹¹ *Ibid.*, paragraphe 220.

¹¹² *Ibid.*, paragraphes 246 et 252.

Philippines faisaient valoir que le tribunal était incompétent du fait que leur consentement à l'arbitrage, contenu dans le traité bilatéral conclu avec l'Allemagne, se limitait aux investissements conformes au droit local. Le tribunal vérifia donc la conformité au droit philippin et constata, en l'espèce, une violation de la législation sur les services publics. Il déclina alors sa compétence, insistant sur la question de la bonne foi de l'investisseur :

« the record indicates that (i) the BIT (...) required that an investment, in order to qualify for BIT protection, had to be in accordance with the host State's law and (ii) local counsel explicitly warned that a particular structural arrangement would violate a serious provision of Philippine law. Moreover, the violation was explicitly discussed at the level of the Board of Directors. In view of the due diligence study prepared by financial experts, the investor, Fraport, concluded that the only plausible way for its equity investment to prove profitable was to arrange secretly for management and control of the project in a way which the investor knew were not in accordance with the law of the Philippines. This was accomplished by (...) the shareholders' agreement (...) which allowed Fraport (...) to have a casting and controlling vote over matters which fell within its area of expertise and competence »¹¹³.

Une telle approche de la conformité du comportement de l'investisseur au droit local comporte toutefois certains risques, évoqués dans l'opinion dissidente de l'un des arbitres de l'affaire *Fraport*, Bernardo Cremades. Il constate, d'une part, qu'il n'existe pas véritablement dans les traités bilatéraux d'investissement de clause de conformité au droit local, mais que celle-ci n'est évoquée qu'au titre d'un renvoi dans le cadre des dispositions relatives à l'admission ou à la protection des investissements. Ce simple renvoi ne devrait pas justifier, d'autre part, que le tribunal décline sa compétence, notant que :

« If the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principles of procedure »¹¹⁴.

La question de la conformité de l'investissement au droit interne s'est encore posée dans l'affaire *World Duty Free Company Limited contre Kenya*¹¹⁵, dans laquelle l'Etat demanda au tribunal de rejeter les demandes de l'investisseur sur le fondement que l'investissement était illicite, du fait que le contrat n'avait été conclu que suite à des pratiques de corruption graves. Le tribunal, après avoir constaté la corruption, a conclu que l'investissement était contraire au droit local – le droit kenyan – au droit applicable au contrat – le droit anglais – mais aussi au

¹¹³ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 398.

¹¹⁴ V. l'opinion dissidente de Bernardo Cremades dans l'affaire CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007.

¹¹⁵ CIRDI, *World Duty Free Company Limited contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006.

droit international, le comportement de l'investissement étant en violation de l'ordre public international¹¹⁶.

Le rôle du droit interne ne se limite pas à l'appréciation de la situation juridique au moment de la constitution de l'investissement, mais va jouer un rôle durant toute son existence. Le droit interne est ainsi considéré comme un risque pour l'investisseur, qui aura pris sa décision économique d'investir également au regard de la situation juridique de l'Etat en cause. Les traités bilatéraux d'investissement se sont indirectement emparés de la question par le biais des clauses parapluie¹¹⁷, qui reprennent au niveau international les obligations contractuelles. Or, les investisseurs incluent parfois des clauses dans leur contrat d'Etat en vue de limiter l'exercice par l'Etat de ses prérogatives de puissance publique.

Il en est ainsi des clauses de stabilisation, par lesquelles l'Etat s'engage à ne pas appliquer une nouvelle législation à l'investissement et à le laisser subsister sous l'empire de l'ancienne loi¹¹⁸. Un exemple d'une telle clause ressort de l'affaire *Liamco* :

« (2) *This Concession shall throughout the period of its validity be construed in accordance with the Petroleum law and the Regulations in force on the date of execution of the Agreement of Amendment by which this paragraph [sic] (2) was incorporated into this Concession Agreement. Any amendment to or repeal of such Regulations shall not affect the contractual rights of the Company without its consent* »¹¹⁹.

¹¹⁶ Toutefois, quand se pose, par ex., une question de corruption, la bonne foi de l'Etat peut être mise en doute lorsqu'il invoque pour la première fois l'argument devant le tribunal arbitral. En effet, on peut légitimement se demander s'il n'avait pas connaissance des faits auparavant et si son action n'est pas tardive en vertu des principes de bonne foi et d'estoppel. L'argument a été soulevé par l'investisseur dans l'affaire *World Duty Free Company Limited contre Kenya*, mais le tribunal a considéré que la corruption n'ayant été dévoilée que dans le cadre de l'affaire, étant donné qu'elle ne touchait que l'ancien chef d'Etat, ces faits n'étaient pas connus du Kenya, qui avait donc agi dans un délai raisonnable (CIRDI, *World Duty Free Company Limited contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006, paragraphe 182). Une solution contraire est ressortie de l'affaire *ADC contre Hongrie*, où le comportement de l'Etat fut jugé abusif ou de mauvaise foi. Le tribunal a alors explicitement reconnu le principe d'estoppel : « *Even if the Respondent was correct in any of its submissions (...), they would nevertheless fail simply because they have rested on their rights. These agreements were entered into years ago and both parties have acted on the basis that all was in order. Whether one rests this conclusion on the doctrine of estoppel or a waiver it matters not. Almost all systems of law prevent parties from blowing hot and cold (...). These submissions smack of desperation. They cannot succeed because Hungary entered into these agreements willingly, took advantage from them and led the Claimants over a long period of time to assume that these agreements were effective* » (CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 475).

¹¹⁷ V. *supra*, p. 252 et s.

¹¹⁸ V., sur cette question, P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48, p. 23.

¹¹⁹ S.A., *Libyan American Oil Company (LIAMCO) contre Libye*, sentence du 12 avril 1977. V. également la clause contenue dans le contrat entre Aminoil et le Koweït, telle qu'elle ressort de l'arbitrage dans l'affaire *AMINOIL contre Koweït*, sentence du 24 mars 1984 : « *The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement* ».

L'objet de ce paragraphe est de figer le droit applicable, aboutissant à ce que le droit en vigueur au moment de la signature du contrat reste applicable même en cas de modification. Ainsi, l'Etat ne pourra plus modifier unilatéralement les droits de l'investisseur, même au travers de sa législation¹²⁰.

Prosper Weil précise l'objet d'une telle clause comme étant :

« de geler la législation nationale du pays hôte dans l'Etat où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'Etat de sa compétence législative »¹²¹.

Les clauses d'intangibilité ont, quant à elles, pour objet de permettre à l'investisseur d'échapper à une modification unilatérale du contrat, l'Etat s'engageant à ne pas modifier le contrat en faisant usage de ses prérogatives de puissance publique ; alors que les clauses de stabilisation auront vocation à empêcher l'application de toute nouvelle législation au contrat qui demeurera soumis à la loi en vigueur au moment de celui-ci¹²². Ainsi, même si les clauses de stabilisation sont souvent rapprochées des clauses d'intangibilité, elles doivent en être distinguées :

« les clauses de stabilisation affectent une compétence générale que l'Etat tient de sa souveraineté même, les clauses d'intangibilité concernent un pouvoir qui ne se déploie qu'à l'intérieur de la sphère contractuelle »¹²³.

La place du droit interne n'est donc pas facile à déterminer, lorsque sont impliquées ces clauses, dont l'effet conjugué aboutit à modifier la nature des obligations de l'Etat. Ces dispositions ont vocation à prévenir l'investisseur contre un risque juridique, celui que l'Etat modifie la réglementation de l'investissement dans un sens qui lui serait moins favorable, risque d'autant plus important que les contrats d'investissement sont des contrats très longs¹²⁴.

De plus, il n'existe pas un seul type de clause de stabilisation, mais bien des clauses de stabilisation, celles-ci ayant une nature diverse : soit elles seront combinées avec une clause

¹²⁰ P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48, pp. 23-31.

¹²¹ P. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, t. 128, vol. III, 1970, pp. 95-240. V. également P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 319 et s. ; P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique", *Ecrits de droit international*, 2000, pp. 325-350.

¹²² V., not., T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p.

¹²³ P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 319 et s. ; P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique", *Ecrits de droit international*, 2000, pp. 325-350.

¹²⁴ J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 268.

d'intangibilité¹²⁵, soit elles feront l'objet d'une disposition autonome, sous une forme générale¹²⁶ ou spécifique¹²⁷. L'objet d'une telle clause étant de maintenir l'équilibre entre l'investisseur et la partie étatique, leur forme et leur contenu peuvent également varier. Comme le note Jean-Marc Loncle et Damien Philibert-Pollez, on peut en distinguer trois types :

- « - les clauses de gel de la législation de l'Etat d'accueil à la date d'entrée en vigueur du contrat d'investissement ;
- les clauses d'allocation des risques par lesquelles la partie publique supporte le risque fiscal. Par exemple dans le domaine pétrolier, la clause prévoira que la société nationale des pétroles supportera tout ou partie des impôts et taxes et qu'elle indemniserà l'opérateur si celui-ci était amené à payer de tels impôts ou taxes ;
- les clauses de renégociation du contrat d'investissement (*hardship clause*) prévoyant l'obligation (au bénéfice du seul investisseur privé, ou parfois au bénéfice des deux parties) de renégocier le contrat pour maintenir l'équilibre économique ou les bénéfices économiques du contrat, ou bien pour rétablir celui-ci »¹²⁸.

Les clauses de stabilisation sont incluses dans les contrats entre Etats et investisseurs¹²⁹. Elles ne peuvent pas l'être dans un traité bilatéral d'investissement¹³⁰, l'Etat ne pouvant renoncer de

¹²⁵ V. l'exemple donné in N. Rubins et N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oceana Publication, New York, 2005, XL-769 p., p. 53 : « *This agreement shall be construed in accordance with the Petroleum and Tax Laws and related regulations in force on the date of execution. Any amendment to, or repeal of such laws or regulations, shall not affect the contract rights or obligations of the contractor without its consent* ».

¹²⁶ Par ex., la clause pourra couvrir l'ensemble des conditions juridiques, économiques, financières et fiscales : « L'Etat garantit à X pour la durée du Contrat d'investissement la stabilité des conditions générales ou particulières, juridiques, économiques, financières et fiscales, telles qu'elles existent dans la Législation de l'Etat à la date d'entrée en vigueur du présent contrat d'investissement, ainsi que des dispositions dudit contrat » (exemple donné in J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 275).

¹²⁷ Parfois, un domaine particulier sera visé par la clause. C'est surtout le cas en matière fiscale : « Il ne pourra être fait application au Contractant d'aucune disposition ayant pour effet d'aggraver, directement ou par voie de conséquence, les charges et obligations découlant pour lui des régimes visés au Chapitre 7 du Code pétrolier, tels que ces régimes sont définis par la législation et la réglementation en vigueur à la date de signature du présent contrat, sans accord préalable des Parties » (exemple de l'art. 33.3 des modèles des contrats pétroliers du Sénégal cité in J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 276). Toutefois, les clauses de stabilisation pourront également concerner le droit du travail : « Les modifications à la législation du travail postérieures à la date d'entrée en vigueur du présent Contrat ne seront applicables qu'à condition qu'elles n'entraînent pas de restriction à l'indépendance et à la liberté de gestion du Contractant dans le cadre de l'exécution du présent Contrat, ni qu'elles ne viennent affecter de façon significative les coûts salariaux du Contractant » (exemple d'un contrat d'investissement avec un pays d'Afrique francophone (2004), article 26-2 (b) cité in J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 277).

¹²⁸ J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 277

¹²⁹ *Ibid.*. Les clauses de stabilisation peuvent également être de nature législative, mais l'Etat pourra alors toujours user de son pouvoir souverain pour les modifier ou les abroger.

¹³⁰ Il a pu exister, toutefois, quelques contre-exemples dans l'histoire. V., par ex., l'art. 4 du traité bilatéral d'investissement entre la France et la Yougoslavie : « au cas où celle-ci [la législation] serait modifiée dans un sens moins favorable, lesdits investissements resteront régis par les dispositions en vigueur à la date où ils ont été agréés ». V. également le traité entre l'Egypte et la Grèce. Voir encore le rapport du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales : UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Publication des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p., pp. 40-41.

façon générale à sa compétence législative, même si la stabilité juridique est parfois un élément de la protection accordée par le traité¹³¹. Les clauses de stabilisation ont, en tout cas, fait l'objet de nombreuses controverses¹³², comme le note Prosper Weil :

« Si la pratique ne se décourage pas, en dépit de certaines désillusions, à recourir aussi fréquemment aux clauses de stabilisation ou d'intangibilité, les juristes sont (en effet) profondément divisés quant à leur valeur juridique. Renonciation effective et valable de l'Etat à exercer certains attributs de sa souveraineté pour certains, ces stipulations ne sauraient, pour d'autres, avoir la moindre portée juridique, l'Etat ne pouvant renoncer à l'exercice de sa souveraineté. Le problème est ardu, car il met en cause les principes les plus fondamentaux du droit : l'autonomie de la volonté et la règle *Pacta sunt servanda*, d'un côté, les attributs de la souveraineté de l'Etat de l'autre »¹³³.

Cependant, comme dans le cas des traités¹³⁴, lorsque l'Etat signe une clause de stabilisation, il ne renonce pas à sa souveraineté :

« *nothing can prevent a State, in the exercise of its sovereignty, from binding itself irrevocably by the provisions of a concession and from granting to the concessionaire irrevocable right (...) in entering into concession contracts with the plaintiffs, the Libyan State did not alienate but exercised its sovereignty* »¹³⁵.

Toutefois, la question s'est posée de savoir si ces clauses n'étaient pas contraires à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, règle dont on suppose qu'elle appartient au *jus cogens*. La pratique arbitrale a, cependant, systématiquement répondu par la négative, comme le révèle la sentence *Aminoil* :

« Egalement sur le plan du droit international, il a été prétendu que la souveraineté sur les ressources naturelles est devenue une règle impérative du *jus cogens*, empêchant les Etats d'accorder, par contrat ou par traité, des garanties de quelque nature que ce soit à l'encontre de l'exercice de l'autorité publique à l'égard des richesses naturelles. Cette prétention est dénuée de fondement. Si la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée de Nations Unies en 1962 doit être considérée, en raison des

¹³¹ Par ex., le tribunal, dans l'affaire LCIA, *Occidental Exploration and Production Company contre Equateur* (sentence du 1^{er} juillet 2004) précise : « *Although a fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble records the agreement of the parties that such treatment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum affective utilization of economic resources. The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment* ».

¹³² UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Publication des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p., p. 42.

¹³³ P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 319 et s. ; P. Weil, *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique*, 2000, pp. 325-350, p. 334.

¹³⁴ CPJI, *Affaire du Vapeur Wimbledon*, arrêt du 17 août 1923, *Rec. Série A, A 01*, p. 25 : « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat ».

¹³⁵ S.A., *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company contre Libye*, sentence du 17 janvier 1977. V. également J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292, p. 279.

circonstances de son adoption comme reflétant l'état alors existant du droit international, tel n'est pas le cas des résolutions subséquentes, qui n'ont pas été revêtues du même degré d'autorité. Même si certaines de leurs dispositions peuvent être considérées comme des règles qui reflètent la pratique internationale, il ne serait pas possible d'en déduire l'existence d'une règle de droit international interdisant à un Etat de s'engager à ne pas procéder à une nationalisation pendant une période de temps limitée. Il peut, en effet, être éminemment utile que les Etats d'accueil aient la faculté de s'engager à ne pas nationaliser une entreprise étrangère donnée dans une période limitée, et aucune règle de droit international public ne les en empêche »¹³⁶.

Il en est de même pour les engagements à ne pas modifier le droit applicable. Même si des doutes subsistent sur leurs conséquences et, notamment, en termes de réparation¹³⁷, les clauses de stabilisation ne sont, toutefois, pas une restriction à la souveraineté de l'Etat, mais bien une de ses manifestations.

Les clauses de stabilisation vont prendre une portée particulière dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, lorsque ceux-ci contiennent des clauses parapluie¹³⁸. Ces clauses ont pour objet de transformer les obligations contractuelles souscrites par l'Etat à l'égard de l'investisseur en obligations internationales relevant du traité bilatéral d'investissement, ce qui a un rôle important dans la distinction *treaty claims* et *contract claims*. Comme le résume le tribunal dans l'affaire *LESI Dipenta* :

« ces clauses ont pour effet de transformer les violations des engagements contractuels de l'Etat en violations de cette disposition du traité, et, par la même, de donner compétence au tribunal arbitral mis en place en application du traité pour en connaître »¹³⁹.

Ainsi, lorsque le contrat contient une clause de stabilisation et le traité une clause parapluie, l'engagement par l'Etat de ne pas modifier la législation applicable à l'investissement devient une obligation internationale. Dans l'affaire *LG&E*, le tribunal a ainsi considéré que les dispositions législatives sur lesquelles se fondait l'investisseur pouvaient constituer des obligations de l'Etat à son égard, faisant de l'abrogation de ces dispositions une violation du traité bilatéral d'investissement :

« *as such, Argentina's abrogation of the guarantees under the statutory framework (...) violated its obligations to Claimant's investments. Argentina made these specific obligations to foreign investors, such as LG&E, by enacting the Gas Law and other*

¹³⁶ S.A., *AMINOIL contre Koweït*, sentence du 24 mars 1984, paragraphe 90 en français in P. Kahn, "Contrats d'Etat et nationalisation : les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982", *JDI*, vol. 109, 1982, pp. 844-909. V. également G. Burdeau, "Droit international et contrats d'Etats — La sentence Aminoil contre Koweït du 24 mars 1982", *AFDI*, vol. 28, n° 1, 1982, pp. 454-470.

¹³⁷ V. S.A., *AMINOIL contre Koweït*, sentence du 24 mars 1984 ; CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986. La question de la légalité des clauses de stabilisation s'est déplacée sur celle des remèdes.

¹³⁸ V. *supra*, p. 252 et s.

¹³⁹ CIRDI, *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA contre Algérie* (ARB/03/8), sentence du 10 janvier 2005, paragraphe 25.

regulations, and then advertising these guarantees in the Offering Memorandum to induce the entry of foreign capital to fund the privatization program in its public service sector. These laws and regulations became obligations within the meaning of article II (2) (c), by virtue of targeting foreign investors and applying specifically to their investments, that gave rise to liability under the umbrella clause »¹⁴⁰.

Ainsi, les investisseurs sont protégés contre le pouvoir unilatéral des Etats de modifier l'environnement juridique, sur lequel l'investisseur a fondé sa décision d'investir¹⁴¹, même si la jurisprudence des tribunaux arbitraux en la matière n'est pas toujours aussi favorable¹⁴². Lorsqu'ils l'admettent, les tribunaux arbitraux devront évaluer si la mesure aboutit à une expropriation ou à une mesure équivalente ou si, même si elle nuit à l'investissement, elle n'implique pas son anéantissement¹⁴³. Dans les deux cas, il est considéré que la réparation adéquate consiste en une indemnisation, du fait d'une violation des obligations spécifiques mentionnées dans le traité bilatéral d'investissement et équivalent à une clause parapluie¹⁴⁴. La *restitutio in integrum* ou l'application stricte de la clause de stabilisation sera, en général exclue et l'on préférera accorder une indemnisation¹⁴⁵.

La modification du droit interne pourra également être envisagée pour engager la responsabilité de l'Etat en vertu des traités bilatéraux d'investissement, cette fois au regard des attentes légitimes de l'investisseur considérées comme faisant partie du traitement juste et équitable de l'investisseur¹⁴⁶. Par exemple, dans l'affaire *LG&E*, l'Argentine a été condamnée pour avoir mis fin à des garanties législatives sur lesquelles l'investisseur se fondait et qui avait fait naître en lui des « attentes légitimes » ainsi violées¹⁴⁷. Se pose encore la question des relations entre le principe du traitement juste et équitable et une expropriation rampante :

¹⁴⁰ CIRDI, *LG&E contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 4 octobre, paragraphe 175.

¹⁴¹ T. Wälde, "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 4, 2004, 48 p.

¹⁴² V., par ex., CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision du 27 avril 2006, paragraphe 84.

¹⁴³ V. *infra*, p. 634 et s. V. également, sur cette question, CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphe 198 : « *In the circumstances of this case, although the State adopted severe measures that had a certain impact on the Claimant's investment, especially regarding the earnings that the Claimants expected, such measures did not deprive the investors of the right to enjoy their investment (...). Without a permanent, severe deprivation of LG&E's rights with regard to its investment, or almost complete deprivation of the values of LG&E's investment, the Tribunal concludes that these circumstances do not constitute expropriation* ».

¹⁴⁴ Ainsi, dans l'affaire CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16) sentence du 28 septembre 2007, le tribunal conclut : « *The Treaty does not specify the damages to which the investor is entitled in case of breach of the treaty standards different from expropriation. Although, there is some discussion about the appropriate standard applicable in such a situation, several award of arbitral tribunals dealing with similar treaty clauses have considered that compensation is the appropriate standard of reparation in respect of breaches other than expropriation, particularly if such breaches cause significant disruption to the investment made* » (p. 119).

¹⁴⁵ V. *infra*, p. 612 et s. V. également P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48.

¹⁴⁶ V. *infra*, p. 569 et s.

¹⁴⁷ CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006. V. également CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, en particulier paragraphe 139.

« *In such cases it might be very difficult to distinguish the breach of fair and equitable treatment from indirect expropriation or other forms of taking and it is thus reasonable that the standard of reparation might be the same* »¹⁴⁸.

Les traités bilatéraux d'investissement ont, ainsi, complètement modifié la donne en matière de droit applicable. Alors qu'avait initialement vocation à s'appliquer le droit interne, les traités bilatéraux ont déplacé le cadre du différend pour l'intégrer à l'ordre international. Cette internationalisation du droit des investissements est logique lorsque la demande se fonde sur un traité bilatéral d'investissement. On peut, toutefois, s'interroger sur son opportunité, lorsque le traité ne contient pas de clause spécifique relative au droit applicable. Dans ce cas, il faudrait appliquer le paragraphe 2 de l'article 42 de la Convention de Washington, qui impose l'application du droit interne à titre principal. Les tribunaux se sont, cependant, détachés de ce texte, se fondant en priorité sur les traités bilatéraux d'investissement. Cette dynamique créée par les tribunaux arbitraux et reprise dans les nouveaux accords a poussé à une nouvelle lecture de l'article 42 de la Convention de Washington, dont on peut, toutefois, se demander si elle n'est pas *contra legem*. Cela contribue, en tout cas, à ancrer l'ordre juridique relatif aux investissements dans le droit international.

B. Un investissement soumis à l'ordre juridique international

La Convention de Washington prévoit qu'en cas de silence des parties sur le droit applicable :

« le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend (...) ainsi que les principes de droit international en la matière »¹⁴⁹.

Cette référence aux « principes de droit international en la matière » n'a pas été sans créer de difficulté, la Convention de Washington donnant au droit international un rôle ambigu¹⁵⁰. Si le droit interne s'applique à titre principal, la place du droit international n'est pas évidente. Certains ont ainsi pu considérer que le droit international n'avait vocation à s'appliquer que si le droit interne violait une norme de *jus cogens*¹⁵¹. Durant les négociations de la Convention de Washington, il a seulement été précisé que :

¹⁴⁸ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16) sentence du 28 septembre 2007, p. 120.

¹⁴⁹ Art. 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington.

¹⁵⁰ T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p.

¹⁵¹ W. M. Reisman, "The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 15, 2000, pp. 362-381.

« the term « international law » as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes »¹⁵².

L'application du droit international ne se limite donc pas au *jus cogens*¹⁵³, mais a une vocation générale, faisant appel à toutes les sources du droit international¹⁵⁴, telles qu'elles ressortent – en partie – de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice :

« La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

La question des sources internationales s'est donc également posée en droit international des investissements et révèle bien les difficultés de cette matière, comme le note le Professeur Juillard :

« de la querelle sur l'existence de coutumes générales de droit international ou de principes généraux du droit international ; du flux et du reflux du bilatéralisme ou du multilatéralisme ; de la force juridique ou de l'absence de force juridique des résolutions des organisations internationales : toutes les sources du droit des investissements ont été pris dans la tourmente »¹⁵⁵.

La référence de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington aux « principes de droit international en la matière » devrait alors être comprise comme une liberté laissée au tribunal de déterminer lui-même les règles substantielles applicables conformément à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Ainsi, le droit international dans l'arbitrage CIRDI devrait être considéré comme un corps de règles matérielles, applicable de façon autonome¹⁵⁶.

¹⁵² V. le Memorandum du Conseiller général et le Projet de rapport des directeurs du 19 janvier 1965 in CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, 1968, p. 962.

¹⁵³ V. not. E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411, pp. 399-402.

¹⁵⁴ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 125 et s.

¹⁵⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250-VI, 1994, pp. 9-216, p. 22.

¹⁵⁶ E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 375-411, p. 397.

L'internationalisation du droit international des investissements est donc le résultat de deux mouvements allant dans la même direction : le premier ressort de l'interprétation favorable de l'article 42, paragraphe 1, de la Convention de Washington adoptée par les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ; le second de la découverte et de l'explosion du nombre de recours fondés sur les traités bilatéraux d'investissement, source reine du droit international, qui a eu un impact non négligeable sur le droit applicable. L'internationalisation totale du contentieux de l'investissement est donc le résultat de l'action conjointe des tribunaux arbitraux et des traités d'investissement.

Cette internationalisation du droit des investissements n'a pas été sans conséquence sur ses sources. Si la source conventionnelle est de très loin majoritaire, la question de l'émergence d'une coutume a commencé à se poser.

En effet, la répétition systématique et dans les mêmes termes de certaines règles, alliée à une jurisprudence assez uniforme, a poussé à se demander si des normes coutumières ne s'étaient pas cristallisées, comme, par exemple, sur les conditions des expropriations ou le traitement juste et équitable¹⁵⁷. Le CIRDI, dans l'affaire *Pope & Talbot contre Canada*, a considéré que :

*« applying the ordinary rules for determining the content of custom in international law, one must conclude that the practice of states is now represented by the [bilateral] treaties »*¹⁵⁸.

La controverse demeure, toutefois, dans la doctrine. Cependant, même si certains rejettent en bloc la possible émergence de règles coutumières spécifiques au droit international des investissements (1°), il est indéniable qu'on assiste aujourd'hui à un phénomène de cristallisation de normes du droit international des investissements née de la conjonction d'une pratique conventionnelle uniforme et d'une jurisprudence constante (2°).

¹⁵⁷ C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.

¹⁵⁸ S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Canada*, sentence sur les dommages-intérêts du 31 mai 2002, paragraphe 62.

1°) L'incertitude sur la réunion des conditions d'émergence de normes coutumières

L'application des normes conventionnelles dans le cadre de l'arbitrage CIRDI n'a pas créé de difficultés, les actions se fondant elles-mêmes sur les traités bilatéraux d'investissement. Cependant, leur application n'exclut pas pour autant l'application d'autres normes de droit international. Par exemple, qu'il y ait ou non un traité bilatéral d'investissement, l'investisseur aura toujours droit au standard minimum, étant donné qu'il s'agit d'une norme coutumière de droit international¹⁵⁹. De même, il résulte du droit international général une obligation de vigilance de la part des Etats¹⁶⁰, qui s'est notamment exprimée dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 24 mai 1980 relatif au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*¹⁶¹ ; et certaines normes relatives aux expropriations et nationalisations.

Cependant, l'internationalisation du droit des investissements ne s'exprime pas seulement au travers de la problématique du droit applicable, mais aussi au regard de la nature des règles en cause. En effet, la technique des modèles d'accords bilatéraux d'investissement aboutit à une répétition quasi-systématique de certaines règles et standards qui, alliée à une jurisprudence constante, leur donnent une telle valeur normative, qu'on peut légitimement se demander, malgré le démenti de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo*¹⁶², si ces règles n'appartiennent pas au droit international général et si elles peuvent s'appliquer en dehors de tout support conventionnel¹⁶³. Ainsi, la relation entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI n'a-t-elle pas abouti à enrichir le droit international coutumier en la matière ? Comme de nombreux auteurs au regard, en particulier, des traités bilatéraux d'investissement, il convient de se demander :

¹⁵⁹ A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, III, 1932, pp. 323-412 ; E. Borchard, "The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461 ; A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, AW Sijthoff, Leyde, 1949, 194 p. ; A. Falsafi, "The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property : A Contingent Standard", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 317-363 ; J. d'Aspremont, "International Customary Investment Law : Story of a Paradox", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, N°2011-08, 2011, 55 p. ; M. Paparinskis, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 320 p.

¹⁶⁰ R. Pisillo Mazzeschi, "*Due diligence*" e responsabilità internazionale degli Stati, Giuffrè, Milan, 1989, XIV-418 p. ; R. P. Barnidge Jr, "The Due Diligence Principle Under International Law", *International Community Law Review*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 81-121 ; C. Gérard, *Obligation de vigilance et due diligence en droit international public - La responsabilité de l'Etat pour les dommages ne trouvant pas leur cause directe dans son fait illicite dans l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat (Université Paris I), Paris, 2009, 477 p.

¹⁶¹ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, *CIJ Rec.* 1980, p. 3.

¹⁶² CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République Démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582. V. également l'arrêt du 30 novembre 2010 et l'arrêt du 19 juin 2012 relatif à l'indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée.

¹⁶³ V. *supra*, p. 465 et s. V. également A. Alvarez Jiménez, "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case Before the International Court of Justice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 1, 2008, pp. 51-70.

« Do BITs represent the « new » custom in this field ? »¹⁶⁴.

Si l'on reprend la définition donnée à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, les deux éléments constitutifs de la coutume ressortent :

« la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ».

Il s'agit, d'une part, d'un élément matériel, constituant une pratique générale et constante et, d'autre part, d'un élément psychologique, l'*opinio juris sive necessitatis*, à savoir la conviction des Etats d'appliquer le droit¹⁶⁵.

De nombreux auteurs considèrent que ces éléments ne peuvent pas être réunis en droit international des investissements, tant du fait de l'absence de véritable jurisprudence dans le cadre du CIRDI, que du fait des caractères spécifiques des traités bilatéraux d'investissement.

Certains ont, en effet, fait valoir que les décisions des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ne pouvaient contribuer à l'émergence de normes coutumières, étant donné qu'il ne pouvait pas exister de jurisprudence. Les décisions de justice ne sont qu'une source subsidiaire du droit international et, surtout, il ne peut exister dans l'arbitrage entre Etats et investisseurs la règle du précédent ou un mécanisme d'appel capable d'harmoniser la jurisprudence. Dès lors, les contradictions de la jurisprudence révéleraient davantage l'absence de consensus¹⁶⁶.

Ces critiques ne sont pas fondées et même si l'on retient davantage les décisions contradictoires, il est indéniable qu'une jurisprudence est en train de se former, qui ressort

¹⁶⁴ P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701. V. également B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, 1994, pp. 327-375 ; A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130 ; S. Hindelang, "Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate - The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, pp. 789-809 ; S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30 ; J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80.

¹⁶⁵ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 352 et s.

¹⁶⁶ V. not. A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688 ; M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *Journal of World Trade Law*, vol. 20, 1986, pp. 79-98 ; P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past - Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 474-505 ; A. Al Faruque, "Creating Customary International Law Through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal", *Indian Journal of International Law*, vol. 44, 2004, pp. 292-318 ; M. C. Porterfield, "An International Common Law of Investors Rights", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, 2006, pp. 79-113 ; P. Muchlinski, "Policy Issues" in P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3-48 ; S. Subedi, *International Investment Law : Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p. ; J. Yackee, "Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties : Myth and Reality", *Fordham International Law Journal*, vol. 32, n° 5, 2009, pp. 1550-1613 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 232 et s.

tout particulièrement de la volonté des arbitres de développer une jurisprudence cohérente, se fondant sur des principes communs¹⁶⁷. Même si les précédents n'ont aucune force obligatoire, ils sont systématiquement pris en considération par les arbitres qui tentent de donner une cohérence à leurs décisions et de créer une jurisprudence constante. Dans l'affaire *Saipem S.p.A*, le tribunal considéra qu'il avait :

« *a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law* »¹⁶⁸.

En suivant les précédents, les arbitres s'abritent contre la critique de « gouvernement des juges » et donnent davantage de légitimité à leurs décisions, en révélant l'intégrité de la jurisprudence arbitrale¹⁶⁹. Ainsi, loin d'empêcher l'émergence de nouvelles normes coutumières, la jurisprudence du CIRDI contribue à son développement, la cohérence de la jurisprudence arbitrale et l'attention que prêtent les arbitres aux précédents¹⁷⁰ tendant à révéler – au moins – la formation de coutumes en matière d'investissements¹⁷¹.

Cependant, les critiques se sont surtout concentrées sur les traités bilatéraux d'investissement qui seraient, selon certains, incapables de constituer un terreau favorable à la cristallisation de coutumes. Muthucumaraswamy Sornarajah insiste sur les divergences entre les modèles d'accords¹⁷², alors que Peter Muchlinski critique cette limite imposée à la liberté des Etats¹⁷³ et que d'autres voient dans ces standards une course vers le bas très nuisible aux pays en développement¹⁷⁴. De plus, le réseau des traités bilatéraux d'investissement ne lie pas tous les Etats¹⁷⁵ et les obligations qu'ils contiennent ne valent que pendant la période où le traité est en

¹⁶⁷ V. *supra*, p. 209 et s.

¹⁶⁸ CIRDI, *Saipem S.p.A contre Bangladesh* (ARB/05/07), décision sur la compétence du 21 mars 2007, paragraphe 67.

¹⁶⁹ P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past - Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 474-505, pp. 497-500. V. également M. Shapiro, *Courts : A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1986, IX-245 p.

¹⁷⁰ E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875, p. 858.

¹⁷¹ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.

¹⁷² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 176 : « *But, there is so much divergence in the standards in bilateral investment treaties that it is premature to conclude that they give rise to any significant rule of international law* ».

¹⁷³ P. Muchlinski, "Policy Issues" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3-48, p. 17 : « *Perhaps the key question is what might be gained by elevating treaty-based standards to customary law. In effect, it would bind all countries to what may remain contested international minimum standards of treatment, regardless of whether such countries have signed [international investment agreements]. This would prevent freedom of choice for countries as to the extent and nature of their commitments... Given the widespread application of otherwise contested standards as treaty-based obligations, it would appear unnecessary to do so and, in this very sensitive policy area, it could produce an unfavourable political response, retarding economic integration and development* ».

¹⁷⁴ A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.

¹⁷⁵ Par ex., les Etats-Unis n'ont conclu aucun accord avec le Brésil, la Russie, l'Inde ou encore la Chine, alors que ces derniers sont d'importants pays exportateurs de capitaux.

vigueur¹⁷⁶. Suivant la théorie générale du droit international, rappelée récemment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo*¹⁷⁷, les traités bilatéraux d'investissement ne lient que les parties et n'ont qu'un effet relatif, excluant les tiers. Ils agissent comme *lex specialis* entre les Etats parties¹⁷⁸.

Cependant, cet argument ne peut convaincre, un tribunal l'ayant, d'ailleurs, explicitement rejeté :

« *The Tribunal must, finally, refer to the question raised to the effect that lex specialis cannot be considered as leading to a rule of customary law. First, the Tribunal must note that there is no obstacle in international law to the expression of the will of States through treaties being at the same time an expression of practice and of the opinio juris necessary for the birth of a customary rule if the conditions for it are met* »¹⁷⁹.

Certains ont également évoqué le caractère de « traité-contrat » des traités bilatéraux d'investissement, qui ne peuvent avoir qu'un effet relatif du fait qu'ils ne sont pas des « traités-lois »¹⁸⁰. Les deux critiques les plus récurrentes demeurent, toutefois, liées, d'une part, à l'idée de contrainte économique et, d'autre part, à l'absence d'universalité des standards contenus dans les traités bilatéraux d'investissement.

Tout d'abord, certains rejettent la possibilité que les traités bilatéraux manifestent une *opinio juris* du fait du contexte de leur signature. Selon eux, les travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies et les revendications d'un Nouvel ordre économique international ont révélé l'absence de consensus en la matière, empêchant pour l'instant de considérer les règles contenues dans les traités bilatéraux d'investissement comme appartenant au droit international coutumier¹⁸¹. Les pays qui revendiquaient ce Nouvel ordre économique international étaient alors pris dans le dilemme du prisonnier, ne souhaitant nullement nuire aux positions développées par leur groupe d'Etats, mais se trouvant tout de même dans l'obligation – économique – de conclure individuellement des traités bilatéraux d'investissement. La signature des traités bilatéraux d'investissement ne peut alors nullement

¹⁷⁶ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80, p. 23.

¹⁷⁷ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République Démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582.

¹⁷⁸ M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *Journal of World Trade Law*, vol. 20, 1986, pp. 79-98 : « *Each treaty is nothing but lex specialis between parties designed to create a mutual regime of investment protection. Such lex specialis is necessary simply because of the uncertainty in the law on investment protection but such uncertainty cannot be removed on a universal basis by these treaties as they do not consistently support definite principles* ».

¹⁷⁹ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 156.

¹⁸⁰ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 103.

¹⁸¹ A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.

être liée à la conviction qu'il s'agit du droit ou au sentiment d'être lié¹⁸² et n'a donc aucune portée normative¹⁸³.

Cette thèse apparaît aujourd'hui anachronique, les revendications d'un Nouvel ordre économique international étant lointaines et les traités bilatéraux ayant bouleversé le régime juridique des investissements¹⁸⁴. D'ailleurs, l'objet même de la signature des traités bilatéraux d'investissement était, pour les pays en développement, d'envoyer un signal à la communauté internationale et aux potentiels investisseurs, montrant leur changement de position.

Ensuite, certains considèrent que les traités bilatéraux ne peuvent pas être l'expression d'une *opinio juris*, étant donné qu'ils sont conclus par les pays en développement du fait de l'état de contrainte économique dans lequel ils se trouvent¹⁸⁵. Comme pour les contrats d'adhésion en droit de la consommation, les Etats importateurs de capitaux n'auraient pas le poids économique ou le pouvoir de réellement négocier le traité¹⁸⁶.

Il demeure, toutefois, que la contrainte économique n'est pas un motif de nullité des traités en droit international et que même si l'on a hésité à inclure la pression économique ou politique à l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969, cette proposition n'a pas été retenue¹⁸⁷. De plus, aucun Etat n'a invoqué cette contrainte comme défense lors d'une procédure d'arbitrage¹⁸⁸. Rien ne s'oppose donc à ce que les traités bilatéraux d'investissement expriment l'*opinio juris*¹⁸⁹, d'autant plus qu'aujourd'hui, la majorité des traités bilatéraux d'investissement est conclue entre pays en développement ou entre pays en développement et pays en transition et que l'on ne peut dès lors considérer qu'il existe une contrainte économique. Or, la formulation des clauses ne varie pas en fonction du niveau de développement économique des parties, poussant ainsi à considérer les standards contenus dans les traités bilatéraux d'investissement comme universels.

¹⁸² La jurisprudence a confirmé ce point : S.A. CNUDCI, *United Parcel Serv. of America contre Canada*, décision sur la compétence, 2002 : « while [BITs] are large in number their coverage is limited ; and in terms of opinio juris there is no indication that they reflect a general sense of obligation ».

¹⁸³ A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.

¹⁸⁴ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80.

¹⁸⁵ S. K. B. Asante, "International Law and Foreign Investment : A Reappraisal", *ICLQ*, vol. 37, n° 3, 1988, pp. 558-628.

¹⁸⁶ Cette théorie est développée plusieurs fois par M. Sornarajah in *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

¹⁸⁷ R. D. Kearney et R. E. Dalton, "The Treaty on Treaties", *AJIL*, vol. 64, 1970, pp. 495-561, pp. 532-535.

¹⁸⁸ V. not., J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

¹⁸⁹ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

Enfin, certains considèrent que, même si les standards sont identiques, ils sont définis de façon divergente¹⁹⁰ et les modèles vont différer en fonction du poids économique des Etats. Par exemple, le Canada affirmait dans le cadre d'un arbitrage :

« *Even amongst the BITs, no consistent practice can be found. The variation of terms, and specifically the differences in the scope and nature of access to international arbitration makes it impossible to find a consistent practice. Without such consistent practice there can be no customary norm* »¹⁹¹.

Il n'existe, par ailleurs, pas de convention multilatérale définissant le régime de l'investissement international et certains Etats sont même allés jusqu'à dénoncer l'une des seules conventions universelles relatives à l'investissement, la Convention de Washington¹⁹². Ces éléments révèlent bien que le régime des investissements internationaux, considéré *lato sensu*, n'est pas universel.

Cela ne signifie, cependant, pas que certains standards ne sont pas universels. Les différences n'effacent pas le fait que tous les traités bilatéraux d'investissement font systématiquement référence à certains éléments de protection, comme le traitement juste et équitable ou la pleine et entière protection et sécurité. Il est, en tout cas, évident que le droit international des investissements a eu un impact sur le droit international général. Même si cela avait été envisagé dès les débuts du CIRDI¹⁹³, la construction d'un régime des investissements internationaux à travers le développement des traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI a bouleversé le droit international public. Maintenant, même les Etats qui ne sont pas parties à l'un des nombreux traités bilatéraux d'investissement sont soumis à ce que l'on pourrait qualifier de nouvelles règles du droit international général¹⁹⁴. Andreas Lowenfeld considère qu'aujourd'hui, « les principes de droit international » auxquels il est fait référence dans l'article 42 de la Convention de Washington, ont été modifiés par l'explosion de traités bilatéraux d'investissement ainsi que par l'acceptation généralisée de la compétence du CIRDI¹⁹⁵. Quant au juge Stephen Schwebel, il note que :

¹⁹⁰ B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, 1994, pp. 327-375. V. également P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701, p. 683.

¹⁹¹ Soumission du Canada en vertu de l'ALENA, art. 1128, concernant l'affaire CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), 27 juin 2002, paragraphe 18.

¹⁹² V. *infra*, p. 837 et s.

¹⁹³ A. Broches, "Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 59, 1965, pp. 33-38.

¹⁹⁴ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80.

¹⁹⁵ A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130, pp. 125-128.

« *customary international law governing the treatment of foreign investment has been reshaped to embody the principles of law found in more than two thousand concordant bilateral investment treaties* »¹⁹⁶.

Certaines normes de protection substantielle accordées par les traités font désormais l'objet d'un consensus au niveau international, au point de s'intégrer au droit international coutumier¹⁹⁷. Les standards des traités deviendraient ainsi ce que Lowenfeld qualifie d'« *international legislation* »¹⁹⁸. Ainsi, même s'il est difficile de dire que les traités bilatéraux d'investissement représentent exactement le droit coutumier international, ils ont sans nul doute influencé son développement¹⁹⁹.

2°) Un phénomène de cristallisation en action

Il n'existe, en l'état actuel, aucune réponse définitive à la question de l'impact des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI sur le régime des investissements internationaux. La place de la coutume dans cet ordre juridique particulier est difficile à évaluer, mais il est évident que le droit international des investissements a contribué à sa consolidation, mais aussi à son développement.

¹⁹⁶ S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30, p. 27. Cette position a été reprise dans l'affaire *CME*, dans laquelle les arbitres – y compris Stephen Schwebel – ont considéré que les traités bilatéraux d'investissement avaient « *reshaped the body of customary international law* » (S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République tchèque*, sentence du 14 mars 2003, paragraphe 498). V. également CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphe 125, notant que le droit international avait été « *shaped by the conclusion of more than two thousand bilateral investment treaties and many treaties of friendship and commerce* ».

¹⁹⁷ Selon Lowenfeld, la théorie des sources en droit international général serait désormais incomplète et ne refléterait plus les réalités de la construction du droit international et les standards auraient atteint « *the level of customary law effective even for non signatories* ». Voir A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130, pp. 128-130.

¹⁹⁸ A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130.

¹⁹⁹ P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701, p. 681 : « *while it is certainly true that BITs will influence the development of customary international law, it is quite another thing to simply say that BITs now represent the new custom in international investment law* ». A l'inverse, voir I. Laird, "A Community of Destiny – The Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 77-96, p. 95 : « *we have reached that point in the development of international investment law where we must seriously consider these instruments [BITs] as reflective of the development of new customary international law (...). A strong argument can now be made that sufficient constancy does exist in investment instruments and related jurisprudence, and that this particular area of international law has evolved to reflect a new and consistent state of international custom* ».

En effet, dans de nombreux traités bilatéraux d'investissement, des clauses se fondent explicitement sur le droit international général ou y font référence, reflétant parfois l'intention des rédacteurs d'affirmer les principes du droit international concernant les investissements internationaux. C'est, notamment, souvent le cas pour le traitement juste et équitable et la pleine protection et sécurité²⁰⁰ ou encore pour la non-discrimination. Par exemple, l'Accord entre la Colombie et l'Union belgo-luxembourgeoise prévoit que :

« Tous les investissements effectués par des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante jouiront en tout temps d'un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et sécurité intégrales, conformément au droit international coutumier »²⁰¹.

De même, l'Accord entre la France et le Sénégal dispose que :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international »²⁰².

L'affirmation plus ou moins explicite par les traités de l'existence de normes internationales coutumières²⁰³ a ainsi fait évoluer le standard minimum du droit international. Même si cela a pu être critiqué²⁰⁴, ce standard incorpore aujourd'hui davantage de garanties au profit des investisseurs²⁰⁵. Dans l'affaire *Sempra Energy*, le tribunal arbitral note que le traitement juste et équitable a évolué durant les siècles et :

« *customary international law, treaties of friendship, commerce and navigation, and more recently bilateral investment treaties, have all contributed to this development* »²⁰⁶.

²⁰⁰ V., par ex., l'art. II (2) (a) du TBI Etats-Unis d'Amérique – Argentine, 1991 : « *investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law* ».

²⁰¹ Art. 3, paragraphe 2, du TBI UEBL – Colombie 2009. V. également l'art. II du TBI Colombie – Royaume-Uni, 2010.

²⁰² Art. 4 du TBI France – Sénégal, 2007.

²⁰³ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80, p. 41.

²⁰⁴ V. *infra*, p. 580 et s. V. la note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 de la Commission de l'ALENA, 31 juillet 2001. V. également les modèles américains de 2004 et de 2012. V., en comparaison, l'affaire *Neer contre Mexique*, 1926.

²⁰⁵ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80, p. 36.

²⁰⁶ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, paragraphes 296-297. Sur la question du traitement juste et équitable, v. : CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/03/30), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 364 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, démontrant que le standard du traitement juste et équitable a évolué depuis l'affaire *Neer* (paragraphes 293-299) ; S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Canada*, sentence sur les dommages-intérêts du 31 mai 2002, considérant que les 1800 traités bilatéraux d'investissement reflètent une pratique générale (paragraphes 59-62) ; CIRDI, *M.C.I. Power Group, L.C. et New Turbine, Inc. contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphe 369.

Il en est de même concernant les principes applicables en cas d'expropriation ou pour l'indemnisation²⁰⁷. Même des principes plus récents, comme ceux de la transparence ou de la responsabilité sociale, sont formulés dans des termes laissant à penser qu'ils ont vocation à faire partie du droit international coutumier²⁰⁸.

Ces renvois au droit international général sont parfois également accompagnés d'une clause de conflit de lois, prévoyant souvent l'application de la norme la plus favorable. Par exemple, dans l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Corée, il est prévu que :

« [L]orsqu'une question est régie à la fois par le présent Accord et par une convention internationale à laquelle les deux Parties contractantes sont parties, ou par des principes généraux du droit international, aucune disposition du présent Accord n'aura pour effet d'empêcher l'une ou l'une Partie contractante ou l'un de leurs investisseurs de tirer parti des règles qui leur sont plus favorables »²⁰⁹.

Ces références au droit international coutumier agissent comme un renvoi, faisant d'une violation de ses normes par là même une violation du traité. Les Etats ont souhaité intégrer le droit international coutumier dans le champ de l'accord de façon à donner compétence aux tribunaux arbitraux en cas de violation ces règles qui, sinon, seraient soumises aux principes du règlement des différends interétatiques²¹⁰. Les traités bilatéraux viennent donc renforcer les règles du droit international coutumier, mais peuvent également les développer²¹¹.

Ainsi, malgré les critiques, il est indéniable que l'effet conjugué des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI a eu un impact sur le contenu du droit international général. Certes, l'ensemble des dispositions des traités bilatéraux d'investissement n'ont pas vocation à mettre en place des principes généraux, mais la question de la cristallisation de certaines normes se pose.

²⁰⁷ V. les annexes A et B du modèle américain de 2012.

²⁰⁸ V. not., J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80 ; S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p. ; I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XXXII-315 p.

²⁰⁹ Art. 10 du TBI UEBl – Corée, 2006. V. également l'art. 10 du modèle chinois de 2003 ; l'art. 3 du modèle néerlandais de 1997 ; l'art. 13 du modèle indien de 2003 ; l'art. 7 du modèle allemand de 2005 ; l'art. 11 du modèle anglais de 2005 ; l'art. XI du modèle colombien de 2008. V., par ex., également l'art. 12 du TBI Inde – Suisse, 1997 ; l'art. 13 du TBI UEBl – Inde 1997.

²¹⁰ J. E. Alvarez et K. J. Vandevelde, "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal", *ASIL Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 532-540, p. 537 : « *One of the most important of the absolute standards requires that covered investment enjoy treatment no less favorable than that required by international law. This provision incorporates customary international law into the BIT, so that any violation of customary international law also would violate the BIT. The practical implication is that the BIT dispute mechanisms, which apply to treaty violations, can be used to remedy violations of customary international law* ».

²¹¹ A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130 : il note à propos de l'interprétation faite par les tribunaux arbitraux du droit coutumier international qu'ils « *reflect, and by applying that standard to changing facts, also affect* ».

Conformément à la définition donnée à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il faudra démontrer une pratique générale acceptée comme étant le droit. On peut alors se demander si un réseau très dense de conventions bilatérales peut constituer la preuve d'une pratique générale. Même si la Cour mondiale²¹² a considéré que ce n'était pas le cas, les Etats-Unis affirment que :

« *A wide network of similar bilateral arrangements on a subject may constitute practice and also result in customary law. If an international agreement is declaratory of, or contributes to, customary law, its termination by the parties does not of itself affect the continuing force of those rules as international law* »²¹³.

Or, aujourd'hui, le réseau de traités bilatéraux d'investissement est réellement universel. Pratiquement tous les pays du monde ont signé au moins un accord et ceux-ci ne concernent pas que les investissements des pays du Nord vers les pays du Sud, mais des flux entre pays en développement. Le deuxième Etat en termes de nombre d'accords signés est la Chine – juste après l'Allemagne – et d'autres pays, considérés comme importateurs de capitaux, ont signé de nombreux traités. Par exemple, Cuba a conclu un grand nombre d'accords relatifs aux investissements, qui ressemblent étrangement au modèle des Etats-Unis d'Amérique de 1984²¹⁴.

De plus, même si certains considèrent que la quantité ou l'universalité des traités bilatéraux d'investissement ne sont pas significatives²¹⁵, les dispositions des traités bilatéraux d'investissement contribuent elles-mêmes à imprimer une pratique générale dans le régime des investissements internationaux. En effet, les définitions particulièrement larges des notions d'investisseurs et d'investissements ou le jeu de la clause de la nation la plus favorisée ne permettent pas à l'Etat d'identifier les destinataires de la protection accordée par le traité et l'obligent à appliquer de façon uniforme et indéterminée un régime particulièrement favorable aux investisseurs, conforme aux dispositions du traité le plus favorable que l'Etat a ratifié²¹⁶.

²¹² CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée contre République Démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582, paragraphe 90 : « 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 (...) 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 de régimes particuliers ».

²¹³ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 1987, paragraphe 102 (i).

²¹⁴ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80.

²¹⁵ P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701.

²¹⁶ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 92, citant B. Legum, "Defining Investment and Investor Who is Entitled to Claim?", *Arbitration International*, vol. 22, n°4, 2006, p. 521 et s. : « *Under these circumstances, the only way to comply with the treaty is for the host State to assume that all investors – all companies – are covered by the highest standards of any BIT in force for the State. The reality that foreign capital is highly fungible and the breadth of the definitions of investor and investment thus combine to effectively transform the facially bilateral obligations of the BIT into an obligation that the host State must consider potentially applicable to all investors* ».

Cette pratique générale ressort également des travaux de l'Organisation Mondiale du Commerce avec l'Accord général sur le commerce des services ou l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce²¹⁷ ; ou de ceux du Fonds Monétaire International qui a intégré, parmi ses critères de conditionnalité au titre de la bonne gouvernance, l'encouragement des investissements et la mise en place d'un régime non discriminatoire²¹⁸. Cette uniformisation, tant du droit interne que du droit international, révèle une pratique générale des Etats, qui confirme l'existence d'un « *truly global investment law* » pour reprendre l'expression d'Andreas Lowenfeld²¹⁹.

Cette pratique générale semble, par ailleurs, être le résultat de l'*opinio juris sive necessitatis*, à savoir la considération par les Etats qu'ils agissent de la sorte du fait d'une obligation juridique. Comme en droit international général²²⁰, il faut en droit international des investissements la réunion d'un élément matériel et d'un élément psychologique pour que naisse une coutume, comme le rappelle le tribunal dans l'affaire *UPS* :

« *to establish a rule of customary international law, two requirements must be met : consistent state practice and an understanding that the practice is required by law* »²²¹.

La preuve de l'*opinio juris* ressort généralement de la pratique des Etats, l'élément subjectif se détachant mal de l'élément objectif²²². Certains ont invoqué les revendications d'un Nouvel ordre économique international²²³, d'autres les différences de pouvoir dans le cadre des négociations²²⁴, pour nier l'existence de l'*opinio juris* ; toutefois, l'*opinio juris* ne se déduit

²¹⁷ V. *infra*, p. 753 et s.

²¹⁸ D. R. Kalderimis, "IMF Conditionality as Investment Regulation - A Theoretical Analysis", *bepress Legal Series*, Paper 4, 2003, 44 p.

²¹⁹ A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130.

²²⁰ V., par ex., CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne contre Danemark et Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Recueil* 1969, p. 3 ; CIJ, *Plateau continental (Jamahiriya arabe lybienne/Malte)*, arrêt, *CIJ Recueil* 1985, p. 13, paragraphe 27 : « Il est évident que la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'*opinio juris* des Etats, même si les conventions multilatérales peuvent avoir un rôle important à jouer ».

²²¹ CNUDCI, *United Parcel Service contre Canada*, décision sur la compétence du 22 novembre 2002, paragraphe 847. V. également l'Annexe A du modèle des Etats-Unis de 2004 : « *The Parties confirm their shared understanding that « customary international law » (...) results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation* ». V. également certains accords conclus par l'Australie, notamment avec le Chili ou les Etats-Unis d'Amérique.

²²² V. les travaux de l'Association de droit International : International Law Association, *Final report of the Committee : Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, International Law Association, Londres, 2000, 66 p. V. également P. Haggemacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *RGDIP*, vol. 90, 1986, p. 5 et s., p. 114 : « En vérité, aucun des deux éléments n'existe comme tel dans les faits historiques censés être à la base d'une règle coutumière concrète (...). Les deux prétendus éléments n'ont en réalité aucune individualité propre ; ils se trouvent inextricablement mêlés au sein d'une « pratique » unitaire. Cette pratique forme pour ainsi dire un seul « élément » complexe, fait d'aspects « matériels » et « psychologiques » ».

²²³ A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.

²²⁴ A. Al Faruque, "Creating Customary International Law Through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal", *Indian Journal of International Law*, vol. 44, 2004, pp. 292-318.

pas d'un intérêt commun entre les Etats²²⁵, mais du sentiment pour les Etats d'obéir à une obligation juridique, ce qui ressort de leur pratique. Dès lors, le réseau inextricable de conventions bilatérales d'investissement, de même que la pratique interne et internationale ou l'uniformité du régime des investissements peuvent fournir la preuve d'une *opinio juris*. Comme le note le tribunal dans l'affaire *Camuzzi* :

« *There is no obstacle in international law to the expression of the will of States through treaties being at the same time an expression of practice and of the opinio juris necessary for the birth of a customary rule if the conditions for it are met* »²²⁶.

Si des normes contenues dans les traités bilatéraux d'investissement ou auxquelles les tribunaux arbitraux se réfèrent peuvent devenir des règles coutumières et faire partie du droit international général des investissements, ce ne sera certainement pas le cas de toutes les règles contenues dans ces accords. La simple référence dans un très grand nombre d'accords à un principe ne suffit nullement à constituer une norme coutumière²²⁷. Comme le note le Mexique :

« *Mexico is particularly concerned about the suggestion that the fact that the mere existence of some 1800 BITs in the world means somehow that the corpus of these treaties creates customary international law obligations. The fact that States may agree to the same or similar obligations through different treaties involving different parties or even the same obligations through multilateral treaties is not sufficient on its own to build customary international law. (...) It is impossible to infer from the existence of a large number of BITs alone that any particular provision therein represents a rule of customary international law merely by reason of its commonality* »²²⁸.

²²⁵ S. Hindelang, "Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate - The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, pp. 789-809. Il affirme que l'opinion selon laquelle l'*opinio juris* se déduirait d'un « *common interests of States* » n'a aucun fondement en droit international.

²²⁶ CIRDI, *Camuzzi International S.A. contre Argentine* (ARB/03/7), décision sur la compétence du 11 mai 2005, paragraphe 144.

²²⁷ C. McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *ICLQ*, vol. 57, 2008, pp. 361-401, p. 400 : « *The mere prevalence of similarly worded treaty language, however numerous, will not, without more, give rise to a binding obligation in custom* ». V. également les travaux de l'Association de droit international : International Law Association, *Final report of the Committee : Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, International Law Association, Londres, 2000, 66 p., principe 25 : « *there is no presumption that a succession of similar treaty provisions gives rise to a new customary rule with the same content* ». L'Association précise, au regard des traités bilatéraux d'investissement : « *The question of the legal effect of a succession of similar treaties or treaty provisions arises particularly in relation to bilateral treaties, such as those dealing with extradition or investment protection (...). There seems to be no reason in principle why these agreements, however numerous, should be presumed to give rise to new rules of customary law or to constitute the State practice necessary for their emergence (...). Some have argued that provisions of bilateral investment protection treaties (especially the arrangements about compensation or damages for expropriation) are declaratory of, or have come to constitute customary law. But there seems to be no special reason to assume that this is the case, unless it can be shown that these provisions demonstrate a widespread acceptance of the rules set out in these treaties outside the treaty framework* ».

²²⁸ Soumission du Canada en vertu de l'ALENA, article 1128, concernant l'affaire CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), 2 juillet 2002, paragraphes 33 et 39.

Ce processus requière plus que la simple présence d'une règle dans un grand nombre de traités. Il faudra procéder à une analyse casuistique très précise concernant chacune des dispositions contenues dans les accords ou auxquelles les arbitres se réfèrent pour vérifier s'ils font partie du droit international général ou s'ils sont en train de le devenir.

La difficulté principale consiste donc à identifier ces règles, comme le note le Tribunal dans l'affaire *Mondev* :

« *it is often difficult in international practice to establish at what point obligations accepted in treaties, multilateral or bilateral, come to condition the content of a rule of customary international law binding on States no party to those treaties* »²²⁹.

L'absence de cristallisation invoquée par la Cour internationale de Justice en 1970²³⁰ et, plus récemment, dans l'affaire *Diallo*²³¹, a ainsi laissé place à de nouvelles normes du droit international. On peut aujourd'hui considérer que certaines dispositions des traités ne sont que déclaratoires et ne font que codifier des règles coutumières²³²; alors que d'autres contribueront à la cristallisation de nouvelles règles de droit international coutumier²³³.

La question se pose également de savoir si certains principes du droit des investissements ne pourraient pas être qualifiés de principes généraux du droit international ou de principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice²³⁴. Il a en tout cas été admis que certaines normes appartiennent aux principes généraux du droit international, ceux-ci ne trouvant pas leur origine dans les droits nationaux ou dans une

²²⁹ CIRDI, *Mondev International Ltd contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphe 111.

²³⁰ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique contre Espagne)*, arrêt, *CIJ Recueil* 1970, p. 3, paragraphe 89 : « Compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des Etats, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international ».

²³¹ CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée contre République Démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 2007, p. 582, paragraphe 90 : « 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 (...) 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 de régimes particuliers ». V. également l'arrêt du 30 novembre 2010 et l'arrêt du 19 juin 2012 relatif à l'indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée. Voir encore *supra*, p. 465 et s.

²³² V., par ex., CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, paragraphe 11.3 : « *It is plain that several of the BIT standards, and the prohibition against expropriation in particular, are simply a conventional codification of standards that have long existed in customary international law* ». V. également S.A. CNUDCI, *Occidental Petroleum Corp. & Occidental Exploration and Production Co. contre Equateur*, sentence du 1^{er} juillet 2004, paragraphes 189-190 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 282-284, au regard du traitement juste et équitable.

²³³ P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701, p. 695.

²³⁴ V. en particulier A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat, Paris, 1974, LXIII-504 p.

pratique commune²³⁵. Cela a été reconnu pour le principe du traitement juste et équitable par le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de l'OCDE :

« De l'avis de tous les pays membres qui ont commenté ce point, la notion de traitement juste et équitable introduit un principe juridique en soi, qui renvoie aux principes généraux du droit international »²³⁶.

Le noyau dur du droit des investissements pourrait ainsi être qualifié de principes généraux du droit international.

Le doute sur la qualification des normes du droit international des investissements de coutumes ou de principes généraux mène, en tout cas, à la conclusion que le développement des traités bilatéraux et de la jurisprudence arbitrale n'a pas été sans conséquence sur le droit international public²³⁷. Certains ont alors évoqué un « *common law of investment protection* »²³⁸, précisant :

« *The very iterative process of the formulation and conclusion of investment treaties, and the vindication of the rights contained in these treaties in arbitration, is producing a set of general international principles about the meaning of the common substantive clauses, and indeed the larger operation of the system of investment arbitration* »²³⁹.

*

Conclusion de la section. Le droit international des investissements a eu un impact important sur le droit international général, en contribuant au développement de ses normes. Même si une grande incertitude demeure sur le contenu de ces règles coutumières, il ne fait pas de doute que l'internationalisation du droit des investissements a également entraîné une nouvelle qualification de certains principes. Il convient donc de s'intéresser aux règles substantielles que contiennent les traités bilatéraux d'investissement, à commencer par les

²³⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

²³⁶ OCDE, Rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, n° 84/14, 1984, Paris, 33 p., paragraphe 36, p. 13.

²³⁷ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80 ; A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130.

²³⁸ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p. ; M. C. Porterfield, "An International Common Law of Investors Rights", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, 2006, pp. 79-113.

²³⁹ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 20-21.

standards du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité, qui soulèvent tout particulièrement la question de leur nature.

SECTION 2. TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE ET PLEINE ET ENTIERE SECURITE ET PROTECTION, STANDARDS AMBIVALENTS DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité des investissements figurent parmi les fondements substantiels du droit international des investissements. Tous les traités bilatéraux d'investissement incluent ces obligations, qualifiées de standards internationaux. Sous ce qualificatif flou se cache l'indétermination au regard tant de la nature que du contenu de ces normes. La seule certitude tient à leur portée extensive, justement liée à leur imprécision, comme l'a remarqué Prosper Weil qui les compare au concept fondamental du « *due process of law* » :

« the standard of « fair and equitable treatment » is certainly no less operative than was the standard of « due process of law », and it will be for future practice, jurisprudence and commentary to impart specific content to it »²⁴⁰.

L'incertitude ressort, tout d'abord, des expressions employées. Par exemple, l'expression traitement juste et équitable reste obscure. Le terme d'équité se rattache à la racine *aequus*, qui fait référence à un égal partage, le traitement équitable semblant alors signifier un traitement qui rendrait à chacun ce qui lui est dû²⁴¹. Une telle définition n'a aucun caractère opérationnel et demeure trop imprécise pour avoir un réel contenu. Il en est de même pour la pleine et entière protection et sécurité.

Ensuite, la nature même de ces obligations pose problème. Alors que tout le monde s'accorde à dire que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité, qui sont largement consacrés dans la pratique conventionnelle, sont des standards de droit international, personne ne s'accorde sur leur nature, strictement conventionnelle, de principe général ou de coutume internationale.

²⁴⁰ P. Weil, "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage a Trois", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 401-416, p. 415.

²⁴¹ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

Enfin, cette indétermination sur leur nature soulève également la question du contenu de ces standards, en particulier au regard du standard minimum auxquels le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité sont parfois intégrés²⁴². Au-delà de cette possible assimilation, la difficulté principale posée par ces standards tient à la détermination des obligations inhérentes au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection. De plus, leur nature évolutive les rend encore davantage insaisissable. Le tribunal arbitral, dans l'affaire *Azurix*, a insisté sur ce caractère :

*« the minimum requirement to satisfy [the fair and equitable standard] has evolved and the Tribunal considers that its content is substantially similar whether the terms are interpreted in their ordinary meaning, as required by the Vienna Convention, or in accordance with customary international law »*²⁴³.

Toutes ces interrogations font du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité un véritable chantier du droit international des investissements, voire un champ de bataille où l'on peut voir s'exercer des forces contraires, celle des Etats et celles des arbitres. En effet, la répétition systématique de ces standards dans les traités bilatéraux d'investissement, sans davantage de précision, a permis aux arbitres de forger leur propre contenu de ces standards. Cependant, cette définition prétorienne a parfois créé un malaise chez les Etats, dont certains n'ont pas tardé à reprendre le contrôle de ces standards, au travers de dispositions conventionnelles bien plus précises. Cette évolution du droit international des investissements, loin de résoudre les questions soulevées par les caractères mêmes du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité, laisse planer encore de nombreux doutes, mais révèle bien la relation qu'entretiennent la jurisprudence du CIRDI et les conventions bilatérales d'investissement dans la construction de ce système. Ce sont autant des mouvements communs, d'action-réaction que des mouvements contradictoires qui ont permis de forger cet ordre juridique international relatif aux investissements.

Ainsi, alors même qu'il n'existe pas de consensus sur la nature du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité, qui doivent faire systématiquement l'objet d'une disposition conventionnelle (Paragraphe 1), il n'est pas, non plus, possible aujourd'hui d'en déterminer un contenu précis. Les Etats ont donc dû s'en remettre aux arbitres, dont la jurisprudence a pu donner des indications, mais n'a pas éteint les doutes en la matière (Paragraphe 2).

²⁴² Le traitement juste et équitable et la pleine protection et sécurité équivaleraient au standard minimum de droit international, tel qu'exprimé par les tribunaux arbitraux dans la sentence *Neer*, *Recueil des Sentences Arbitrales des Nations-Unies*, 1926, IV, p. 60 et ss.

²⁴³ CIRDI, *Azurix Corp contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 361.

PARAGRAPHE 1. UNE NATURE INDETERMINEE

Contrairement aux clauses de traitement national ou de traitement de la nation la plus favorisée, les standards du traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité sont des standards absolus, et non relatifs, ce qui signifie que le traitement accordé ne dépendra pas de celui accordée à un autre groupe de personnes ou d'investissements et se définira de façon similaire pour tous. Une telle remarque n'épuise, toutefois, pas la question de la nature de ces standards.

En effet, un grand débat entoure depuis longtemps le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité pour savoir si ces standards relèvent du droit international coutumier, en liaison ou non avec le standard minimum, de principes généraux ou si, loin d'être des standards autonomes, ce sont simplement des principes conventionnels ne pouvant s'appliquer qu'à ce titre. A défaut de réponse unanime à cette question, les traités bilatéraux d'investissement ont préféré inclure ces standards de façon systématique, leur donnant au travers de leurs dispositions conventionnelles une signification parfois divergente. Ainsi, si la nature de ces standards demeure indéterminée (A), les traités bilatéraux d'investissement leur ont donné une assise conventionnelle permettant leur application systématique (B).

A. L'autonomie des standards

Les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité remontent aux débuts du droit international des investissements et font même le lien avec le droit international relatif à la condition des étrangers.

La mention du traitement juste et équitable apparaît ainsi dans la Charte de La Havane instituant l'Organisation Internationale du Commerce. Celle-ci prévoyait, à son article 11 consacré aux « Moyens de favoriser le développement économique et la reconstruction », qu'il fallait :

« Favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant :

(i) A assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat Membre dans un autre »²⁴⁴.

Même si la Charte de la Havane faisait référence à la sécurité des investissements²⁴⁵, elle n'évoquait pas le standard de la pleine protection et sécurité. Ce sont les Etats-Unis d'Amérique qui ont réuni ces deux standards pour les inclure dans leurs traités d'amitié, de commerce et de navigation. Par exemple, l'accord conclu avec le Japon en 1953 prévoyait, d'une part, que :

*« The nationals of either Party within the territories of the other Party shall be free from unlawful molestations of every kind and shall receive the most constant protection and security, in no case less than that required by international law »*²⁴⁶ et, d'autre part, que :

*« Each Party shall accord to the nationals, companies and commerce of the other Party fair and equitable treatment »*²⁴⁷.

On pensait alors que les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité équivalaient en quelque sorte aux principes internationalement acceptés²⁴⁸.

C'est en 1959 que ces standards ont pris une réelle importance en droit international des investissements, par leur inclusion dans le projet Abs-Shawcross de convention sur les investissements étrangers²⁴⁹. L'article premier prévoit, en effet :

*« Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories and shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures »*²⁵⁰.

Il en est de même pour l'article premier du Projet de Convention de l'OCDE, adopté en 1967:

²⁴⁴ Art. 11 (2) a (i) dans le Chapitre III « Développement économique et Reconstruction » de la Charte de La Havane de 1948.

²⁴⁵ V. l'art. 12 (1) b dans le Chapitre III « Développement économique et Reconstruction » de la Charte de La Havane de 1948 : « le mouvement international des capitaux sera stimulé dans la mesure où les Etats membres offriront aux ressortissants d'autres pays des possibilités d'investissement, et leur assureront des conditions de sécurité pour les investissements existants et à venir ».

²⁴⁶ Art. II, paragraphe 1, du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et le Japon, Tokyo, 9 avril 1953.

²⁴⁷ Art. XVII, paragraphe 2, du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et le Japon, Tokyo, 9 avril 1953. V. également les traités conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec l'Irlande (1950), la Grèce (1954), Israël (1954), la France (1960), le Pakistan (1961), la Belgique (1963) et le Luxembourg (1963). V. également K. J. Vandeveld, "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988, pp. 201-276.

²⁴⁸ J. C. Thomas, "Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 17, n° 1, 2002, pp. 21-101.

²⁴⁹ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

²⁵⁰ V. l'art. 1er du Projet de Convention sur les investissements à l'étranger (Projet Abs-Shawcross), avril 1959.

« Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties. Sur son territoire, chacune des Parties accordera une protection et une sécurité constantes à ces biens »²⁵¹.

Ce projet de Convention, même s'il n'a jamais été ratifié, a eu une influence considérable en ce qu'il a servi de modèle aux pays européens pour l'élaboration de leurs traités bilatéraux d'investissement. La référence au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection et sécurité s'est ainsi développée dans l'ensemble des réseaux de conventions, au point de devenir universelle et systématique²⁵².

L'universalisation de ces standards n'a, toutefois, pas répondu aux questions qu'ils soulèvent. Leur définition demeure très vague. Le standard du traitement juste et équitable²⁵³ viserait « à assurer à tout investisseur sur le territoire de l'autre partie un traitement conforme au droit et à l'équité »²⁵⁴ ; alors que la pleine protection et sécurité²⁵⁵ a vocation « à renforcer les garanties offertes par le droit international général en matière de protection des investissements »²⁵⁶. La pleine protection et sécurité a pour objet d'amplifier l'obligation pesant sur les parties de protéger avec toute due diligence l'investissement²⁵⁷ et d'imposer à l'Etat de protéger les

²⁵¹ V. l'art. Premier sur le « Régime des Biens Etrangers » du Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, adopté le 12 octobre 1967.

²⁵² CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

²⁵³ V. not., S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *BYBIL*, vol. 70, 2000, pp. 99-164 ; R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, n°1, 2005, pp. 87-106 ; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n°3, 2005, pp. 357-386 ; S. Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard : the Developing Role of Investors - "Expectations" in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, pp. 375-399 ; S. Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable Treatment" Standard" in *Nationality and Investment Treaty Claims*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 183-193 ; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards" in C. Ribeiro et G. Coop, *Protection and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 63-100 ; I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XXXII-315 p. ; K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130 ; R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : Judicially Manageable Criteria" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 83-95 ; M. Malik, *Fair and Equitable Treatment*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2009, IV-28 p. ; S. W. Schill, "5. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law" in S. W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 151-183 ; K. J. Vandavelde, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", *NYUJ Int'l L. & Pol.*, 43, 2010, 43-211 ; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment" in A. K. Hoffmann, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration - Diversity and Harmonisation*, 2010, pp. 125-135 ; R. Kläger, "Fair and Equitable Treatment" in *International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, XXVI-354 ; A. Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection : Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, XXVIII-628 p.

²⁵⁴ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 1096.

²⁵⁵ H. Zeitler, "The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, n° 3, 2005, pp. 1-34 ; G. Cordero Moss, "Full Protection and Security" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 131-150 ; C. Schreuer, "Full Protection and Security", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17 ; M. Malik, *The Full protection and Security Standard Comes of Age : Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration ?*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2012, III-14 p.

²⁵⁶ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., pp. 836-837.

²⁵⁷ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 61.

investissements contre les actions d'agents privés²⁵⁸. Ce concept a également été utilisé à plusieurs reprises, lorsque les installations de l'investisseur ont été détruites par les forces armées de l'Etat hôte²⁵⁹.

Ce début de définition n'a pas réellement aidé à déterminer la nature du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité (2°), dont on se demande encore s'ils ne doivent pas être assimilés au standard minimum (1°).

1°) Les liens entre les standards du droit international des investissements et le standard minimum

L'incertitude quant à la nature des standards a surtout soulevé la question de leur possible assimilation au standard minimum du droit international coutumier. On s'est ainsi demandé si finalement le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité étaient synonymes du standard minimum du droit international coutumier, exigé dans tous les cas en droit international, ou s'il s'agissait d'un principe indépendant, ayant son propre contenu²⁶⁰. La détermination de la possible indépendance des standards apparaît alors essentielle, en ce qu'elle va déterminer le contenu des obligations : en effet, si le traitement juste et équitable n'est qu'une illustration du standard minimum, alors il n'impose que très peu d'obligations aux Etats à l'égard des investisseurs ; alors que si ce standard est autonome, l'étendue des obligations en découlant sera bien plus grande.

Même si la notion de standard minimum²⁶¹ n'apparaît qu'au début du XXème siècle dans la doctrine américaine avec les travaux du secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Elihu Root²⁶², il existe depuis longtemps une norme internationale de justice²⁶³ – ou « *international standard*

²⁵⁸ H. Zeitler, "The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, n° 3, 2005, pp. 1-34.

²⁵⁹ V., par ex., CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) contre République du Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997, paragraphes 6.04 et s. ; CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, paragraphes 40 et s.

²⁶⁰ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 59 ; M. Pappas, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 320 p.

²⁶¹ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 11 et s.

²⁶² E. Root, "The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad", *AJIL*, vol. 4, 1910, pp. 517-528 ; E. Borchard, "The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461 ; A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, AW Sijthoff, Leyde, 1949, 194 p.

²⁶³ V., en particulier, les travaux de Francisco V. Garcia Amador sur la responsabilité internationale des Etats *in* CDI, "Responsabilité internationale : rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Document A/CN.4/96, 1956, pp. 175-231, p. 200 et s. V. également E. M. Borchard, *The*

of justice » en anglais – qui oblige les Etats à traiter les étrangers sur leur territoire de façon conforme à ce que la conscience internationale attend, non seulement du fait de conventions internationales qui obligent les Etats, mais aussi parce que certains comportements apparaissent si offensants qu'ils engagent la responsabilité des Etats même en l'absence de conventions. La gravité de ces actes fera qu'ils seront systématiquement qualifiés de violations du droit international. Le standard minimum pourrait ainsi être défini comme :

« une norme de droit international coutumier qui régit le traitement des ressortissants étrangers en énonçant un ensemble minimum de principes que les Etats, indépendamment de leur législation interne et de leurs pratiques, doivent respecter à l'égard des ressortissants étrangers et de leurs biens »²⁶⁴.

Dans l'affaire *Neer* de 1926, la Commission générale des réclamations américano-mexicaines a utilisé ce standard pour faire condamner le Mexique qui n'avait pas fourni assez d'efforts pour retrouver et condamner les révolutionnaires qui avaient abattu Neer, ressortissant américain. L'inaction du gouvernement mexicain était si abusive que cette abstention a été jugée contraire au standard minimum²⁶⁵.

Les liens entre ce standard et le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité sont apparus très tôt, notamment dans le Projet de convention sur la protection des biens étrangers de l'OCDE. En effet, dans le commentaire du Projet, il est mentionné que :

« l'expression traitement juste et équitable, qui figure habituellement dans les instruments bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers (...). La norme exigée est conforme en fait à la « norme minimum » du droit international coutumier »²⁶⁶.

Or, la doctrine, autant que les Etats, divergent aujourd'hui sur cette assimilation des standards à la norme minimum de traitement en vertu du droit international coutumier, même si une bonne partie reconnaît que le traitement juste et équitable fait partie du standard minimum²⁶⁷.

Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or The Law of International Claims, The Banks Law Publishing Co, New York, 1915, XXXVII-988 p., p. 28. ; E. Borchard, "The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461.

²⁶⁴ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

²⁶⁵ V. également Commission générale des réclamations américano-mexicaines, affaires *Roberts* (1926) et *George W. Hopkins* (1927).

²⁶⁶ V. le point 4, a) sur la « Première règle : Traitement juste et équitable » dans le commentaire de l'art. premier du Projet de Convention sur la protection des biens étrangers de l'OCDE (1967).

²⁶⁷ V. not., C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements" in S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, Pedone, Paris, 1999, pp. 7-32 ; P. T. B. Kohona, "Investment Protection Agreements: An Australian Perspective", *Journal of World Trade Law*, vol. 21, 1987, pp. 79-103 ; G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, t. 269, 1998, pp. 251-460 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 199 et s. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s. ; K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford

Ainsi, la Suisse semble considérer ces standards comme équivalents, notant que par le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité :

« [o]n se réfère ainsi au principe classique du droit des gens selon lequel les États doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du « standard minimum » international, c'est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques »²⁶⁸.

Le Mexique, le Canada et les États-Unis considèrent également que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité relèvent du standard minimum. C'est en tout cas ce qui ressort de l'interprétation donnée de cette disposition dans le cadre de l'ALENA :

« L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers »²⁶⁹.

Cette opinion est partagée par les Nations Unies et par d'autres organisations internationales, comme, par exemple, le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales²⁷⁰ ou l'OMC²⁷¹, qui font valoir que le traitement juste et équitable est constitutif du standard minimum – même s'il n'en représente qu'un aspect – et fait partie des normes du droit international général :

University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189 et s.

²⁶⁸ Déclaration du Ministère des affaires étrangères de 1979, *Annuaire Suisse de droit international*, 1980, p. 178. OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p., p. 11.

²⁶⁹ Commission du libre-échange de l'ALENA, interprétation – obligatoire – donnée en vertu de l'article 2001 (2) c), 21 juillet 2001.

²⁷⁰ Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Publication des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p., pp. 30-31 : « *Fair and equitable treatment is a classical international law standard. (...) Classical international law doctrine normally considers certain elements to be firm ingredients of fair and equitable treatment, including non-discrimination, the international minimum standard and the duty of protection of foreign property* ».

²⁷¹ OMC, Groupe de travail sur les liens entre commerce et investissement, non-discrimination, traitement de la nation la plus favorisée et traitement national, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002, paragraphe 39 : « Le traitement juste et équitable a ses origines dans le droit international coutumier. On considère généralement qu'il englobe le principe de non-discrimination, ainsi que d'autres principes juridiques liés au traitement des investisseurs étrangers, mais de façon plus abstraite que les règles du traitement NPF et du traitement national. En particulier, il s'agit d'une règle absolue, que l'on peut mesurer au sens premier de ce terme, mais que l'on est venu à considérer couramment comme une règle internationale minimale en matière de traitement ».

« *Traditional international law also enjoins States to treat aliens in a fair and equitable manner. This standard of treatment is an aspect of the international minimum standard and hence is independent of national law* »²⁷².

Si l'on admet une telle correspondance entre le traitement juste et équitable et le standard minimum, la question du contenu se pose de façon encore plus flagrante. En effet, il s'agit de déterminer si les obligations découlant du standard minimum sont restées figées dans l'interprétation qu'on leur a donnée au début du XXème siècle, notamment dans l'affaire *Neer*, ou s'il s'agit d'un standard évolutif. Dans le premier cas, la protection accordée par le standard minimum n'apporte pas grand-chose, le droit international des investissements ayant grandement évolué depuis cette époque. Les Etats considèrent plutôt que, comme toute norme coutumière, le standard minimum a un caractère évolutif²⁷³. C'est ce que confirme le Tribunal dans l'affaire *ADF* :

« Le droit international coutumier ne renvoie pas à l'image figée de la norme minimale de traitement des étrangers telle qu'elle était définie en 1927 lors du prononcé de la décision *Neer*. En effet, le droit international coutumier et la norme minimale de traitement des étrangers qu'il englobe évoluent constamment »²⁷⁴.

Ce caractère évolutif éloigne, toutefois, nécessairement le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité du standard minimum, qui ne s'avèrerait, sinon, plus très minimal. Ainsi, certains considèrent que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité doivent être détachés du standard minimum. Même lorsqu'une référence au droit international est incluse dans la disposition relative au traitement juste et équitable, cela ne signifie pas qu'il équivaut au standard minimum, comme l'ont remarqué plusieurs tribunaux :

« *The Tribunal sees no basis for equating principles of international law with the minimum standard of treatment (...) the reference to principles of international law supports a broader reading that invites consideration of a wider range of international law principles* »²⁷⁵.

²⁷² *Report on Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* in Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Publication des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p., paragraphe 34, p. 166.

²⁷³ C'est en tout cas ce que considèrent les pays membres de l'ALENA. V. not., la position des Etats-Unis exprimée dans l'affaire CIRDI, *ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, paragraphe 179 ; ou la position du Canada telle qu'exprimée dans sa notification concernant la mise en œuvre de l'ALENA, 1^{er} janvier 1994. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189 et s.

²⁷⁴ CIRDI, *ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, telle que traduite in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

²⁷⁵ CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine (Vivendi II)* (ARB/97/3), sentence du 20 août 2007, paragraphe 7.4.6.7. V. également CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphes 125-127.

Ainsi, le standard minimum serait un seuil minimal de protection²⁷⁶, en-deçà duquel le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité ne pourraient aller, mais cela ne signifie nullement qu'ils équivaillent au standard minimum. La protection accordée peut aller bien au-delà. Comme le note le Tribunal dans l'affaire *Azurix* :

*« The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling in order to avoid a possible interpretation of these standards below what is required by international law »*²⁷⁷.

Si le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité n'équivalent pas au standard minimum, la question de leur nature reste entière.

2°) La nature des standards

Au-delà de la possible assimilation avec le standard minimum, la nature de tels standards²⁷⁸ est difficile à déterminer. En effet, on s'est demandé si le traitement juste et équitable et la pleine protection et sécurité sont d'une nature strictement conventionnelle, ou si ces standards, même s'ils ne se confondent pas avec le standard minimum, ont acquis une certaine autonomie et relèvent aujourd'hui du droit international général, soit comme coutume, soit comme principe général, et peuvent s'appliquer à ce titre, sans fondement conventionnel.

Cette détermination a également un impact sur le contenu du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité. S'il s'agit simplement de règles conventionnelles, alors leur contenu sera déterminé par l'instrument dans lequel ils figurent ; s'il s'agit d'une coutume détachée du standard minimum, les arbitres devront en déterminer le contenu normatif, qui s'appliquera même en l'absence de précision dans la convention ou en cas de restriction conventionnelle. Enfin, s'il s'agit d'un principe général, son contenu sera également déterminé par les arbitres, qui ensuite devront évaluer l'ensemble du comportement de l'Etat et des mesures qu'il a prises au regard de cet étalon de comportement.

L'assimilation avec le standard minimum du droit international est aujourd'hui impossible au regard de l'évolution du droit international des investissements. Cependant, cela ne signifie pas que la nature du traitement juste et équitable ou de la pleine et entière protection et

²⁷⁶ CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, paragraphes 284-289. V. également S.A. CNUDCI, *Ulysseas, Inc. contre Equateur*, sentence du 12 juin 2012, paragraphe 245.

²⁷⁷ CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 361.

²⁷⁸ V. not., CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

sécurité doivent être déclassés et ne plus faire partie du droit international général. Ainsi, beaucoup considèrent qu'aujourd'hui ces standards constituent des principes généraux :

« le traitement « juste et équitable » est un principe ; (...) ce principe est un principe général du droit international ; et (...) ce principe général du droit international existe indépendamment du support conventionnel qui l'exprime »²⁷⁹.

Cette proposition permet de considérer que les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité jouissent d'une existence et d'une signification autonomes à l'égard du standard minimum. L'indépendance du traitement juste et équitable au regard du standard minimum est ainsi reconnue :

« The terms « fair and equitable treatment » envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and accord protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other worlds is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously »²⁸⁰.

Cette conclusion est également confortée par une étude réalisée par l'OCDE en 1984²⁸¹, dont il résulte que :

« selon tous les pays Membres qui ont exprimé un avis sur la question, le traitement juste et équitable a introduit une norme proprement dite renvoyant aux principes généraux du droit international »²⁸².

La reconnaissance de l'autonomie du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité est confirmée, enfin, par le fait que les Etats aient jugé nécessaire d'intégrer expressément cette obligation dans leur traité, alors que cela aurait été inutile si elle recouvrait exactement le standard minimum, qui doit, dans tous les cas, s'appliquer en vertu du droit international coutumier. Cela relèverait de la redondance, d'autant plus étonnante que l'expression « standard minimum » n'est pas utilisée et que les traités bilatéraux font souvent référence au droit international en plus de l'affirmation de l'obligation de traitement juste et équitable. Cette interprétation est conforme aux règles générales, qui figurent dans la

²⁷⁹ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, pp. 132-134.

²⁸⁰ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254, p. 244.

²⁸¹ OCDE, *Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement*, Publications de l'OCDE, Paris, 1984, 82 p.

²⁸² OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

Convention de Vienne sur le droit des traités²⁸³, comme l'a rappelé le Tribunal dans l'affaire *Tecmed*, reconnaissant :

« que la portée de l'engagement relatif au traitement juste et équitable énoncé à l'article 4(1) de l'accord est définie à partir d'une interprétation autonome, suivant le sens ordinaire attribué à cet article conformément à l'article 31 (1) de la Convention de Vienne, ou selon le droit international et le principe de la bonne foi, sur la base desquels doivent être examinées l'étendue de l'obligation assumée aux termes de l'accord et les actions engagées pour la respecter »²⁸⁴.

Plutôt que d'être équivalent au standard minimum de droit international²⁸⁵, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité viennent donc le compléter²⁸⁶.

Comme le standard minimum, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité auront une fonction corrective du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, qui devront dans tous les cas être conformes à ces standards. Cela revient à assurer aux étrangers un minimum de droits fondamentaux dont ne jouissent pas forcément les nationaux.

En effet, le droit interne de l'Etat en cause s'applique à l'investisseur étranger, en particulier pour les garanties qu'il contient ou les droits qu'il accorde. L'Etat ne pourra exclure les ressortissants étrangers du bénéfice de ces droits au prétexte de leur nationalité. Cependant, cette garantie d'application du droit interne ne suffisant pas, étant donné que les Etats n'accordent pas toujours des droits suffisants à leur population, elle est complétée par la référence à ces standards de traitement et au droit international qui imposent, dès lors, un certain nombre d'obligations aux Etats. C'est ce que rappelle la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement :

« Under international law it is not sufficient for a State to assert compliance with its own laws and regulations in relation to an alien ; rather, the critical question, which would be open for review in international arbitration or judicial procedures, is

²⁸³ V. l'art. 31 (1) de la Convention de Vienne (1969) : « un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». V. également S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *BYBIL*, vol. 70, 2000, pp. 99-164.

²⁸⁴ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003.

²⁸⁵ CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) contre République Démocratique du Congo* (ARB/93/1), décision du 21 février 1997 : « La protection et la sécurité de l'investissement exigées par les dispositions de l'accord bilatéral d'investissement dont bénéficie AMT doivent être assurées conformément aux lois applicables et ne pas être inférieures à ce que reconnaît le droit international. De l'avis du Tribunal, cette obligation est fondamentale pour la détermination de la responsabilité de l'Etat d'accueil. Il s'agit donc d'une obligation objective qui ne doit pas être inférieure à la norme minimale de vigilance et de soin prescrite par le droit international » ; CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil Genin contre République d'Estonie* (ARB/99/2), décision du 25 juin 2001 : « En droit international, cette obligation est généralement comprise comme fournissant une norme fondamentale et générale distincte du droit interne de l'Etat d'accueil. Bien que le contenu exact de la norme ne soit pas bien défini, le Tribunal considère qu'il s'agit véritablement d'une norme minimale ». V. également CIRDI, *Mondev International Ltd contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), décision du 11 octobre 2002.

²⁸⁶ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 60.

whether the treatment provided by national legislation meets the standard of fair and equitable treatment enjoined by international law »²⁸⁷.

La jurisprudence n'a, en tout cas, pas encore tranché la question de la nature du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité et de leur possible assimilation avec le droit international²⁸⁸.

Ainsi, certains tribunaux refusent de considérer que le traitement juste et équitable constitue une norme coutumière :

*« We are not convinced that the Investor has shown the existence, in current customary international law, of a general and autonomous requirement (autonomous, that is, from specific rules addressing particular, limited, contexts) to accord fair and equitable treatment and full protection and security to foreign investments. The Investor, for instance, has not shown that such a requirement has been brought into the corpus of present day customary international law by the many hundreds of bilateral investment treaties now existant »*²⁸⁹.

L'absence de réponse unanime à la question de la nature des standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité a justifié leur inclusion systématique dans les traités bilatéraux d'investissement. En effet, sans savoir si ces standards pouvaient s'appliquer indépendamment de toute reconnaissance conventionnelle au titre d'une règle coutumière ou d'un principe général du droit international ou encore au titre du standard minimum, il a fallu leur donner une assise. C'est ce qu'ont fait les traités bilatéraux d'investissement qui incluent systématiquement ces standards dans leurs dispositions relatives au traitement.

²⁸⁷ *Report on Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* in Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, Publication des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p., paragraphe 34, p. 166.

²⁸⁸ S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B. V. contre République Tchèque*, décision partielle du 13 septembre 2001 : « La norme qui permet d'établir le caractère juste et équitable des actes n'est pas déterminée par l'autorité qui pose l'acte en fonction des normes applicables à ses ressortissants, mais par le droit international ».

²⁸⁹ CIRDI, *ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, paragraphe 183. La traduction se lit ainsi : « Nous ne sommes pas convaincus que l'investisseur ait démontré l'existence, dans le droit international coutumier actuel, d'une obligation générale et autonome (c'est-à-dire découlant de règles spécifiques applicables à des contextes particuliers et délimités) d'accorder un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales aux investissements étrangers. L'investisseur n'a pas démontré, par exemple, qu'une telle obligation a été intégrée au corpus du droit international coutumier actuel par les centaines de traités bilatéraux d'investissement toujours en vigueur. Il se peut que dans leur état actuel, ni la pratique concordante des Etats, ni la jurisprudence judiciaire ou arbitrale ne fournissent des arguments convaincants (ou, en l'occurrence, de réfutation) relativement à la position de l'investisseur » in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

B. Des précisions conventionnelles

La très grande majorité des traités bilatéraux d'investissement inclut le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité parmi leurs obligations substantielles. Cependant, cette reprise systématique ne préjuge de la formulation des clauses contenant ces normes, qui peuvent parfois diverger (1°), ou des relations qu'entretiennent ces standards avec d'autres dispositions (2°).

1°) Une formulation divergente

Alors que certains pays étaient initialement réticents à l'égard des standards absolus et préféraient des règles permettant un contrôle national, comme le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité se sont véritablement imposés en droit international des investissements, tant dans les traités bilatéraux d'investissements que dans les instruments multilatéraux²⁹⁰. Certains pays asiatiques, comme par exemple le Pakistan ou Singapour, ou des pays d'Amérique latine, très favorables à la doctrine Calvo, refusaient initialement d'inclure de tels standards qui pouvaient faire en partie échapper les investissements au droit national²⁹¹. Toutefois, cette tendance s'est inversée et ces standards font l'objet d'une inclusion systématique²⁹², le rejet de tels standards étant, de plus, perçu comme un très mauvais signal par les investisseurs étrangers²⁹³. Par exemple, le modèle chinois de 2003 prévoit, de façon très classique, que :

²⁹⁰ V., par ex., l'art. 48 du Projet de Code de conduite des sociétés transnationales, élaboré par les Nations Unies (1986) ; l'art. 12 (d) de la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (1985) ; l'art. III(2) des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement direct étranger de la Banque mondiale (1992) ; l'art. IV du traité de l'ASEAN pour la promotion et la protection des investissements ; le Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements à l'intérieur du MERCOSUR ; l'art. 159 du traité de 1994 sur le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) ; l'art. 1105 (1) de l'ALENA (1994) ; le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE (1998) ; le Traité sur la Charte de l'Energie (1995).

²⁹¹ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

²⁹² K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189.

²⁹³ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

« Investments of investors of each Contracting Party shall all the time be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party »²⁹⁴.

Cette disposition peut s'avérer particulièrement utile dans le contexte actuel de la Chine, étant donné l'absence d'Etat de droit.

Ainsi, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité font partie des fondements mêmes de la protection des investissements assurée par les traités. Cependant, la signification et le rôle de ces standards ne sera pas la même en fonction de la place et de la formulation employée ou du traité dans lequel ils sont contenus. Comme le note l'OCDE,

« Son interprétation correcte peut être influencée par la formulation particulière d'un traité, les circonstances dans lesquelles il est conclu, le déroulement des négociations ou d'autres indications sur l'intention des parties »²⁹⁵.

Plusieurs approches peuvent, en effet, être adoptées quant à la formulation du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité²⁹⁶. Selon la CNUDCI, il existerait quatre modèles :

- « - Model 1 : no express reference to « fair and equitable » treatment ;*
- Model 2 : the hortatory approach ;*
- Model 3: reference to « fair and equitable » treatment, « just and equitable » treatment or « equitable » treatment ; and*
- Model 4: reference to « fair and equitable » treatment together with related standards of treatment »²⁹⁷.*

L'importance de ces standards fait qu'ils sont pratiquement systématiquement mentionnés, le modèle 1 ne se réalisant pratiquement jamais. Cela justifie également qu'ils soient parfois mentionnés dès le préambule des traités bilatéraux d'investissement, comme le montrent certains traités conclus par les Pays-Bas²⁹⁸, le Danemark²⁹⁹ ou encore les Etats-Unis d'Amérique :

²⁹⁴ V. l'art. 3 – *Treatment of Investment* – paragraphe 1 du modèle chinois de 2003. V., pour un commentaire du modèle chinois, A. A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

²⁹⁵ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

²⁹⁶ Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer évoquent l'« *heterogeneity of treaty language* » (R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s., spec. p. 121).

²⁹⁷ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p., p. 18.

²⁹⁸ Voir les traités conclus par les Pays-Bas avec l'Argentine, la Bolivie, l'Estonie ou le Nigeria en 1992.

²⁹⁹ Voir les traités par le Danemark avec l'Estonie (1991) et la Lituanie (1992).

« *Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources* »³⁰⁰.

Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une véritable obligation juridique, mais davantage d'affirmer un principe général devant guider la lecture de tout l'accord. C'est ce qu'on appelle l'approche exhortative ou encore « *hortatory approach* », qui sera souvent complétée par une autre disposition fixant, elle, l'obligation³⁰¹.

En outre, la clause incluant l'obligation de traitement juste et équitable n'occupe pas toujours la même place dans les modèles d'accord et cela dépendra, en grande partie, de la structure globale du traité. En effet, les traités bilatéraux d'investissement contiennent diverses règles, principes et standards pour définir le régime de l'investissement étranger, qui seront répartis différemment en fonction des Etats³⁰². Ainsi, la place des standards de protection ne sera pas toujours la même. Il est parfois fait référence au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection et sécurité directement dans la clause relative à l'admission de l'investissement, comme dans le cas du modèle allemand de 2005 :

« Article 2 Promotion et protection des investissements

(1) Chaque Etat contractant encourage dans la mesure du possible les investissements des investisseurs de l'autre Etat contractant sur son territoire et admet ces investissements en conformité avec sa législation.

(2) Dans chaque cas, chaque Etat contractant traite les investissements des investisseurs de l'autre Etat contractant de façon juste et équitable, et leur accorde la pleine protection prévue par le présent Accord »³⁰³.

La plupart des traités font, cependant, référence au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection et sécurité dans la section réservée au traitement de l'investissement³⁰⁴, donnant à cette clause une place prééminente³⁰⁵. Par exemple, beaucoup d'accords conclus par le Royaume-Uni ou les Etats-Unis intègrent le principe du traitement juste et équitable parmi les dispositions sur la protection et la sécurité des investissements³⁰⁶.

³⁰⁰ Préambule du Traité conclu par les Etats-Unis avec l'Arménie, 1992. Voir également les accords conclus avec la Pologne (1990), l'Argentine (1991), la Bulgarie, le Kazakhstan et la Russie en 1992, avec le Kirghizstan et la Moldavie en 1993.

³⁰¹ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

³⁰² K. J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189 et s.

³⁰³ Art. 2 du modèle allemand de 2005. V. également, par ex., l'art. 2 du TBI Allemagne – Bulgarie, 1987 ; l'art. 2 du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 2 du TBI Allemagne – Guinée, 2006. V. également l'art. II du modèle turc de 2000.

³⁰⁴ V., par ex., l'art. 2(1) du TBI Suède – Malaisie, 1979, ou encore l'art. 3(4) du TBI UEHL – Rwanda, 1983.

³⁰⁵ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 58.

³⁰⁶ V. par ex., l'art. 2 du TBI Royaume-Uni – Sri Lanka, 1980, l'art. 2(2) du TBI Royaume-Uni – Sainte-Lucie, 1983 ; pour les accords conclus par les Etats-Unis d'Amérique, voir l'article 2(3) de l'accord avec la Turquie (1985). V. également, l'art. 3 du TBI Suisse – Sri Lanka, l'art. 2(2) du TBI UEHL – Bangladesh et l'art. 3(2) du TBI Pays-Bas – Philippines, 1984.

Au-delà de la place dans le traité, la structure même des clauses contenant le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité pourra diverger, les standards faisant parfois l'objet d'une disposition spécifique ou étant combinés à d'autres³⁰⁷. Par exemple, la protection et le traitement sont parfois séparés, comme le montre l'accord de 1991 entre la Suisse et le Ghana :

« Art. 3 Protection

Chaque Partie Contractante protège sur son territoire les investissements effectués conformément à ses lois et règlements par des investisseurs de l'autre Partie Contractante et n'entravera pas, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement, la vente et, le cas échéant, la liquidation de tels investissements.

Art. 4 Traitement

(1) Chaque Partie Contractante assurera sur son territoire un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie Contractante à des investissements effectués sur son territoire par ses propres investisseurs ou que celui accordé par chaque Partie Contractante à des investissements effectués sur son territoire par les investisseurs d'un Etat tiers, si ce dernier traitement est plus favorable »³⁰⁸.

D'autres accords font figurer l'ensemble du régime de protection et de traitement de l'investissement dans une seule et même disposition, combinant le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité avec l'interdiction des discriminations ou encore avec les standards conventionnels de traitements national ou de la nation la plus favorisée. C'était le cas, notamment, des Etats-Unis d'Amérique avant leur modèle de 2004 :

«1. Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty (...).

3. (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

³⁰⁷ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p., p. 15 : « A study of approximately 335 BITs in force in the early 1990s found that no less than 183 combined the fair and equitable standard with the MFN and national treatment standards (...). The study also found that, as of the early 1990s, another 92 BITs combined fair and equitable treatment with the MFN standard, while 8 contained a combination of fair and equitable treatment and national treatment ».

³⁰⁸ Art. 3 et 4 du TBI Suisse – Ghana, 1991.

(b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments (...) »³⁰⁹.

Cette disposition, ne comprenant pas moins de dix paragraphes, évoque tous les aspects du traitement de l'investissement, avec le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité, mais aussi la question de l'entrée et du séjour des ressortissants de l'autre partie, de la transparence ou des « *performance requirements* »³¹⁰.

A cet égard, il faut noter que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité sont, dans la très grande majorité des cas, réunis au sein d'une même disposition, ce qui ne facilite pas leur compréhension ou la définition précise du contenu de chacun. Par exemple, l'Accord entre l'Autriche et la Libye prévoit :

« Chaque Partie contractante accorde aux investisseurs de l'autre Partie contractante et à leurs investissements un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité pleines et constantes »³¹¹.

Cependant, il se peut que ces standards soient séparés, souvent pour leur donner une signification particulière. Ainsi, par exemple, les modèles allemand³¹² et français font référence à la pleine et entière protection et sécurité, non pas en relation avec le traitement juste et équitable, mais dans leur disposition relative aux expropriations :

« Article 6 Dépossession et indemnisation

1. Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières »³¹³.

Cette inclusion donne des indications sur le contenu de la pleine et entière protection et sécurité, qui est censée, dans une certaine mesure, protéger les investissements contre les mesures d'expropriation. Cela révèle la volonté des Etats de limiter l'exercice des compétences souveraines en matière d'expropriation et de nationalisation et, même si l'éventualité de mesures de dépossession ne peut être exclue, elle aura nécessairement un caractère exceptionnel. Parallèlement, une disposition spécifique est consacrée au traitement juste et équitable.

³⁰⁹ Art. II du TBI Etats-Unis d'Amérique – Equateur, 1993.

³¹⁰ V. *infra* pour le modèle suivant, p. 581 et s.

³¹¹ Art. 3 du TBI Autriche – Libye 2002.

³¹² V. l'art. 4 du modèle allemand de 2005. V. également, par ex., l'art. 4 du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 5 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

³¹³ Art. 6 du modèle français de 2006. V. également, par ex., l'art. 6 du TBI France –Turquie, 2006 ; et l'art. 6 du TBI France – Sénégal, 2007.

Il arrive même, dans certains cas, que seul le traitement juste et équitable soit retenu, aucune disposition ne faisant référence à la pleine et entière protection et sécurité. C'est, en particulier, le cas du dernier modèle indien de 2003.

Somme toute, l'intégration des standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité dans les traités bilatéraux d'investissement obéit à une grande liberté et flexibilité, sans que leur place dans l'accord induise une quelconque conséquence.

Parallèlement à ces divergences de structure des traités bilatéraux d'investissement, la formulation des clauses incluant les standards du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité peut varier.

Le standard du traitement juste et équitable apparaît ainsi parfois sous d'autres formules comme celles faisant référence simplement au traitement équitable ou au traitement loyal ou encore au « *just and equitable treatment* »³¹⁴. L'expression française de « traitement juste et équitable » ne correspond d'ailleurs pas totalement à l'expression anglaise de « *fair and equitable treatment* », qui fait davantage référence à la loyauté qu'à la justice. Comme le remarque Patrick Juillard :

« le « *fair and equitable treatment* » des conventions rédigées en langue anglaise ; le « traitement juste et équitable » des conventions rédigées en langue française, ces expressions étant tenues pour synonymes l'une de l'autre. Or, elles ne le sont pas. L'adjectif « *fair* » ne trouve pas son équivalent dans l'adjectif « juste » : d'un côté la connotation éthique d'honnêteté, d'impartialité ; de l'autre côté, la connotation juridique de conformité à la règle de droit »³¹⁵.

Dans la majorité des cas, ce standard doit être assuré, révélant une obligation de résultat. Certaines conventions accentuent cette tendance en obligeant les parties contractantes à faire en sorte que l'exercice du droit reconnu à un traitement juste et équitable ne soit entravé ni en droit ni en fait³¹⁶. C'est ce qui ressort du modèle français de 2005 qui fait découler de l'obligation de traitement juste et équitable un certain nombre de conséquences :

« Article 4 Traitement juste et équitable

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires (...), ainsi que de moyens de production

³¹⁴ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

³¹⁵ P. Juillard, "Conclusions générales" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 315-323.

³¹⁶ V. l'art. 4 du modèle français de 2006. V. également, par ex., l'art. 3 du TBI France – Turquie, 2006 ; et l'art. 4 du TBI France – Sénégal, 2007.

et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation ».

Ce standard impose donc à l'Etat d'agir conformément au traitement juste et équitable dans toutes les circonstances. On évalue donc *in concreto*, en se basant sur des critères subjectifs et contingents.

L'énoncé du standard de la pleine et entière protection et sécurité varie également : pleine protection et sécurité ; protection et sécurité constante ; protection et sécurité... Le caractère de l'obligation de protection constitue lui aussi une variable : obligation de résultat ou de moyen selon les cas. S'il s'agit, dans la grande majorité des cas d'une obligation de résultat, certains accords prévoient des clauses de sauvegarde. Par exemple, les accords conclus par l'Union économique belgo-luxembourgeoise font exception des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public dans l'application de la pleine et entière protection et sécurité³¹⁷ :

« Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, ces investissements jouissent d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, leur gestion, leur entretien, leur utilisation, leur jouissance ou leur liquidation »³¹⁸.

La pleine protection et sécurité a pour objet d'imposer à l'Etat de protéger les investissements contre les actions d'agents privés grâce à la police³¹⁹. Il amplifie alors l'obligation pesant sur les parties de protéger avec toute due diligence l'investissement³²⁰. Ce concept a également été utilisé à plusieurs reprises, lorsque les installations de l'investisseur ont été détruites par les forces armées de l'Etat hôte³²¹. La définition de son contenu exact pose les mêmes problèmes que pour le traitement juste et équitable, d'autant plus que son rapprochement avec l'interdiction des discriminations ou les expropriations ne permet pas d'en avoir une compréhension précise.

³¹⁷ V., par ex., l'art. 3 du TBI UEBL – Panama, 2009 : « Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements ». V. également l'art. 3 de l'Accord avec le Rwanda (2007) ou avec le Tadjikistan (2009). V. encore l'art. 2 du TBI Chine – Maroc, 1995.

³¹⁸ TBI Algérie – UEBL, 1991.

³¹⁹ H. Zeitler, "The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, n° 3, 2005, pp. 1-34.

³²⁰ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 61.

³²¹ V., par ex., CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) contre République du Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997, paragraphes 6.04 et s. ; CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, paragraphes 40 et s.

2°) Les relations entretenues par les standards

La présence, dans les traités bilatéraux d'investissement, de plusieurs standards de traitement en plus du traitement juste et équitable, soulève la question des relations entretenues par ses diverses normes, entre elles et avec le droit international général.

Ainsi, la relation entre le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité est difficile à appréhender. Même si ces deux standards sont très souvent réunis, faut-il en déduire un lien quelconque entre eux ? Un traité sème le doute :

« Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières, en application du principe de traitement juste et équitable mentionné à l'article 3 du présent Accord »³²².

On pourrait ainsi imaginer que la pleine et entière protection et sécurité ne serait qu'une conséquence du traitement juste et équitable. Cependant, les contenus de ces deux standards ne recouvrent pas les mêmes obligations. Il demeure que le contenu concret du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité semble susceptible de varier en fonction de l'incidence des autres standards invoqués. Ainsi, le traitement juste et équitable apparaît parfois comme un principe général dont découlent diverses obligations. C'est le cas dans le modèle français de 2005 qui fait de l'interdiction des « *performance requirements* »³²³ ou de l'entrée et du séjour des ressortissants de l'autre Partie des conséquences du traitement juste et équitable³²⁴. Il en est de même du modèle anglais de 2005 :

« Les investissements des investisseurs de chaque Partie contractante bénéficient en tout temps d'un traitement juste et équitable et jouissent d'une protection et d'une sécurité entières sur le territoire de l'autre Partie contractante. Aucune Partie contractante n'entrave, sous quelque forme que ce soit, par des mesures arbitraires ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'usage, la jouissance ou la disposition des investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante. Chaque Partie contractante observe toute obligation qu'elle a pu assumer au regard des investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante »³²⁵.

³²² TBI France – Argentine, 1991.

³²³ V. *infra*, p. 760 et s.

³²⁴ Voir *supra* l'art. 4 du modèle français de 2005.

³²⁵ Art. 2, paragraphe 2, du modèle du Royaume-Uni de 2005. V. également, par ex., l'art. 2 du TBI Royaume-Uni – Vietnam, 2002 ; l'art. 2 du TBI Yougoslavie – Royaume-Uni, 2002. V. également l'art. 3 du modèle néerlandais de

L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires et l'obligation de respecter ses engagements contractuels découlent ainsi du standard du traitement juste et équitable.

L'interdiction des mesures arbitraires ou discriminatoires³²⁶ figure dans la très grande majorité des traités bilatéraux d'investissement³²⁷, souvent avec le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité. Cette clause ancienne, incluse dans la plupart des traités d'amitié, de commerce et de navigation des Etats-Unis³²⁸ et qui a été à l'origine de l'affaire *ELSI*³²⁹, a trouvé une seconde jeunesse avec les traités bilatéraux d'investissement. Or, ce standard est souvent invoqué à l'appui de demandes fondées sur le traitement juste et équitable ou la pleine et entière protection et sécurité – voire même sur les expropriations – rendant la distinction entre ces normes difficile³³⁰. Plusieurs tribunaux arbitraux ont ainsi assimilé l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires au traitement juste et équitable :

« *The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to the fair and equitable treatment* »³³¹.

1997 et, par ex., l'art. 3 de l'accord avec le Mali (2003) ; l'art. II du modèle turc de 2000 ; l'art. 4 du TBI Suisse – Chine, 2009.

³²⁶ V. not., R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 173-177 ; V. Heiskanen, "Arbitrary and Unreasonable Measures" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 87-110 ; C. Schreuer, "Protection against Arbitrariness or Discriminatory Measures" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 183-198.

³²⁷ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 212-225.

³²⁸ Par ex., le traité d'amitié, de commerce et de navigation des Etats-Unis avec l'Italie (1948) disposait : « *The nationals, corporations and association of either High Contracting Party shall not be subjected to arbitrary or discriminatory measures within the territories of the other Contracting Party resulting particularly in : (a) preventing their effective control and management of enterprises which they have been permitted to establish or acquire therein ; or, (b) impairing their other legally acquired rights and interests in such enterprises or in the investments which they have made, whether in the form of funds (loans, shares or otherwise), materials, equipment, services, processes, patents, techniques or otherwise* ».

³²⁹ CIJ, *Eletronica Sicula S.p.A. (Etats-Unis d'Amérique contre Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *CIJ Rec.* 1989, p. 15.

³³⁰ V., par ex., CIRDI, *Alex Genin et autres contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001 ; S.A. CNUDCI, *Ronald S. Lauder contre République tchèque*, sentence du 3 septembre 2001 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004 ; LCIA, *Occidental Exploration and Production Company contre Equateur*, sentence du 1^{er} juin 2004 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005 ; CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005 ; S.A. CNUDCI, *Saluka Investments B.V. contre République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006 ; CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010 ; CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft contre Hongrie* (ARB/07/22), sentence du 23 septembre 2010 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011. V. également C. Schreuer, "Interrelationship of Standards" in A. Reinisch, *Standards in Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-7.

³³¹ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 290. V. également arbitrage CNUDCI, *Saluka Investments B.V. contre République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphes 460-461.

Le traitement juste et équitable comprendrait alors l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires :

*« Considering the place of the fair and equitable treatment standard at the very beginning of Art. II (2), one can consider this to be a more general standard which finds its specific application in inter alia the duty to provide full protection and security, the prohibition of arbitrary and discriminatory measures and the obligation to observe contractual obligations towards the investor »*³³².

Le traitement juste et équitable serait donc une obligation générale – plus précisément une « *overriding obligation* » – dont découlent la pleine et entière protection et sécurité, l'interdiction des mesures discriminatoires et arbitraires, mais également, pour certains, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée :

*« it may well be that other provisions of the Agreement affording substantive protection are no more than examples or specific instances of this overriding duty »*³³³.

Même si cette théorie n'est pas confirmée par la pratique, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée ont des liens importants avec le traitement juste et équitable et sont, dans la majorité des cas, combinés dans une même disposition³³⁴. L'investisseur est ainsi garanti des meilleurs traitements de l'Etat d'accueil sur ses propres nationaux ou sur les étrangers et, dans tous les cas, d'être traité de manière loyale et équitable.

Au-delà des liens entretenus entre les différents standards, c'est surtout la question des relations entretenues par le traitement juste et équitable et la pleine et entière sécurité et protection avec le droit international qui pose problème. Ainsi, certains accords renvoient expressément au droit international. Par exemple, dans le traité entre la Colombie et le Pérou, il est prévu que :

*« Les investissements des ressortissants ou entreprises de l'une des Parties contractantes doivent, à tout moment, recevoir un traitement juste et équitable, bénéficier d'une pleine et entière protection et d'une sécurité totale conformément aux principes de droit international »*³³⁵.

Il en est de même dans les accords conclus par la France³³⁶, les Etats-Unis ou le Canada, qui définissent le traitement juste et équitable au regard du droit international. Le droit

³³² CIRDI, *Noble Ventures, Inc. contre Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, paragraphe 182. V. également CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, paragraphes 332-333.

³³³ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments" in F. A. Mann, *Further Studies in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 234-251, p. 238.

³³⁴ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

³³⁵ Art. 3, paragraphe 1, du TBI Colombie – Pérou, 1994.

³³⁶ V. l'art. 4 du modèle français de 2006. V. également, par ex., l'art. 3 du TBI France – Turquie, 2006 ; et l'art. 4 du TBI France – Sénégal, 2007.

international apparaît ainsi souvent comme un filet de sécurité pour définir la norme minimale de traitement de l'investisseur³³⁷.

D'autres traités s'abstiennent de toute référence au droit international³³⁸, laissant le champ libre à une détermination prétorienne, même si l'on peut considérer que la simple référence à ces standards constitue un renvoi implicite au droit international. Par exemple, les accords conclus par la Chine se contentent d'imposer le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité, sans plus d'indication sur l'ordre juridique dont ces standards relèvent :

« Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie contractante se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable, et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie contractante »³³⁹.

Las des débats sur la nature du traitement juste et équitable ou de la pleine protection et sécurité et leur relation avec le droit international, les modèles récents de traités bilatéraux d'investissement précisent cette question. L'influence de l'ALENA a été ici déterminante, cet accord incluant une clause relative à la norme minimale de traitement, qui dispose :

« 1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une pleine et entière protection et sécurité »³⁴⁰.

Le modèle canadien de 2004 est encore plus précis :

« 1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigeront pas un traitement plus favorable que celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier »³⁴¹.

Il en est de même du modèle norvégien de 2007 qui inclut, après avoir imposé l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, une clause générale de traitement et de protection à son article 5. Cette clause recoupe les obligations de traitement

³³⁷ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment*, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, 76 p.

³³⁸ V., par ex., les traités conclus par les Pays-Bas, la Suède, la Suisse ou l'Allemagne.

³³⁹ Art. 4, paragraphe 1, du TBI Suisse – Chine 2009. V. également, par ex., l'art. 3 du TBI Autriche – Libye, 2002 ; l'art. 3 des Accords conclus par l'Union belgo-luxembourgeoise avec le Rwanda (2007), le Panama ou avec le Tadjikistan (2009) concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2009).

³⁴⁰ Art. 1105 de l'ALENA, 1^{er} janvier 1994.

³⁴¹ Art. 5 – « Norme minimale de traitement » - du modèle canadien de 2004.

juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité, tout en insistant sur leur caractère coutumier :

« *Each Party shall accord to investors of the other Party, and their investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security* »³⁴².

Ces modèles ne laissent subsister aucun doute au regard de la question de l'appartenance du traitement juste et équitable au standard minimum de droit coutumier international. Dans son commentaire du modèle d'accord, la Norvège évoque la nécessité de rappeler cette appartenance pour éviter de considérer le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité comme des standards autonomes, qu'on pourrait interpréter comme une « *fairness provision* » ou une invitation à statuer *ex aequo et bono*³⁴³. Ces Etats souhaitaient donc garantir une interprétation restrictive de ces standards, ce qui leur assure une certaine liberté dans le traitement de ses étrangers.

Les Etats-Unis suivent la même démarche, mais vont encore plus loin pour circonscrire la liberté encore laissée aux tribunaux arbitraux³⁴⁴.

Pourtant, même si certains pensent que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité n'ajoutent rien à la protection des investisseurs selon le droit international³⁴⁵, une telle interprétation irait à l'encontre de l'effet utile de ces clauses et ne permettrait pas de comprendre la référence à ces standards dans les traités. Or, ces deux standards sont systématiquement inclus et le choix par un Etat de ne pas les faire figurer dans un accord enverrait sans aucun doute un très mauvais signal aux investisseurs.

En effet, derrière la question de la nature du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité se cache surtout celle de leur contenu. Il est très rare que les traités bilatéraux définissent le contenu des standards. En réalité, cette formulation vague paraît volontaire, les Etats laissant le soin aux arbitres de découvrir ce contenu au regard des objectifs du traité. La jurisprudence des tribunaux CIRDI a alors pris une dimension essentielle. Cependant, la jurisprudence extensive développée n'a pas toujours été du goût des Etats, qui considéraient que la liberté laissée aux arbitres avait été utilisée de façon abusive, ceux-ci ayant parfois tendance à statuer davantage *ex aequo et bono* sur ce qui leur paraissait être juste et équitable³⁴⁶. Cela explique probablement les nouvelles précisions sur les relations entre traitement juste et équitable et pleine et entière protection et sécurité. En tout cas, la

³⁴² Art. 5 – « *General Treatment and Protection* » - du modèle norvégien de 2007.

³⁴³ V. le Commentaire du modèle norvégien, 19 décembre 2007, 47 p., p. 21.

³⁴⁴ V. *infra*, p. 580 et s.

³⁴⁵ G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, t. 269, 1998, pp. 251-460.

³⁴⁶ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p., p. 3.

recherche du contenu de ces standards s'est faite dans une lutte de pouvoir entre les Etats et les arbitres.

PARAGRAPHE 2. LE RECOURS NECESSAIRE A LA JURISPRUDENCE

En l'absence de précisions dans les traités bilatéraux d'investissement sur le contenu du traitement juste et équitable et de la pleine protection et sécurité, il est revenu aux tribunaux arbitraux de déterminer la substance de ces standards. Loin de créer initialement de réelles difficultés, la référence à ces clauses n'est apparue que très tardivement dans la jurisprudence arbitrale. Toutefois, à mesure que son contenu était précisé (A), de nouveaux doutes apparaissaient (B).

A. Un contenu précisé

Face à l'incapacité des Etats à donner un contenu aux standards de traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité³⁴⁷, la jurisprudence a pris le relais et a peu à peu donné une substance à ces standards, sans trop s'embarrasser des différences de formulation des traités bilatéraux d'investissement³⁴⁸. Même si leur apparition dans la jurisprudence arbitrale s'est faite tardivement, ils revêtent aujourd'hui une importance fondamentale dans le contentieux, du fait qu'ils offrent au juge et à l'arbitre le moyen de sanctionner des comportements étatiques pouvant être estimés, dans un contexte donné, injustes ou inéquitable. Ainsi, les tribunaux arbitraux, investis de ce pouvoir normatif, ont donné un contenu substantiel à ces standards, en précisant les éléments constitutifs d'un traitement juste et équitable (2°) et de la pleine et entière protection et sécurité (1°).

³⁴⁷ Patrick Juillard notait, en effet, que « pour l'instant, force est de constater que l'imprécision qui affecte des notions telles que le traitement juste et équitable, ou encore la pleine et entière protection et sécurité, ne fait que mettre en lumière l'incapacité où se sont trouvés les Etats à donner un contenu à ces principes » (P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 133).

³⁴⁸ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189 et s.

1°) Le contenu de la pleine et entière protection et sécurité

La pleine protection et sécurité s'est exprimée dans la jurisprudence arbitrale comme une obligation de vigilance, de diligence et de protection.

Cette obligation de vigilance et de diligence est une obligation traditionnelle en droit international public :

« Il est des devoirs internationaux qui consistent à exercer sur les individus soumis à l'autorité de l'Etat une vigilance correspondante aux fonctions et aux pouvoirs dont l'Etat est investi. Celui-ci n'est pas internationalement obligé d'empêcher d'une façon absolue que certains faits se réalisent ; mais il est tenu d'exercer, pour les empêcher, la vigilance qui rentre dans ses fonctions ordinaires. Le défaut de diligence est une inobservation du devoir imposé par le droit international, sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du mot »³⁴⁹.

Elle joue également un rôle important en droit des investissements³⁵⁰. Encore une fois, il est difficile de savoir si le standard de pleine et entière protection et sécurité inscrit dans les traités bilatéraux d'investissement équivaut exactement à la due diligence ou au standard minimum imposés par le droit international général. Certains tribunaux arbitraux sont allés jusqu'à l'assimilation de ce standard aux normes de traitement des étrangers en droit international coutumier :

³⁴⁹ D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers", *RGDIP*, vol. 13, 1906, pp. 5-309, p. 291. V. également A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, t. III, 1932, pp. 323-412, p. 388 : « dans toutes ses mesures de répression, l'Etat doit développer comme dans les mesures de prévention, l'activité d'un Etat normal. C'est donc selon le principe du standard international qu'il faudra apprécier si les mesures de prévention ou de réaction (...) sont ou non suffisantes au point de vue du droit des gens (...). De l'avis des gouvernements, la diligence à prendre en considération est celle qu'on peut attendre d'un Etat civilisé ». V. également les sentences rendues par Max Huber dans les affaires des biens britanniques au Maroc espagnol (1925) de l'île de Palmas (1928). V. encore I. Brownlie, *System of the law of nations - State responsibility*, Clarendon press, Oxford, 1986, XVI-302 p. ; R. Pisillo Mazzeschi, "Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati, Giuffrè, Milan, 1989, XIV-418 p. ; R. P. Barnidge Jr, "The Due Diligence Principle Under International Law", *International Community Law Review*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 81-121 ; C. Gérard, *Obligation de vigilance et due diligence en droit international public - La responsabilité de l'Etat pour les dommages ne trouvant pas leur cause directe dans son fait illicite dans l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat (Université Paris I), Paris, 2009, 477 p.

³⁵⁰ H. Zeitler, "The Guarantee of 'Full Protection and Security' in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, n° 3, 2005, pp. 1-34 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., pp. 247-251 ; G. Cordero Moss, "Full Protection and Security" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 131-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 149-153 ; C. Schreuer, "Full Protection and Security", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., pp. 243-256 ; M. Malik, *The Full protection and Security Standard Comes of Age : Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration ?*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2012, III-14 p.

« The BIT requires that Argentina provide « full protection and security to El Paso's investment. The Tribunal considers that the full protection and security standard is no more than the traditional obligation to protect aliens under international customary law and that it is a residual obligation provided for those cases in which the acts challenged may not in themselves be attributed to the Government, but to a third party. The case-law and commentators generally agree that this standard imposed an obligation of vigilance and due diligence upon the government »³⁵¹.

Ainsi, en vertu de ce standard, l'Etat doit prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la protection et la sécurité de l'investissement, non seulement à l'égard de ses propres organes, mais aussi contre les agissements des personnes privées. Cette protection doit assurer la sécurité physique de l'investissement face à l'usage de la force ; mais, même si la question demeure controversée³⁵², semble s'étendre au-delà³⁵³ et aussi constituer une obligation de protection juridique³⁵⁴, y compris devant les organes judiciaires de l'Etat dans des actions engagées par des personnes privées³⁵⁵. Par exemple, dans l'affaire *Azurix*, le Tribunal note que :

« The cases referred to above show that full protection and security was understood to go beyond the protection and security ensured by the police. It is not only a matter of physical security ; the stability afforded by a secure investment environment is as important from an investor's point of view. (...) when the terms « protection and security » are qualified by « full » and no other adjective or explanation, they extend, in their ordinary meaning, the content of this standard beyond physical security »³⁵⁶.

Cette protection et cette sécurité, même si elles sont pleines et entières et qu'elles doivent être assurées, ne peuvent être considérées comme des obligations absolues ou de résultat, d'autant plus lorsqu'il s'agit de protéger l'investissement contre les agissements de personnes privées. Ce standard impose donc simplement à l'Etat d'agir avec due diligence pour assurer la protection de l'investissement. C'est ce qui ressort de la jurisprudence *AAPL* :

³⁵¹ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphe 522. V. également CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, paragraphes 67 et 69 : « Once failure to provide « full protection and security » has been proven (under Article 2 (2) of the Sri Lanka/UK Treaty or under a similar provision existing in other Bilateral Investment Treaties extending the same standard to nationals of a third State), the host State's responsibility is established, and compensation is due according to the general international law rules and standards previously developed with regard to the States failure to comply with its « due diligence » obligation under the minimum standard of customary international law (...). Hence, any foreign investor, even if his national State has not concluded with Sri Lanka a Bilateral Investment Treaty containing a provision similar to that of Article 2 (2), would be entitled to a protection which requires « due diligence » from the host State ».

³⁵² V., en particulier, S.A. CNUDCI, *Saluka Investments B.V. contre République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006.

³⁵³ CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica* (ARB/08/1), sentence du 16 mai 2012.

³⁵⁴ CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphe 343 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphes 319-321.

³⁵⁵ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003, paragraphe 58.

³⁵⁶ CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 408.

« En fait, des expressions similaires, ou même plus fortes comme « la plus constante protection » ont été utilisées depuis le siècle dernier dans nombre de conventions bilatérales pour encourager les échanges économiques internationaux et assurer aux individus et aux sociétés ressortissantes d'un Etat contractant établis sur le territoire de l'autre Etat contractant un traitement approprié, pour eux-mêmes ainsi que pour leurs biens (...).

Le tribunal ne connaît aucune décision dans laquelle l'obligation de l'Etat d'accueil d'assurer aux nationaux d'un autre Etat contractant « pleine protection et sécurité » a été interprétée comme une obligation absolue garantissant qu'aucun dommage ne sera subi et dont la violation créerait automatiquement une « responsabilité de plein droit » de l'Etat d'accueil. (...).

Selon le tribunal arbitral, l'ajout des termes tels que « constante » ou « pleine » pour renforcer les critères de « protection » et de « sécurité » traduit sans doute l'intention des parties de poser l'exigence d'un standard de prudence et de diligence plus élevé que celui du droit international général. Cependant la nature de l'obligation et de la responsabilité qui peut s'ensuivre demeure inchangée, les termes « constants » ou « pleine » n'étant pas en eux-mêmes suffisants pour établir que les parties aient entendu transformer leur obligations respectives en une « responsabilité de plein droit »³⁵⁷.

Dans cette affaire, il a été considéré que l'obligation de « protection et de sécurité totales » imposée par l'article 2(2) du traité bilatéral d'investissement entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni créait une « responsabilité stricte »³⁵⁸ pour les parties³⁵⁹.

Le tribunal CIRDI, dans l'affaire *AMT*, explicite encore les obligations découlant du standard de pleine protection et sécurité :

« L'obligation comme celle citée ci-dessus contractée par la République démocratique du Congo et les Etats-Unis d'Amérique constitue une obligation de garantie pour la protection et la sécurité des investissements effectués par les ressortissants et les sociétés de l'une ou l'autre partie, dans le cas d'espèce, les ressortissants américains ou d'une société américaine, A.M.T., dans le territoire de la République démocratique du Congo, à Kinshasa. L'obligation incombant à l'Etat du Congo est une obligation de vigilance de sorte que le Congo en tant qu'Etat de réception des investissements effectués par A.M.T., société de nationalité américaine doit prendre toute mesure

³⁵⁷ CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990. V. également, par ex., CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft contre Hongrie* (ARB/07/22), sentence du 23 septembre 2010, paragraphes 13.3.2 et 13.3.3 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 322.

³⁵⁸ OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p., p. 29.

³⁵⁹ V. également l'opinion dissidente du juge Asante : « L'article 2(2) prescrit la norme générale applicable à la protection de l'investissement étranger. Toutes les exigences de traitement juste et équitable, de protection et de sécurité totales et de traitement non discriminatoire soulignent l'obligation générale pour l'Etat d'accueil de respecter les principes de la diligence due dans la protection de l'investissement étranger sur son territoire, une obligation dérivée du droit international coutumier. Le caractère général de la norme relative à la protection énoncée à l'article 2(2) se traduit par l'absence de toute norme concernant une situation ou une compensation spécifique. Cet article est donc distinct des articles 4 et 5, qui stipulent des normes spécifiques applicables à des situations spéciales, en l'occurrence des pertes imputables à des troubles civils et à l'expropriation ».

nécessaire pour assurer la pleine jouissance de la protection et de la sécurité de son investissement et ne saurait valablement tirer argument de sa propre législation pour se soustraire aux conséquences d'une telle obligation. Il appartenait au Congo de démontrer qu'il a pris toutes mesures aptes à assurer la protection des investissements de A.M.T. sur son territoire »³⁶⁰.

La même interprétation a été reprise dans l'affaire *Wena*, dans laquelle l'investissement avait été illégalement saisi par des personnes privées ne pouvant être rattachées à l'Etat³⁶¹. Cependant, l'Egypte n'avait alors rien fait pour empêcher ces actes ou pour protéger l'investissement et avait refusé d'indemniser l'entreprise et même de poursuivre les auteurs. Cet Etat avait donc violé l'obligation de pleine et entière protection et sécurité imposée par le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Egypte et le Royaume-Uni.

Ce sont donc surtout l'absence de mesures prises pour empêcher le dommage à l'investissement ou l'absence de mesures pour restaurer l'ordre public ou condamner les actions menées contre l'investisseur qui sont condamnées. Si l'Etat a agi, même de façon inopportune, il sera plus difficile de considérer son comportement comme une violation de la pleine et entière protection et sécurité.

Si le standard de protection et de sécurité pleines et entières n'est qu'une obligation de moyen, il est, en général, complété par une autre clause, inscrite dans les traités bilatéraux d'investissement. En effet, la grande majorité des modèles d'accords prévoit, dans une disposition consacrée à l'indemnisation des dommages et des pertes, qu'en cas d'insurrection, de révolution, de conflit, de guerre ou de tout autre état d'urgence nationale occasionnant un dommage à l'investissement, les investisseurs bénéficieront d'une indemnisation conforme au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée³⁶². Par exemple, l'article 4 de l'Accord entre l'Union belgo-luxembourgeoise et la Barbade, relatif à l'indemnisation des pertes, prévoit que :

« Sans préjudice des autres dispositions du présent Accord, les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auraient subi des pertes dues à une guerre ou à tout autre conflit armé, état d'urgence nationale ou révolte sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement, en ce qui concerne les restitutions, indemnisations, compensations ou autres types de dédommagements, qui ne sera pas moins favorable que celui accordé

³⁶⁰ CIRDI, *American Manufacturing & Trading, Inc. contre République démocratique du Congo* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997.

³⁶¹ CIRDI, *Wena contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000 : « L'obligation incombant à [l'Etat d'accueil] est une obligation de vigilance, au sens où [l'Etat d'accueil] prendra toutes les mesures raisonnables pour veiller à ce que les investissements bénéficient d'une protection et d'une sécurité totales et ne pourra invoquer sa propre législation pour se soustraire à cette obligation ».

³⁶² V., par ex., l'art. 5 du modèle chinois de 2003 ; l'art. 7 du modèle néerlandais de 1997 ; l'art. IV, paragraphe 3, du modèle turc de 2000 ; l'art. 6 du modèle indien de 2003 ; l'art. 12 du modèle canadien de 2004 ; l'art. 4, paragraphe 3, du modèle allemand de 2005 ; l'art. 4 du modèle anglais de 2005 ; l'art. 6, paragraphe 3 du modèle français de 2006 ; l'art. VII du modèle colombien de 2008 ; l'art. 7 du modèle norvégien de 2007 ; l'art. 5, paragraphe 4, du modèle américain de 2012.

par cette dernière Partie contractante à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout Etat tiers, suivant le traitement le plus favorable aux investisseurs concernés »³⁶³.

Ainsi, les rédacteurs des traités, conscients que les Etats ne pourront empêcher les dommages sur l'investissement dans certains cas extrêmes, prévoient simplement l'indemnisation de ces pertes suivant un principe de non-discrimination.

Les obligations découlant de la pleine et entière protection et sécurité ont donc été plus facilement identifiées par la jurisprudence du CIRDI que celles découlant du traitement juste et équitable, qui demeurent bien plus floues.

2°) Les composantes du traitement juste et équitable

Le standard du traitement juste et équitable n'a pas soulevé d'interrogations dans la jurisprudence arbitrale pendant bien longtemps. Comme le notait Frederick Alexander Mann, les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité, même s'ils sont systématiquement inclus dans les traités bilatéraux d'investissement, n'ont pratiquement pas été considérés par les tribunaux arbitraux³⁶⁴. Ce n'est qu'en 2000 qu'une série de sentences³⁶⁵ ont ouvert la voie à une vague de décisions sur le traitement juste et équitable, qui ont précisé son contenu et la méthodologie à appliquer.

Au regard de cette jurisprudence, on peut noter que l'interprétation du traitement juste et équitable dépendra beaucoup des circonstances de l'espèce³⁶⁶. Le tribunal se doit de vérifier le comportement au regard du texte du traité et des règles applicables du droit international, sans pour autant avoir une interprétation subjective de ce qu'est un traitement juste et équitable³⁶⁷. Plusieurs tribunaux ont ainsi noté que :

³⁶³ Art. 4 du TBI UEBL – la Barbade (2009).

³⁶⁴ F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254, p. 243 : ces standards « *have hardly ever been judicially considered* ».

³⁶⁵ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000 ; S.A. CNUDCI, *SD Myers contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000.

³⁶⁶ V. not., CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphe 118 ; CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphe 107 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 318.

³⁶⁷ V. not., CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, paragraphes 284-285.

« *a judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case* ». ³⁶⁸

Cette méthode a permis de déterminer le contenu du traitement juste et équitable. Le tribunal, dans l'affaire *Waste Management*, reprenant la jurisprudence en la matière, précise ces critères :

« malgré certaines différences d'éclairage, une norme générale est en train d'émerger pour les affaires soulevées en vertu de l'article 1105. Les décisions rendues dans les affaires *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* et *Loewen* semblent indiquer qu'il y a violation de la norme minimale de traitement à laquelle renvoie la norme du traitement juste et équitable en cas de comportement attribuable à un Etat et préjudiciable au plaignant lorsque ce comportement est arbitraire, manifestement inéquitable, injuste ou spécifique aux circonstances et discriminatoire, et expose le plaignant à un préjudice lié à son origine ou à sa race ou est le fait d'un manque de régularité dans la procédure débouchant sur un résultat qui heurte la correction juridique – comme ce pourrait être le cas d'une omission flagrante d'appliquer la justice naturelle dans les procédures judiciaires ou d'un manque total de transparence et d'honnêteté dans la procédure administrative. Pour les besoins de l'application de la norme, il convient de prendre en compte le fait que le traitement accordé n'a pas respecté les déclarations faites par l'Etat hôte et sur lesquelles se fiait raisonnablement le plaignant » ³⁶⁹.

Cette interprétation donnée dans le cadre de l'ALENA est transposable aux traités bilatéraux d'investissement, les nouveaux modèles – en particulier des Etats-Unis et du Canada – s'inspirant très largement de cet accord.

Ainsi, le raisonnement du tribunal va se décomposer en une série de questions permettant de vérifier l'application du traitement juste et équitable, comme l'a résumé récemment par le Tribunal statuant dans l'affaire *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* :

« *The FET standard defined in the BIT is an autonomous treaty standard, whose precise meaning must be established on a case-by-case basis. It requires an action or omission by the State which violates a certain threshold of propriety, causing harm to the investor, and with a causal link between action or omission and harm. The threshold must be defined by the Tribunal, on the basis of the wording of Article II. 3 of the BIT, and bearing in mind a number of factors, including among others the following:*

³⁶⁸ CIRDI, *Mondev International Ltd contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphe 304 : « *the expectations [of the investor], in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances* ». V. également CPA/CNUDCI, *Saluka BV contre République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphe 285 : « *There is agreement between the parties that the determination of the meaning of the « fair and equitable treatment » standard is a matter of appreciation by the Tribunal in light of all relevant circumstances* » ; CIRDI, *MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile SA contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphe 109 ; CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexico* (n°2) (ARB(AF)/00/3), sentence ALENA du 30 avril 2004, paragraphes 99 et 118 ; CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica* (ARB/08/1), sentence du 16 mai 2012, paragraphes 242-243.

³⁶⁹ CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexico* (n°2) ((AF)/00/3), sentence ALENA du 30 avril 2004, paragraphe 98 traduit in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

- whether the State has failed to offer a stable and predictable legal framework ;
- whether the State made specific representations to the investor ;
- whether due process has been denied to the investor ;
- whether there is an absence of transparency in the legal procedure or in the actions of the State ;
- whether there has been harassment, coercion, abuse of power or other bad faith conduct by the host State ;
- whether any of the actions of the State can be labeled as arbitrary, discriminatory or inconsistent »³⁷⁰.

Pour résumer, l'on considère que le traitement juste et équitable, proche du principe de bonne foi³⁷¹, a vocation à protéger l'investisseur contre le déni de justice et l'abus de droit, à assurer le respect de ses attentes légitimes, tout en imposant une obligation de transparence et de sécurité juridique³⁷².

Ainsi, une bonne partie des affaires mettent en jeu des droits procéduraux au travers de la condamnation du déni de justice³⁷³. Le déni de justice sera entendu comme le refus de l'accès

³⁷⁰ CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, paragraphe 284.

³⁷¹ V. not. E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Pédone, Paris, 1975, XXI-392 p. ; R. Kolb et G. Abi-Saab, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, XLI-756 p. Quant à la Cour internationale de Justice, elle considère que la bonne foi est « l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques », mais qu'elle ne constitue pas en soi une source d'obligation lorsqu'aucune source d'obligation n'existe par ailleurs. Voir CIJ, *Essais nucléaires (Australie contre France)*, arrêt, *CIJ Rec.* 1974, p. 253, paragraphe 46 ; CIJ, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, exceptions préliminaires, arrêt, *CIJ Rec.* 1998, p. 275. V. également R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, n°1, 2005, pp. 87-106, p. 91: « Indeed, the substance of the standard of fair and equitable treatment will in large part overlap with the meaning of a good faith clause in its broader setting, with one significant aspect embracing the related notions of venire contra factum proprium and estoppel » ; C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n°3, 2005, pp. 357-386, p. 384 : « Arbitral tribunals have confirmed that good faith is inherent in fair and equitable treatment ». V. encore CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphes 153-154 ; CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003 ; CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexico* (n°2) (ARB(AF)/00/3), sentence ALENA du 30 avril 2004, paragraphe 138 ; CPA/CNUDCI, *Saluka BV contre République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphe 303 ; CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphe 111.

³⁷² V. not., R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : Judicially Manageable Criteria" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 83-95.

³⁷³ V. not. C. De Visscher, *La responsabilité des États*, Brill, Leyde, 1924 ; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, H. Vaillant-Carmanne, Liège, 1938, XVI-408 p. ; E. Borchard, "The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461 ; F. V. Garcia Amador, L. B. Sohn et R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, 1974, XIV-402 p. ; J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, XXVI-279 p. ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 226 et s. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s. ; K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130 ; S. M. Schwebel, "The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty and Denial of Justice in International Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 519-521.

aux tribunaux ou l'erreur procédurale grave³⁷⁴. Son interprétation doit être stricte comme l'affirme le tribunal dans l'affaire *Vivendi* :

« compte tenu des faits exposés, Vivendi aurait dû au préalable contester les actes des autorités de Tucuman devant les tribunaux administratifs de cette province, et ne pourrait porter plainte contre la République d'Argentine que si elle se voyait refuser l'accès aux tribunaux de Tucuman pour chercher à faire adopter des mesures correctives aux termes de l'article 16.4, si elle était injustement traitée par ces tribunaux (dénier de justice), si le jugement de ces tribunaux était fondamentalement injuste (dénier de justice fondamentale) ou si elle se voyait refuser des droits garantis aux investisseurs français en vertu du traité bilatéral d'investissement par la République d'Argentine »³⁷⁵.

Ainsi, le déni de justice ne sera reconnu que si l'investisseur a épuisé les voies de recours qui lui étaient offertes dans l'Etat en cause³⁷⁶. L'épuisement des voies de recours internes constitue, ici, une condition substantielle, et non procédurale, comme en droit international public³⁷⁷.

Un autre pendant du traitement juste et équitable tient au respect des attentes légitimes³⁷⁸. Ce principe, proche de celui de la bonne foi et de l'estoppel, est expliqué par Bin Cheng :

« *The protection of good faith extends equally to the confidence and reliance that can reasonably be placed not only in agreements but also in communications or other conclusive acts from another State. If State A has knowingly led State B to believe that it will pursue a certain policy, and State B acts upon this belief, as soon as State A decides to change its policy – although it is at perfect liberty to do so – it is under a duty to inform State B of this proposed change. Failure to do so, when it knows or should have known that State B would continue to act upon this belief, gives rise to a duty to indemnify State B for any damage it may incur. What the principle of good faith protects is the confidence that State B may reasonably place in State A* »³⁷⁹.

Ce principe, reconnu en droit international général, l'est aussi en droit international des investissements³⁸⁰, les tribunaux arbitraux ayant noté que la notion d'attentes légitimes était liée au standard du traitement juste et équitable et en constituait même un élément

³⁷⁴ V., par ex., CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999, paragraphes 102-103.

³⁷⁵ CIRDI, *Compagnie générale des eaux (Vivendi) contre Argentine* (ARB/97/3), décision du 21 novembre 2000.

³⁷⁶ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

³⁷⁷ S.A. CNUDCI, *Chevron Corporation (USA) et Texaco Petroleum Company (USA) contre Equateur*, sentence du 1^{er} décembre 2008, paragraphes 232-236 ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009, paragraphe 163.

³⁷⁸ V. not., CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphes 127-131 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, paragraphes 290-291 ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphes 316-317.

³⁷⁹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, LI-490 p.

³⁸⁰ V. not., J. Cazala, "La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international", *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 23, n° 1, 2009, pp. 5-32.

dominant³⁸¹. Le tribunal, dans l'affaire *LG&E*, résume les conditions pour admettre que le standard du traitement juste et équitable a été violé au regard des attentes légitimes de l'investisseur :

« It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics : they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment ; they may not be established unilaterally by one of the parties ; they must exist and be enforceable by law ; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider fair parameters such as business risk or industry's regular patterns »³⁸².

Cette notion, profondément subjective, trouve ainsi un contenu plus objectif et plus facilement identifiable, comme le révèle la sentence dans l'affaire *Parkerings-Compagniet* :

« The expectation is legitimate if the investor received an explicit promise or guarantee from the host-State, or if implicitly, the host State made assurances or representation that the investor took into account in making the investment. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate. In order to determine the legitimate expectation of an investor, it is also necessary to analyse the conduct of the State at the time of the investment »³⁸³.

Les attentes légitimes de l'investisseur dépendent donc principalement des engagements pris par l'Etat et des conditions entourant l'établissement de l'investissement. Le respect des attentes légitimes occupe, en tout cas, de plus en plus de place dans la jurisprudence arbitrale et est aujourd'hui admis comme l'une des composantes principales du traitement juste et équitable³⁸⁴.

Le respect des attentes légitimes de l'investisseur dépend profondément d'un autre principe, qui découle du traitement juste et équitable et de la bonne foi. Il s'agit du principe de sécurité

³⁸¹ V. not., CIRDI, *Metalclad Corp contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphes 88-89 ; CIRDI, *Wena contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000, paragraphes 85-87 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 154 ; CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexico* (n°2) (ARB(AF)/00/3), sentence ALENA du 30 avril 2004, paragraphe 98 ; CIRDI, *MTD and MTD contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Co contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 279 ; CPA / CNUDCI, *Saluka BV contre République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphes 302-303 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, paragraphes 127-130 ; CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007.

³⁸² CIRDI, *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, paragraphe 130.

³⁸³ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphe 330. V. également CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011.

³⁸⁴ R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, n°1, 2005, pp. 87-106 ; S. Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard : the Developing Role of Investors - "Expectations" in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, pp. 375-399.

juridique – ou « *regulatory fairness* » – et de transparence, qui consiste pour l'Etat à avoir un environnement juridique transparent, stable et prévisible³⁸⁵. Cette obligation est considérée par beaucoup comme faisant partie du droit international coutumier³⁸⁶, du fait de sa récurrence dans les préambules de tous les traités de droit international économique³⁸⁷ et, en particulier, dans les accords de l'Organisation Mondiale du Commerce auxquels la plupart des Etats du monde sont parties³⁸⁸. L'assimilation du principe de sécurité juridique au droit international coutumier ressort également de la jurisprudence arbitrale³⁸⁹.

Aujourd'hui, la qualité de la réglementation fait pleinement partie du standard du traitement juste et équitable. Le Tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Tecmed* explique les obligations découlant de ce standard :

« Le Tribunal arbitral estime que cette disposition de l'Accord, à la lumière du principe de la bonne foi établi en droit international, exige que les Parties contractantes accordent aux investissements internationaux un traitement qui ne soit pas contraire aux attentes fondamentales qu'avait l'investisseur étranger au moment de l'investissement. L'investisseur étranger s'attend à ce que l'Etat hôte agisse avec lui de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté et entièrement transparente. L'investisseur étranger s'attend également à ce que l'Etat hôte agisse de manière cohérente, c'est-à-dire sans révoquer arbitrairement des décisions qu'il avait prises antérieurement ou des permis qu'il avait déjà accordés et sur lesquels l'investisseur misait pour remplir ses engagements et planifier et lancer ses activités commerciales et professionnelles. L'investisseur s'attend également à ce que l'Etat ait recours aux instruments juridiques qui régissent les actions de l'investisseur ou l'investissement conformément à la fonction habituelle de ces instruments, et ne prive pas l'investisseur de l'investissement sans lui verser l'indemnisation applicable. De fait, le défaut de l'Etat hôte d'adopter ce comportement à l'égard de l'investisseur étranger ou de ses investissements affecte la capacité de l'investisseur d'appréhender le traitement et la protection accordés par l'Etat hôte et de déterminer si celui-ci se conforme au principe du traitement juste et équitable. Par conséquent, l'adoption de ce comportement par l'Etat hôte est étroitement liée au principe susmentionné, aux possibilités réelles qu'il

³⁸⁵ V. not., R. Wolfe, "Regulatory Transparency, Developing Countries and the WTO", *World Trade Review*, vol. 2, n° 2, 2003, pp. 157-182 ; OCDE, *Rapport de l'OCDE portant plan d'action en faveur de mesures sur la réforme de la réglementation*, Publications de l'OCDE, Paris, 1997, 42 p. ; OCDE, *Cadre pour la transparence de la politique d'investissement*, Publications de l'OCDE, Paris, 2003, 8 p.

³⁸⁶ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, p. 278.

³⁸⁷ V., par ex., OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Publications de l'OCDE, Paris, 1995, 24 p. ; OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, Publications de l'OCDE, Paris, 2005, 8 p. V. également la Déclaration des dirigeants de l'APEC en vue de mettre en œuvre les normes de l'APEC en matière de transparence, octobre 2002.

³⁸⁸ V., pour application de ce principe : Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Etats-Unis – Art. 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, affaire DS152, 22 décembre 1999 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, affaire DS24, 10 février 1997.

³⁸⁹ V. LCIA, *Occidental Exploration and Production Company contre Equateur*, sentence du 1^{er} juillet 2004, paragraphes 190-191 : « *The Tribunal is of the opinion that in the instant case the Treaty standard is not different from that required under international law concerning both the stability and predictability of the legal and business framework of the investment. To this extent the Treaty standard can be equated with that under international law as evidenced by the opinions of the various tribunals cited above* ».

soit appliqué et à l'exclusion de la possibilité que le comportement de l'Etat hôte soit considéré comme arbitraire, c'est-à-dire comme présentant des lacunes pouvant être perçues comme telles par tout homme raisonnable et impartial ou, en l'absence de violation de règles spécifiques, comme étant contraire à la loi parce qu'il « heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »³⁹⁰.

La stabilité juridique va être ainsi considérée comme faisant partie du traitement juste et équitable. Ainsi, dans l'affaire *PSEG*, le tribunal a considéré que la Turquie avait manqué à son obligation de traitement juste et équitable, en n'ayant pas su maintenir un environnement législatif suffisamment stable³⁹¹.

Toutefois, une telle violation n'a pas été reconnue dans l'affaire *Parkerings*, dans laquelle le tribunal arbitral a certes constaté que l'environnement législatif présentait un certain degré d'instabilité, mais a considéré que l'investisseur, qui avait conscience que la Lituanie était en période de transition économique, avait pris un risque économique en n'introduisant pas une clause de stabilisation ou une forme de protection équivalente³⁹².

L'importance de l'obligation de transparence et sécurité juridique, qu'on la considère ou non comme faisant partie du droit international coutumier, est en tout cas révélée par son inclusion explicite de plus en plus systématique dans les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement. L'ALENA fait figurer la transparence dans ses objectifs au titre de ses dispositions générales³⁹³. Plusieurs traités bilatéraux ont suivi ce modèle, comme les accords conclus par le Canada³⁹⁴ ou la Norvège³⁹⁵. L'importance nouvelle de la transparence dans les traités bilatéraux d'investissement ressort tout particulièrement si l'on s'attache au modèle américain de 2012, celui-ci comprenant trois dispositions consacrées à la transparence – et d'autres y faisant référence – et ce principe ayant, de plus, fait l'objet d'un certain nombre d'ajouts au regard du modèle de 2004. Ainsi, non seulement le principe de transparence est détaillé dans une disposition particulièrement précise, de huit paragraphes s'étendant sur trois

³⁹⁰ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphes 154-156 tel que traduit in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p. V. également CIRDI, *Metalclad Corp contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; CIRDI, *MTD and MTD contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphes 109-115 ; LCIA, *Occidental Exploration and Production Company contre Equateur*, sentence du 1^{er} juillet 2004, paragraphes 183-186 : « *Although fair and equitable treatment is not defined by the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment « is desirable in order to maintain stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources ». The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment* ».

³⁹¹ CIRDI, *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi contre Turquie* (ARB/02/5), sentence du 19 janvier 2007. V. également CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphes 123-126 ; CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica* (ARB/08/1), sentence du 16 mai 2012, paragraphes 248-249.

³⁹² CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007.

³⁹³ V. l'art. 102 (1) de l'ALENA : « Les objectifs du présent accord, définis de façon plus précise dans ses principes et ses règles, notamment le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et la transparence ».

³⁹⁴ Art. 19 du modèle canadien de 2004.

³⁹⁵ Art. 31 du modèle norvégien de 2007. La transparence est également invoquée dans le préambule et dans deux dispositions consacrées à la transparence des mécanismes de règlement des différends (art. 19 et 21).

pages³⁹⁶, mais une disposition spécifique est consacrée à la publication des lois et décisions³⁹⁷ et une autre à la transparence des procédures arbitrales³⁹⁸.

Elle occupe également une place importante dans la jurisprudence du CIRDI. Dans l'affaire *Metalclad*, le tribunal arbitral a considéré que le défaut de transparence des réglementations nationales en matière d'admission des investissements était une violation du traitement juste et équitable³⁹⁹. Il définit l'obligation de transparence ainsi :

« *The Tribunal understands this [transparency] to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities (...) become aware of any scope of misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws* »⁴⁰⁰.

Le Tribunal fait donc de la transparence un élément constitutif du traitement juste et équitable. Malgré l'annulation de cette sentence par les tribunaux de Colombie britannique, qui ont considéré que l'exigence de transparence n'était pas un élément du traitement juste et équitable⁴⁰¹, il demeure que la place essentielle prise par ce principe oblige à l'intégrer au traitement juste et équitable.

D'ailleurs, la même solution a été adoptée dans l'affaire *Maffezini*, dans laquelle le tribunal a noté que :

« le manque de transparence qui a caractérisé la conclusion de cette transaction de prêt est incompatible avec l'engagement pris par l'Espagne de veiller à ce que l'investisseur reçoive un traitement juste et équitable conformément à l'article 4(1) [du traité bilatéral d'investissement] »⁴⁰².

Enfin, un dernier principe, découlant également de la bonne foi, fait partie du standard du traitement juste et équitable : il s'agit de l'interdiction de l'abus de droit et de l'« *abuse of authority* ». Ce principe a vocation à prévenir l'investisseur contre un comportement arbitraire de l'Etat. Les traités bilatéraux contiennent parfois une disposition spécifique contre les comportements arbitraires ou discriminatoires, même si cette interdiction fait pleinement

³⁹⁶ Art. 11 du modèle américain de 2012.

³⁹⁷ *Ibid.*, art. 12.

³⁹⁸ *Ibid.*, art. 29.

³⁹⁹ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, paragraphe 76.

⁴⁰¹ Cour suprême de Colombie britannique, *Mexique contre Metalclad Corporation*, arrêt du 2 mai 2001.

⁴⁰² CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000, paragraphe 83, tel que traduit in OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, OECD Publishing, Paris, 2004, 45 p.

partie du traitement juste et équitable et même du droit international coutumier. Comme le note Bin Cheng, ce principe découle directement de la bonne foi et fait partie du droit international général :

« *Discretion must be exercised in good faith, and the law will intervene in all cases where this discretion is abused... Whenever, therefore, the owner of a right enjoys a certain discretionary power, this must be exercised in good faith, which means that it must be exercised reasonably, honestly, in conformity with the spirit of the law and with due regard to the interest of others... The exercise of a right – or a supposed right, since the right no longer exists – for the sole purpose of causing injury to another is thus prohibited. Every right is the legal protection of a legitimate interest. An alleged exercise of a right not in furtherance of such interest, but with the malicious purpose of injuring others can no longer claim protection of the law* »⁴⁰³.

Pour considérer que ce principe a été violé, il faudra que la conduite de l'Etat ait été arbitraire ou discriminatoire, qu'elle ait causé un dommage à l'investisseur, mais surtout que l'Etat soit dans l'incapacité de démontrer que son comportement était, en réalité, motivé par une raison objective. Il ne sera alors pas nécessaire de prouver la mauvaise foi ou une intention discriminatoire⁴⁰⁴, mais il faudra quelque chose de plus, comme l'a noté *a contrario* la Cour internationale de Justice dans l'affaire *ELSI* :

« Il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait par elle-même et sans plus, à l'arbitraire. Il serait absurde qu'on puisse dire que, parce que des mesures ont été annulées par une autorité ou une juridiction supérieure, elles étaient arbitraires au sens du droit international. Ce serait ôter à l'arbitraire toute signification utile qui lui soit propre que de l'identifier à la simple illégitimité. Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile »⁴⁰⁵.

Ce « quelque chose de plus » a été trouvé dans l'affaire *Metalclad*, où le tribunal CIRDI considéra que le comportement du Mexique ne pouvait pas se justifier⁴⁰⁶. A l'opposé, le tribunal, dans l'affaire *Alex Genin*, note :

⁴⁰³ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, LI-490 p., pp. 132-134.

⁴⁰⁴ CIRDI, *The Loewen Group, Inc et Raymond L Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/93/3), sentence du 26 juin 2003, paragraphe 132.

⁴⁰⁵ CIJ, *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *CIJ Rec.* 1989, p. 15, paragraphe 124.

⁴⁰⁶ CIRDI, *Metalclad Corp. contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphes 90-97.

« A la lumière de cette conclusion, pour être assimilée à une violation du traité bilatéral d'investissement, il aurait toutefois fallu que toute irrégularité procédurale observée relève de la mauvaise foi, du mépris délibéré du respect des procédures ou de l'extrême insuffisance de l'action. Aucun de ces éléments n'a été constaté dans cette affaire. En résumé, le Tribunal ne considère pas le retrait de la licence comme un acte arbitraire qui viole son « sens de la correction juridique » »⁴⁰⁷.

Somme toute, au regard de la jurisprudence arbitrale, on pourrait considérer que le traitement juste et équitable implique nécessairement l'interdiction du déni de justice et de l'arbitraire, une obligation de transparence, ainsi qu'une obligation de bonne foi et de respect des attentes légitimes. On voit donc que le standard de droit international public affirmé dans l'affaire *Neer* a largement évolué⁴⁰⁸. Ce n'est plus seulement l'action de mauvaise foi par l'Etat qui est condamnée, mais plusieurs actions ou inactions de l'Etat qui pourront constituer des violations du traitement juste et équitable – et même du droit international général – sans qu'il y ait à démontrer la moindre intention de la part de celui-ci⁴⁰⁹.

Il faut, toutefois, noter que les tribunaux seront attentifs au comportement de l'investisseur et aux motivations de l'Etat dans l'appréciation du traitement juste et équitable⁴¹⁰, qui ne s'appliquera pas de façon absolue, mais au regard de la nécessité et de la proportionnalité⁴¹¹. Le Tribunal, dans l'affaire *Joseph Charles Lemire*, précise cette seconde partie du raisonnement :

« The evaluation of the State's action cannot be performed in the abstract and only with a view of protection the investor's rights. The Tribunal must also balance the legally relevant interests, and take into consideration a number of countervailing factors, before it can establish that a violation of the FET standard, which merits compensation, has actually occurred :

- *the State's sovereign right to pass legislation and to adopt decisions for the protection of its public interests, especially if they do not provoke a disproportionate impact on foreign investors ;*
- *the legitimate expectations of the investor, at the time he made his investment ;*
- *the investor's duty to perform an investigation before effecting the investment ;*

⁴⁰⁷ CIRDI, *Alex Genin et al. contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001. V. également CIJ, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *CIJ Recueil* 1989, p. 15.

⁴⁰⁸ V. *supra*, p. 544 et s.

⁴⁰⁹ V., par ex., CIRDI, *Wena contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000, notant que « *even if Egypt did not instigate or participate in the seizure of the two hotels ... there is sufficient evidence to find that Egypt... took no actions to prevent the seizures or to immediately restore Wena's control over the hotels* ». V. également CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphe 129.

⁴¹⁰ CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, paragraphe 285 ; CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphes 114-117 ; CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica* (ARB/08/1), sentence du 16 mai 2012, paragraphes 245-247.

⁴¹¹ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphes 372-373.

- *the investor's conduct in the host country* »⁴¹².

Il demeure que, même si les traités bilatéraux n'emploient pas toujours les mêmes termes concernant le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité et même si la forme des clauses peut différer, ces standards ont pris « corps (...) progressivement grâce à l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux »⁴¹³ et ont maintenant une interprétation relativement uniforme.

Les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence ont ainsi donné vie à ces normes fondamentales de l'ordre juridique international relatif aux investissements, influençant par là-même le droit international public.

Cependant, cette détermination prétorienne du contenu du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité a limité la marge de manœuvre des Etats et, loin de mettre fin aux doutes entourant ces notions, l'œuvre prétorienne a fait naître de nouvelles questions.

B. De nouveaux doutes

La jurisprudence des tribunaux arbitraux a donné un contenu aux standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité qui, s'il n'est pas définitif, revêt un caractère juridique suffisant pour ne plus pouvoir considérer que les arbitres statuent *ex aequo et bono* ou ont une liberté normative totale. Cependant, cette détermination prétorienne a fait l'objet de critiques, non seulement de la part des Etats qui voyaient leur marge de manœuvre limitée (1°), mais également du fait que la méthodologie adoptée crée certains doutes (2°).

⁴¹² CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, paragraphe 285.

⁴¹³ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215.

1°) Des précisions conventionnelles

Comme l'a remarqué Katia Yannaca-Small, certains Etats n'ont pas vu d'un très bon œil la liberté exercée par les arbitres dans la détermination du contenu des standards de traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité, qui s'est avéré dépasser largement le standard minimum de traitement :

« The vagueness of the term, which some say is intentional to give tribunals the possibility to articulate the range of principles necessary to achieve the treaty's purpose in particular disputes, had raised some concern among governments that, the less guidance is provided for arbitrators, the more discretion is involved and the more closely the process resembles decisions ex aequo et bono, ie, based on the arbitrators' notions of « fairness » and « equity » »⁴¹⁴.

Un mouvement a, en tout cas, été entrepris, dès l'ALENA, ayant vocation à préciser ces standards. L'article 1105, relatif à la norme minimale de traitement, prévoit ainsi que :

« 1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ».

La référence dans l'intitulé de cette disposition et l'interprétation authentique retenue⁴¹⁵ ont eu un impact important sur les modèles nord-américains, ceux-ci faisant non seulement référence au droit international, mais également au standard minimum. Par exemple, le modèle canadien de 2004 dispose :

« Article 5 Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigeront pas un traitement plus favorable que

⁴¹⁴ K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130, p. 118.

⁴¹⁵ Commission du libre-échange de l'ALENA, interprétation – obligatoire – donnée en vertu de l'article 2001 (2) c), 21 juillet 2001 : « L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers ».

celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ».

Cette assimilation du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité au standard minimum a un impact important sur le contenu de ces standards, qui se trouve, dès lors, fortement limité.

Cette réaction s'explique probablement au regard des libertés prises par les arbitres dans la détermination du contenu des standards. Ainsi, les Etats-Unis d'Amérique ont voulu encore davantage limiter la liberté des tribunaux arbitraux⁴¹⁶. Dès leur modèle américain de 2004, ceux-ci précisent la référence au traitement juste et équitable et à la pleine et entière protection et sécurité. Le modèle de 2012 reprend exactement la même disposition, précisant non seulement que ces standards ne sont que l'expression du standard minimum de droit international, mais également leur contenu. Cette disposition, ayant « les mérites de la clarté et de la fermeté »⁴¹⁷, prévoit :

« Article 5. Standard minimum de traitement.

1. Chacune des parties contractantes accordera aux investissements couverts par le traité un traitement conforme au droit coutumier international, en ce compris un traitement juste et équitable comme une pleine et entière protection et sécurité.

2. Pour plus de certitude, le paragraphe 1 prescrit le standard minimum de droit coutumier international relatif au traitement des étrangers comme standard minimum de traitement devant être accordé aux investissements couverts par le traité. Les notions de « traitement juste et équitable » comme de « pleine et entière protection et sécurité » n'exigent pas un traitement qui soit au-dessus ou au-delà de ce que requiert ce standard, et ne créent aucun droit matériel supplémentaire. L'obligation, prévue au paragraphe 1, d'accorder :

a) « un traitement juste et équitable » interdit tout déni de justice dans les procédures pénales, civiles, ou administratives, conformément au principe des garanties légales que connaissent les principaux systèmes juridiques ;

b) « une pleine protection et sécurité » exige que chacune des Parties contractantes fournisse le niveau de protection policière qu'exige le droit international »⁴¹⁸.

Cette définition très précise des standards de traitement fixe donc leur contenu, ne laissant guère plus de liberté aux arbitres pour déterminer les éléments constitutifs d'un traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité.

⁴¹⁶ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p.pp. 209-210.

⁴¹⁷ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 673.

⁴¹⁸ Art. 5, paragraphes 1 et 2, du modèle américain de 2004 tel que traduit in P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 673.

Toutefois, ces dispositions, loin de mettre fin aux interrogations entourant la notion de traitement juste et équitable, créent un doute supplémentaire sur ces standards. On peut ainsi se demander si l'interdiction des discriminations ne fait pas partie du standard minimum, s'il faut entendre le « *due process* » au sens procédural ou également matériel et ce que recouvrent réellement ces standards⁴¹⁹. Il demeure, dans tous les cas, que l'intégration d'une définition de ce que sont le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité aboutit finalement à restreindre la portée de ces standards.

Cette position n'est, en tout cas, pas anodine et révèle bien la volonté des Etats-Unis de circonscrire la marge de manœuvre des tribunaux arbitraux, en imprimant le sens de leurs décisions. C'est bien, comme le notait le Professeur Juillard, « l'une des manifestations de l'actuelle défiance des Etats-Unis envers le système arbitral »⁴²⁰.

La définition retenue du contenu des standards est, en tout cas, étonnante. En effet, les Etats-Unis reprennent la définition de la Commission des réclamations américano-mexicaines – qui statuait dans les années 1920 – laissant entendre qu'aucune évolution n'est intervenue depuis cette période. Tel ne semble pas être le cas, car le paragraphe 2 de l'article 5 doit se lire conjointement avec l'Annexe A :

« Annexe A. Droit coutumier international.

Les Parties confirment leur commune interprétation, selon laquelle le « droit coutumier international », de façon générale, et de façon spéciale, tel que mentionné dans l'article 5 (standard minimum de traitement) et dans l'annexe B (expropriation), résulte d'une pratique générale et constante des Etats, que ceux-ci suivent parce qu'ils l'éprouvent comme une obligation juridique. En ce qui concerne l'article 5 (standard minimum de traitement), le standard minimum de droit coutumier international relatif au traitement des étrangers se réfère à l'ensemble des principes du droit international qui protègent les droits et les intérêts économiques des étrangers »⁴²¹.

Le standard minimum étant une norme de droit coutumier international, il suffira donc de démontrer « une pratique générale et constante des Etats, que ceux-ci suivent parce qu'ils l'éprouvent comme une obligation juridique » pour prouver que celui-ci a évolué. L'article 5 s'attache donc finalement à définir « le contenu minimum du standard minimum »⁴²², limitant ainsi la capacité d'innovation jurisprudentielle. Cependant, les tribunaux arbitraux pourront encore prouver, au regard de la *consuetudo* et de l'*opinio juris*, que le droit international coutumier a évolué en la matière. Cette tâche ne sera probablement pas aisée. Dans tous les

⁴¹⁹ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, p 265.

⁴²⁰ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 674.

⁴²¹ Annexe A du modèle des Etats-Unis de 2004, telle que traduite in P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 674.

⁴²² *Ibid.*, p. 674.

cas, une telle évolution du modèle américain, si révélatrice de la défiance des Etats-Unis à l'égard de la jurisprudence arbitrale, est regrettable :

*« in the last few years elements of opinion in the United States, evidencing an antipathy to foreign investment comparable to that shown at the time of the American Revolution, seem intent on crippling a U.S. policy that has endured for more than one hundred fifty years. The new model BIT embodies regressive changes that are deplorable »*⁴²³.

Le juge Stephen Schwebel regrette ainsi les limites imposées par le nouveau modèle américain sur le développement du droit international des investissements, celui-ci venant museler les arbitres en donnant des définitions ne laissant plus aucune marge de manœuvre, et réduisant les possibilités de cristallisation de certaines normes en coutume.

Cette démarche est d'autant plus dommage que le modèle américain jouit d'une capacité de diffusion importante, certains Etats suivant désormais la même démarche. Dans son modèle de 2008, la Colombie précise que :

« 3. Chacune des Parties contractantes protégera sur son territoire les investissements réalisés conformément à sa législation par des investisseurs de l'autre Partie contractante et n'entravera pas par des mesures discriminatoires abusives ou injustifiées, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'extension, la vente et la liquidation desdits investissements.

4. Pour plus de certitude,

a. les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigeront pas un traitement supplémentaire à celui exigé par la norme minimale de traitement des étrangers conformément au droit international coutumier et aux principes généraux de droit inscrits dans les principaux systèmes légaux du monde ;

b. la constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un autre accord international n'implique pas nécessairement qu'il y a eu violation de la norme minimale de traitement des étrangers ;

c. le concept de « traitement juste et équitable » couvre entre autres l'interdiction du déni de justice dans le cadre des procédures pénales, civiles ou administratives conformément au principe de la régularité de la procédure inscrit dans les principaux systèmes légaux du monde ; et

d. la norme de « protection et sécurité intégrales » n'implique en aucun cas un traitement plus favorable que celui accordé aux nationaux de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé »⁴²⁴.

Cette nouvelle définition des standards crée des difficultés, étant donné leur rôle fondamental dans le droit international des investissements. En effet, le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité permettaient, par leur imprécision, d'appréhender un

⁴²³ S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30.

⁴²⁴ Art. III du modèle colombien de 2008. V. également, par ex., l'art. III du TBI Colombie – UEBL, 2009.

grand nombre de comportements, tout en faisant évoluer le droit international des investissements. Or, les arbitres, loin de tomber dans le gouvernement des juges, avaient une approche équilibrée, qui contribuait largement à développer cet ordre juridique spécifique. Désormais, il sera plus difficile de faire évoluer ces standards, d'autant plus que le temps de la jurisprudence n'est pas le même que celui des modifications conventionnelles.

En tout cas, le sort de ces standards révèle que la construction de l'ordre juridique international relatif aux investissements ne se fait pas toujours grâce à l'alliance des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, mais résulte parfois d'une lutte de pouvoirs entre tribunaux arbitraux et Etats. Reste à savoir qui aura le dernier mot et comment une telle disposition sera interprétée par le CIRDI dans l'avenir.

2°) Une convergence des différents standards

La découverte prétorienne du contenu du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité a abouti à une certaine confusion entre les divers standards de protection et de traitement du droit international des investissements. En effet, l'on constate aujourd'hui une convergence entre ces deux standards, mais aussi avec le standard minimum ou l'interdiction des traitements arbitraires et discriminatoires⁴²⁵. Cette convergence résulte de leur reprise quasi-systématique dans la plupart des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs aux investissements ; mais surtout de la proximité des interprétations données, qui aboutit à rendre la distinction entre ces standards bien plus difficile.

Cette convergence – ou confusion – a un impact sur le droit international des investissements, étant donné que la masse de ces standards s'assemble pour constituer un socle minimal du droit international général devant, dans tous les cas, s'appliquer, qu'il existe ou non une convention et permettant ainsi d'étendre l'assise du droit international coutumier en matière d'investissements.

La confusion entre traitement juste et équitable et standard minimum s'explique par la proximité des méthodes. Le standard minimum consiste en un certain nombre d'obligations positives imposées à l'Etat, en vertu du droit international coutumier, dans le traitement des étrangers sur son territoire. Qu'on le considère comme synonyme ou non, le traitement juste et équitable fonctionne de façon similaire, imposant certaines obligations absolues à l'Etat,

⁴²⁵ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, p. 260.

soit en vertu du droit coutumier, soit en vertu du droit conventionnel constitué par les traités bilatéraux d'investissement. Dans ces deux cas, le demandeur devra alors démontrer qu'il a subi un traitement inférieur au standard et en violation des obligations imposées à l'Etat. Le test est ici absolu, et non pas le fruit d'une comparaison entre deux traitements.

A l'opposé, l'interdiction des discriminations implique une telle comparaison. Ainsi, les standards du traitement juste et équitable et de la pleine et entière protection et sécurité sont complétés par l'obligation de droit international de non-discrimination, explicitement rappelée dans les traités bilatéraux d'investissement. Tous les traitements différenciés ne sont pas interdits, la discrimination ne pouvant jouer que pour les situations similaires. Il faut, d'une part, que la mesure crée un préjudice pour l'étranger et, d'autre part, que cet acte ait été fait avec l'intention de créer un tel préjudice. Ce n'est que si ces deux critères sont réunis que la discrimination au sens du droit international pourra être retenue. Ainsi, le traitement plus favorable de ressortissants d'une nationalité au regard d'une autre en vertu d'un traité bilatéral d'investissement ne sera pas qualifié de discrimination – sauf en cas de clause de la nation la plus favorisée – mais l'imposition de mesures plus strictes sur un groupe d'étrangers en raison de leur nationalité et en vue de leur créer un préjudice constituera bien une discrimination.

Le principe de non-discrimination est repris dans une grande majorité de traités⁴²⁶, au titre des dispositions générales relatives au traitement, et vient souvent compléter le standard de traitement juste et équitable – comme dans les accords conclus par le Royaume-Uni ou les Etats-Unis d'Amérique – ou la clause de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. Par exemple, le modèle chinois de 2003⁴²⁷ prévoit, à son article 2, l'interdiction des discriminations et des mesures arbitraires :

*« Without prejudice to its laws and regulations, neither Contracting Party shall take any unreasonable or discriminatory measures against the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of the investments by the investors of the other Contracting Party »*⁴²⁸.

Les tribunaux retiennent une position assez extensive de l'interdiction des discriminations, ne se fondant désormais plus réellement sur l'intention discriminatoire d'un Etat, mais principalement sur le simple effet discriminatoire d'une mesure. C'est ce qui ressort de l'affaire *LG&E* :

« In the context of investment treaties, and the obligation there under non to discriminate against foreign investors, a measure is considered discriminatory if the

⁴²⁶ V. Heiskanen, "Arbitrary and Unreasonable Measures" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 87-110.

⁴²⁷ V., pour un commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

⁴²⁸ Art. 2 – « *Promotion and Protection of Investment* » - paragraphe 3 du modèle chinois de 2003.

intent of the measure used to discriminate or if the measure has a discriminatory effect »⁴²⁹.

Cela s'explique par le fait que l'interdiction des discriminations n'est plus réellement appréciée de façon autonome, les traitements discriminatoires étant considérés comme des violations du traitement juste et équitable. C'est en tout cas ce qu'ont affirmé plusieurs tribunaux arbitraux et, en particulier le tribunal statuant dans l'affaire *Saluka contre République tchèque*⁴³⁰. De plus, l'interdiction des mesures discriminatoires est, en général, complétée, dans les traités bilatéraux d'investissement, par des dispositions relatives spécifiquement aux discriminations à raison de la nationalité, à savoir les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. Dès lors, pour prouver la discrimination, l'investisseur lésé devra simplement prouver qu'il a été soumis à un traitement moins favorable que celui accordé à un national – et l'on se rapproche alors du traitement national – ou à un autre étranger – cette situation relevant alors d'une violation du traitement de la nation la plus favorisée. L'Etat défendeur peut alors justifier son action, en démontrant, par exemple, qu'il n'existe pas réellement de différence de traitement ou que les situations dans lesquelles se trouvent les deux investisseurs ne sont pas comparables ou encore qu'il existe une raison objective, raisonnable et valide de traiter ceux-ci de façon différente⁴³¹.

Cependant, la confusion règne aujourd'hui parmi les standards, ne permettant plus réellement de les distinguer, mais surtout rendant l'assise du traitement juste et équitable de plus en plus large, au point de recouvrir différentes obligations, y compris celles de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée⁴³². Comme le remarque le Tribunal dans l'affaire *SD Myers* :

*« it is submitted that the right to fair and equitable treatment goes much further than the right to most-favored-national and to national treatment (...) so general a provision is likely to be almost sufficient to cover all conceivable cases, and it may well be that provisions of the Agreement affording substantive protection are not more than examples of specific instances of this overriding duty »*⁴³³.

Cette assimilation des différents standards pousse à s'interroger sur la conformité d'une telle interprétation avec les principes normalement retenus en droit international et tels qu'ils

⁴²⁹ CIRDI, *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité, 3 octobre 2006, paragraphe 146.

⁴³⁰ CPA / CNUDCI, *Saluka BV contre République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphes 468-470 : un traitement arbitraire ou discriminatoire « does not therefore differ substantially from a violation of the « fair and equitable treatment » standard ».

⁴³¹ V. *infra*, p. 690 et s.

⁴³² T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, p. 261.

⁴³³ CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 265, citant F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254.

ressortent de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁴³⁴. La règle générale d'interprétation veut que le :

« traité [soit] interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁴³⁵.

Dès lors, attribuer un même contenu aux différents standards mentionnés dans les traités bilatéraux d'investissement va à l'encontre des principes d'effectivité de l'interprétation et de l'effet utile des dispositions. La convergence de ces standards pose également la question de leur application coutumière. Si l'on considère aujourd'hui que le standard minimum fait partie du droit international coutumier, cette question n'est pas résolue pour le traitement juste et équitable ou la pleine et entière protection et sécurité et, encore moins, pour la non-discrimination, au titre du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. Cependant, si ceux-ci ne peuvent être distingués, il sera difficile d'évaluer quelles obligations sont coutumières et lesquelles sont strictement conventionnelles. Certains auteurs considèrent même que l'ensemble de ces standards constituerait un socle minimal appartenant au droit international coutumier, qui pourrait s'appliquer même à défaut d'assise conventionnelle⁴³⁶.

Les difficultés à distinguer les différents standards mentionnés dans les traités bilatéraux d'investissement aboutissent, par ailleurs, à une nouvelle interprétation de ceux-ci. En effet, la terminologie utilisée étant si large et vague, les tribunaux s'accordent aujourd'hui sur une obligation générale du comportement des Etats, qui doit être conforme aux attentes légitimes des investisseurs. La disparition des différents standards sous la bannière des attentes légitimes, proche de la notion de bonne foi, est un moyen pour les arbitres d'apporter un peu d'ordre et de cohérence dans ce qui apparaît jusqu'alors chaotique⁴³⁷. Un standard global est en train d'apparaître, recouvrant, de façon générale, l'ensemble des obligations de l'Etat dans le traitement des étrangers. Certains s'interrogent même aujourd'hui : « *Standard of treatment or standards of treatment – time will tell* »⁴³⁸.

Les obligations découlant de ce standard global sont résumées dans l'affaire *Waste Management* :

« *despite certain differences of emphasis a general standard (...) is emerging. Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct*

⁴³⁴ V. la Section 3 – Interprétation des traités – de la Partie III – Respect, application et interprétation des traités – de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969, articles 31-33.

⁴³⁵ Art. 31 – Règle générale d'interprétation – de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969.

⁴³⁶ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 300.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 302. Evoquant la non-discrimination, le traitement juste et équitable et les attentes légitimes, ils notent : « *all that is proposed here is to attach a label to something that currently has no name. There appears to have evolved what can now be called a single standard of regulatory treatment, based upon the legitimate expectation of investors to enjoy access to rights of transparency, due process, and non-discrimination in a host country* ».

attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, is discriminatory and exposes to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant »⁴³⁹.

Or, se fonder sur les attentes légitimes de l'investisseur implique nécessairement, pour déterminer leur légitimité, de rechercher un équilibre entre ces attentes et le droit de l'Etat de légiférer et de mener à bien ses politiques, elles aussi légitimes et expressions de la souveraineté même de l'Etat. Un certain nombre de critères s'appliquent, dès lors, dans la détermination de la légitimité de l'action. Sans pouvoir fournir une liste exhaustive des critères à prendre en compte, peuvent figurer parmi ceux-ci :

*« - the level of deprivation, as contrasted against the value and means of investment ;
- the nature and quality of the connection drawn between a valid regulatory goal and the means employed to obtain it ;
- the relative sophistication and level of awareness of the claimant concerning the regulatory environment and the likelihood of potential changes to it ;
- the reasonableness or prudence of the investor in making and maintaining the investment ;
- the relative transparency of the regulatory environment generally and the impugned decision-making process in particular ;
- the absence or presence of due process or procedural fairness in the regulatory environment generally and the impugned decision-making process in particular ;
- the nature of the decision-making process in question (judicial, legislative, or administrative) ; and
- the absence or presence of an improper purpose in making the impugned decision (including, but not limited to, discrimination on the basis of nationality or some other form of intentional, bad faith, or sectarian prejudice) »⁴⁴⁰.*

Cette convergence du standard minimum, du traitement juste et équitable, de la pleine et entière protection et sécurité et de la non-discrimination aboutit ainsi à l'émergence d'un standard global, recouvrant l'ensemble de ces obligations et constituant le fondement normatif de l'ordre juridique international relatif aux investissements⁴⁴¹. Cependant, si ce standard global constitue le seuil minimal de protection des investisseurs, on peut légitimement se

⁴³⁹ CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexico* (n°2) (ARB(AF)/00/3), sentence ALENA du 30 avril 2004, paragraphes 98.

⁴⁴⁰ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, pp. 300-301.

⁴⁴¹ Rudolf Dolzer précise que le standard du traitement juste et équitable « *stands in the very center of many arbitral proceedings and will be considered the strongest pillar of the architecture of contemporary international investment arbitration* » (R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : Judicially Manageable Criteria" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 83-95, p. 84).

demander s'il ne s'agit pas simplement d'un renouveau du standard minimum du droit des étrangers, qui aurait évolué et recouvrerait aujourd'hui davantage d'obligations. Si c'est bien le cas, l'ensemble de ces standards de traitement juste et équitable, de pleine et entière protection et sécurité et de non-discrimination aurait acquis valeur coutumière et s'appliquerait même en l'absence d'assise conventionnelle.

*

Conclusion de la section. Alors que le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité étaient une *terra incognita* il y a tout juste plus d'une décennie, ces standards se sont transformés en véritables fondements normatifs de l'ordre juridique international relatif aux investissements. Même s'ils ont fait – et continuent de faire – l'objet d'oppositions entre les arbitres et les Etats pour la détermination exacte de leur contenu, c'est encore une fois l'œuvre conjointe des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI qui a permis de leur accorder un tel rôle, les traités leur ayant donné vie au travers d'une assise conventionnelle et la jurisprudence leur ayant donné corps.

Par cette action commune, le traitement juste et équitable est devenu la base du « *jus commune* » relatif aux investissements, constituant un principe général du droit international des investissements, comme l'a remarqué le Tribunal statuant dans l'affaire *Sempra* :

« It follows that it would be wrong to believe that fair and equitable treatment is a kind of peripheral requirement. To the contrary, it ensures that even where there is no clear justification for making a finding of expropriation, as in the present case, there is still a standard which serves the purpose of justice and can of itself redress damage that is unlawful and that would otherwise pass unattended. Whether this result is achieved by the application of one or several standards is a determination to be made in the light of the facts of each dispute. What counts is that in the end the stability of the law and the observances of legal obligations are assured, thereby safeguarding the very object and purpose of the protection sought by the treaty »⁴⁴².

Le traitement équitable est donc devenu au droit international des investissements ce qu'était le standard minimum à la condition des étrangers. Loin d'être resté figé aux principes du début du XX^{ème} siècle, le droit international des investissements a évolué au point de constituer aujourd'hui un ordre juridique spécifique, doté de ses propres normes et principes.

⁴⁴² CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, paragraphe 300.

*

Conclusion du chapitre. La question des sources et du droit applicable au droit international des investissements ne s'épuise pas dans la constatation qu'il s'agit d'un droit profondément conventionnel. En effet, au-delà de la jurisprudence qui constitue sans nul doute une source fondamentale, dont on peut même se demander si elle demeure une source subsidiaire dans l'ordre juridique international relatif aux investissements, des normes coutumières et des principes généraux font peu à peu leur apparition dans cet ordre juridique. Même si aucune réponse définitive ne peut être, pour l'instant, apportée à la question de la qualification du standard de la pleine et entière protection et sécurité et, surtout, du traitement juste et équitable, il est indubitable qu'un phénomène de cristallisation est en cours.

La limitation du droit d'exproprier est également considérée comme ayant une assise coutumière. La confrontation des principes relatifs aux expropriations avec le traitement juste et équitable est, par ailleurs, intéressante du fait de l'évolution inversement proportionnée de ces deux standards. Si les traités bilatéraux d'investissement avaient initialement pour objectif principal d'assurer la sécurité des investissements en empêchant les expropriations en dehors des conditions strictes qu'ils fixaient⁴⁴³, ces dispositions ont perdu peu à peu de leur intérêt avec la baisse du nombre d'expropriations, au moins directes. A l'inverse, le traitement juste et équitable est désormais le standard le plus souvent invoqué dans l'arbitrage international, au point qu'on peut aujourd'hui se demander s'il ne va pas remplacer peu à peu les autres standards, voire même les dispositions relatives aux expropriations⁴⁴⁴. Katia Yannaca-Small note ainsi que :

« It has also been increasingly used as an alternative and more flexible way to provide protection to investors in cases where the test for indirect expropriation is too difficult to achieve since the threshold is quite high. It has therefore become a preferred way for tribunals to provide a remedy »⁴⁴⁵.

De même, dans l'affaire *PSEG*, le Tribunal note que :

⁴⁴³ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 233 et s.

⁴⁴⁴ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 119 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 189 et s.

⁴⁴⁵ K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130, p. 111.

« *The standard of fair and equitable treatment has acquired prominence in investment arbitration as a consequence of the fact that other standards traditionally provided by international law might not in the circumstances of each case be entirely appropriate* »⁴⁴⁶.

En tout cas, un mouvement de convergence est en marche, atteignant désormais non seulement les standards de protection, mais aussi les conditions des expropriations, au point que certains tribunaux arbitraux se fondent sur ces différentes clauses. Ainsi, dans l'affaire *Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. (Grèce) contre Egypte*, le Tribunal s'est fondé conjointement sur le traitement juste et équitable et sur la disposition relative aux expropriations :

« que le traité bilatéral d'investissement demande que les investissements des investisseurs d'une partie contractante bénéficient à tout moment d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité totales sur le territoire de l'autre partie contractante. Cette disposition du traité bilatéral d'investissement doit être considérée comme présentant une pertinence particulière au regard de la protection spéciale accordée en vertu de l'article 4 contre les mesures assimilables à une expropriation, et à l'exigence relative à l'application régulière de la loi énoncée à l'article 4.a) (...). Le Tribunal estime que la procédure appliquée de fait ici ne respecte pas les exigences énoncées aux articles 2.2 et 4 du traité bilatéral d'investissement »⁴⁴⁷.

En tout cas, l'ensemble de ces standards, entendus comme le traitement juste et équitable *lato sensu* et la limitation du droit d'exproprier, est considéré comme la pierre angulaire de l'ordre juridique international relatif aux investissements, et assure la protection et la sécurité de l'investissement, permettant, en grande partie, la promotion de ceux-ci.

⁴⁴⁶ CIRDI, *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation et Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi contre Turquie* (ARB/02/5), sentence du 19 janvier 2007, paragraphe 238.

⁴⁴⁷ CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), décision du 12 avril 2002.

CHAPITRE 6

LE RENOUVEAU DU DROIT DES EXPROPRIATIONS

Le manque d'actualité, pendant des années, des mesures d'expropriation⁴⁴⁸ pousse à s'interroger sur l'intérêt de la récurrence des dispositions relatives aux expropriations dans les traités bilatéraux d'investissement. Ces clauses, qui ne sont d'ailleurs qu'une expression du droit coutumier, auraient pu être abandonnées depuis longtemps. Pourtant, elles constituent encore aujourd'hui l'une des dispositions centrales des traités bilatéraux d'investissement et l'un des fondements principaux des arbitrages dans le cadre du CIRDI⁴⁴⁹. Plusieurs raisons justifient un tel état de fait.

L'importance du droit relatif aux expropriations tient, tout d'abord, au fait que l'expropriation est le risque politique le plus grave auquel est soumis l'investisseur⁴⁵⁰. Etant donné que ce dernier opère sur le territoire d'un Etat, il sera soumis à sa compétence législative d'édiction, mais aussi à sa compétence d'exécution, l'Etat pouvant décider de modifier sa politique économique et de déposséder les investisseurs étrangers de leurs investissements.

Ensuite, le régime juridique de l'expropriation, même s'il est aujourd'hui acquis et relativement stable, a fait l'objet de controverses. En effet, les vifs débats relatifs au Nouvel ordre économique international, ainsi que les vagues de nationalisation, ont entraîné de nombreuses incertitudes sur les conditions de la licéité des expropriations, dont on reconnaît toutefois qu'il s'agit d'un droit inaliénable de l'Etat. Bien que le débat soit aujourd'hui bien moins passionné – même si certains événements récents en Amérique latine⁴⁵¹ ou la crise

⁴⁴⁸ Dominique Carreau et Patrick Juillard notent, à cet égard, que « les transferts du secteur privé vers le secteur public deviennent rares. L'Etat, en tous lieux, tend à se faire modeste. La priorité des priorités est devenue le délestage, c'est-à-dire le transfert du secteur public vers le secteur privé ». V. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 548.

⁴⁴⁹ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 171.

⁴⁵⁰ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

⁴⁵¹ V. not., la situation au Venezuela, en Bolivie, en Equateur et en Argentine. V. également G. Bastid-Burdeau, "Nationalisations : le retour ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 257-261.

économique mondiale pourraient très vite le ranimer⁴⁵² – il a laissé quelques incertitudes, méritant des précisions conventionnelles. Cette récurrence des dispositions relatives aux expropriations serait donc tant un moyen de préciser le régime juridique que de conjurer cette histoire mouvementée.

Enfin – et surtout – la diversité des mesures d'expropriation donne une nouvelle actualité à ces mesures. En effet, le terme d'expropriation est utilisé de façon générique, entendu comme « une mesure attribuable à l'Etat décidant, de manière directe ou indirecte, formelle ou informelle, le transfert forcé au secteur public de propriétés privées, qu'il s'agisse de droits corporels ou incorporels, et ce dans l'intérêt public »⁴⁵³ ; mais peut se décliner sous diverses formes.

A cet égard, il faut noter que la distinction française entre les notions d'expropriation et de nationalisation ne vaut pas réellement en droit international, ces termes étant utilisés de façon interchangeable et considérés comme synonymes⁴⁵⁴. De même, le terme de « dépossession »⁴⁵⁵ est parfois utilisé, en particulier dans les modèles français⁴⁵⁶, pour révéler le caractère extensif des mesures d'expropriation, comme synonyme de la notion anglaise de « *taking of property* ». Cependant, cette utilisation ne semble pas opportune, celle-ci constituant un contresens juridique dans le sens où la dépossession n'est pas un transfert, mais un démembrement du droit de propriété⁴⁵⁷.

La définition extensive retenue généralement de l'expropriation, comme « ayant pour effet de priver, *de jure* ou *de facto*, le propriétaire des attributs essentiels du droit de propriété (*usus, abusus, fructus*) »⁴⁵⁸ permet d'étendre le régime de l'expropriation à des mesures

⁴⁵² Geneviève Bastid-Burdeau insiste sur « le grand retour de l'Etat sous la pression de la crise économique ». Voir G. Bastid-Burdeau, "Nationalisations : le retour ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 257-261, p. 257.

⁴⁵³ S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698, p. 685.

⁴⁵⁴ L'expropriation désigne un transfert de propriété d'un bien individualisé du secteur privé au secteur public *lato sensu*, comprenant l'Etat, mais également les collectivités territoriales, les organismes publics ou délégataires de services publics. En droit français, l'expropriation résulte d'un acte administratif unilatéral, soumis au contrôle du juge, administratif pour la validité de la mesure d'expropriation et judiciaire pour ce qui concerne l'indemnisation. La nationalisation vise, quant à elle, le transfert d'une collection de biens, pas nécessairement individualisés – soit que cela recouvre un monopole, soit qu'elle vise un secteur de l'économie – du secteur privé au secteur public. Ce transfert s'effectue, en général, au bénéfice de l'Etat et ne peut résulter, en droit français, que d'une loi en vertu de l'article 34 de la Constitution. Le contrôle du juge est donc allégé, cette loi ne pouvant être soumise qu'au Conseil Constitutionnel. V. not. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 548 et s.

⁴⁵⁵ V., pour un commentaire sur l'utilisation de ce terme, CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphes 192-195.

⁴⁵⁶ Les traités bilatéraux d'investissement conclus par la France faisaient souvent référence à « toute mesure d'expropriation ou nationalisation ou toute autre mesure de dépossession ». Dans son modèle de 2006, la France a, toutefois, quelque peu modifié cette formule, lui préférant celle relative aux « mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés ».

⁴⁵⁷ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 548 et s.

⁴⁵⁸ S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698, p. 686.

n'impliquant pas un transfert du titre de propriété. Ces mesures qualifiées de mesures équivalentes, d'effet équivalent à des mesures de nationalisation ou d'expropriation, d'expropriations rampantes ou encore, de façon générique, d'expropriations indirectes, ont pour effet de priver, en tout ou en partie, l'investisseur de ses droits sur l'investissement⁴⁵⁹.

D'autres mesures ayant un impact sur la propriété de l'investissement peuvent intervenir, mais elles n'ont qu'un champ anecdotique. C'est le cas de la confiscation qui aboutit, certes, à un transfert de propriété d'une personne privée à une personne publique, mais qui intervient toujours en guise de sanction pénale⁴⁶⁰ ; ou de la réquisition, qui est une institution du *jus in bello* – du moins à l'origine – et qui consiste en un transfert de la jouissance ou de la propriété d'un bien au bénéfice des armées d'occupation et ordonné par celles-ci de façon à pourvoir à leur entretien sur le territoire occupé. Cet acte donne droit à une indemnité de réquisition. Il en est de même de la « spoliation », qui n'a juridiquement aucun sens particulier, et qui fait référence de façon générale à une atteinte au droit de propriété ou à l'un de ses démembrements, dès lors que cette atteinte n'est pas réalisée conformément au droit applicable et, notamment, si elle ne satisfait pas l'obligation indemnitaire.

Seules les expropriations, entendues *lato sensu* comme recouvrant les expropriations directes et indirectes, relèvent de cette étude. Il est certain que les expropriations directes ne sont plus réellement d'actualité, la victoire du libéralisme économique poussant davantage les Etats à la privatisation ; de même que la foi dans l'investissement international comme vecteur de développement économique empêche les Etats de prendre toute mesure, qui pourrait avoir un effet négatif sur l'attractivité du territoire pour les capitaux étrangers. Cependant, les expropriations indirectes ont parfois pris le relais⁴⁶¹. Sont donc couvertes tant les mesures affectant le titre de propriété que celles affectant le contrôle ou la substance des droits du propriétaire.

Les dispositions des traités bilatéraux d'investissement ont permis une telle évolution. En précisant les conditions de l'expropriation, la licéité de ces mesures ne créait guère plus de difficulté, alors que la flexibilité des mesures visées dans ces clauses – expropriations directes et indirectes, mesures équivalentes ou d'effet équivalent... – ouvrait un nouveau débat sur la qualification des mesures d'expropriation. Les arbitres avaient alors toute latitude pour déterminer le champ des mesures indemnisables. Les enjeux d'une telle qualification ont,

⁴⁵⁹ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p 4.

⁴⁶⁰ En France, elle a pu prendre deux formes : d'une part, la confiscation générale qui porte sur la totalité du patrimoine d'une personne privée, mais qui n'existe plus aujourd'hui ; d'autre part, la confiscation spéciale, qui existe encore en droit français, not. pour les infractions cambiaires (loi du 28 décembre 1966) et qui consiste à confisquer la somme sur laquelle portait l'infraction et les moyens utilisés pour la commission de celle-ci. La confiscation intervenant à titre de sanction, elle ne donne pas droit à indemnisation.

⁴⁶¹ Pour des exemples d'expropriations indirectes, également qualifiées de « *regulatory expropriation* », pour reprendre l'expression du Cinquième Amendement à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, v. CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphes 95 et s. ; *Metalclad Corp contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 102 et s..

toutefois, poussé certains Etats à revoir leurs modèles de traités bilatéraux d'investissement, afin de définir plus clairement les expropriations indirectes et, surtout, de les distinguer des mesures de régulation qu'ils pouvaient adopter et qui tombaient, parfois, sous le coup d'une obligation d'indemnisation. La relation entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI a ainsi permis de créer un nouveau droit de l'expropriation, plus moderne et plus adapté aux besoins actuels de la société internationale.

Ainsi, c'est bien ce caractère polymorphe qui a rendu aux expropriations leur actualité. Si le droit souverain de l'Etat d'exproprier est reconnu depuis longtemps et que ses conditions ne créent plus réellement de difficulté (Section 1), c'est aujourd'hui le caractère extensif de la notion elle-même qui a abouti à un renouveau du droit de l'expropriation, l'opération de qualification étant souvent difficile et mettant en jeu l'un des droits essentiels de l'Etat, sa liberté normative (Section 2).

SECTION 1. UNE LIMITATION GENERALE DU DROIT D'EXPROPRIER

Le droit d'exproprier est reconnu et fait partie des prérogatives souveraines des Etats. Toutefois, si le droit est universellement admis, ses modalités d'exercice ont fait l'objet de nombreux débats et ne font pas toujours l'unanimité. Les Etats ont alors préféré préciser les conditions en passant par la voie conventionnelle. Les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI, en limitant la portée du droit d'exproprier (Paragraphe 1) et en soumettant chaque expropriation à l'obligation d'indemniser (Paragraphe 2), ont ainsi permis de restaurer un climat favorable à l'investissement en rétablissant la confiance des investisseurs.

PARAGRAPHE 1. L'EXPROPRIATION, UN DROIT ENCADRE

Le droit relatif aux expropriations a été probablement l'une des questions les plus débattues en droit international économique. Profondément liée à la souveraineté des Etats, la définition

des conditions d'exercice de ce droit a été au centre des revendications d'un Nouvel ordre économique international. L'histoire de ce phénomène (A) permet de comprendre le caractère fondamental des clauses relatives aux expropriations dans les traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence qui en découle (B).

A. Le droit d'exproprier

La reconnaissance du droit d'exproprier est fondamentalement liée à celle de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Avec l'accession à l'indépendance, les anciennes colonies ont compris qu'elles n'acquerraient réellement leur souveraineté, sans son pendant économique. Le droit international a donc pris acte de cette reconnaissance unanime du droit d'exproprier (1°), les conditions d'exercice faisant cependant l'objet de nombreux débats (2°).

1°) Une reconnaissance unanime

Avec l'indépendance des anciennes colonies, le droit d'exproprier s'est affirmé, de façon à permettre à l'Etat de retrouver le contrôle de ses ressources naturelles. Ainsi, par exemple, la Charte des droits et devoirs économiques des Etats affirme-t-elle :

« 2. Chaque Etat a le droit :

a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ;

b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa ;

c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers »⁴⁶².

Ce droit de nationaliser est considéré comme une norme de droit international coutumier. René-Jean Dupuy notait, dans la sentence *Texaco-Calasiatic* que :

« le droit d'un Etat de procéder à des nationalisations n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier, établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant de droit. L'exercice de la compétence étatique de nationaliser est considéré comme l'expression de sa souveraineté territoriale »⁴⁶³.

Si le droit de l'Etat d'exproprier est bien une conséquence de sa souveraineté⁴⁶⁴, on peut se demander s'il peut renoncer à l'exercice de ce droit. Cette possibilité renvoie aux clauses d'intangibilité, dont l'objet est de mettre l'investisseur « à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'Etat hôte peut tenir de son droit national à l'égard de son cocontractant »⁴⁶⁵, ou de stabilisation, qui limitent « l'exercice par l'Etat de sa compétence législative »⁴⁶⁶. La jurisprudence a systématiquement reconnu la possibilité pour l'Etat de renoncer à son droit d'exproprier, certains arbitres en ayant fait une conséquence même de la souveraineté de l'Etat⁴⁶⁷, alors que d'autres ont eu une position plus restrictive en considérant qu'il fallait nécessairement que l'Etat ait renoncé sans équivoque et pour une durée limitée à son droit de nationaliser⁴⁶⁸. Ces précisions ont fait naître ce que l'on a qualifié de clause de non-nationalisation, qui :

« s'inscri[ven]t incontestablement dans un courant modéré qui se soucie de donner leur juste place aux prérogatives de souveraineté, sans sacrifier pour autant la nécessité de protéger les intérêts des investisseurs »⁴⁶⁹.

Même si le renoncement de l'Etat à son droit de nationaliser est admis, il obéit donc à des limites précises et ne sera, en tout cas, que de durée limitée. Cependant, l'investisseur en

⁴⁶² Art. 2, paragraphe 2, de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, rés. 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 1974. V. également la rés. 1803 (XVII) de l'Assemblée générale sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 14 décembre 1962.

⁴⁶³ Paragraphes 59 et 60 de la S.A. rendue par René-Jean Dupuy dans l'affaire *Texaco Calasiatic contre Gouvernement libyen*, 17 janvier 1977. V. également, pour commentaire, G. Cohen-Jonathan, "L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen : décision au fond du 19 janvier 1977", *AFDI*, vol. 23, n° 1, 1977, pp. 452-479 ; J.-F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères (Arbitrage Texaco/Calasiatic c. Gouvernement Libyen)", *JDI*, vol. 104, n° 2, 1977, pp. 319-389.

⁴⁶⁴ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

⁴⁶⁵ P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" *in Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 307 et s., pp. 307-308.

⁴⁶⁶ *Id.*

⁴⁶⁷ V. not., S.A. *Aramco* du 23 août 1958 ; S.A. *Texaco-Calasiatic* du 19 janvier 1977 ; CIRDI, *AGIP S.p.A. contre Congo* (ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979, paragraphe 81 et s.

⁴⁶⁸ V. S.A. *Aminoil* du 24 mars 1982. V. également CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986.

⁴⁶⁹ E. Gaillard, "Centre International pour le Règlement de Différends Relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) : Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, vol. 115, 1988, pp. 165-188, P ; 179.

l'absence de garantie individuelle de l'Etat, ne se trouve pas totalement dépourvu, car si le « transfert autoritaire de propriété d'un investisseur étranger à l'Etat »⁴⁷⁰ est admis, son exercice est, toutefois, soumis à un certain nombre de conditions. Ce sont d'ailleurs, en réalité, ces conditions qui ont été au centre des débats, et non l'existence du droit d'exproprier. Ainsi, par exemple, la résolution des Nations Unis sur la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles prévoit-elle :

« 4. La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des Etats souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international. »⁴⁷¹

Ces conditions ne sont pas totalement reprises dans la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, qui prévoit seulement le versement d'une

« indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au principe du libre choix des moyens. »⁴⁷².

On constate donc que les conditions qui primaient en 1962, en particulier que l'expropriation se fonde sur l'utilité publique et donne lieu à une indemnisation adéquate, conforme au droit interne de l'Etat et au droit international, ont disparu pour laisser place à une expropriation entièrement soumise en droit interne de l'Etat et à ses tribunaux locaux.

Cette évolution reflète les conceptions de l'époque et, en particulier, celle des Etats nouvellement indépendants – et majoritaires. A l'inverse, les principaux pays exportateurs de capitaux ont une vision plus limitative de ce droit d'exproprier. La doctrine traditionnelle considère que si un Etat prive un étranger de sa propriété, le litige qui en naît doit être soumis au droit international et pourra être jugé par des instances elles-mêmes internationales. Il s'ensuit que la responsabilité internationale de l'Etat pourra être recherchée sur le fondement

⁴⁷⁰ G. Bastid-Burdeau, "Nationalisations : le retour ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 257-261.

⁴⁷¹ Rés. 1803 (XVII) Souveraineté permanente sur les ressources naturelles du 14 décembre 1962

⁴⁷² Rés. 3281 (XXIX) Charte des droits et devoirs économiques des Etats du 12 décembre 1974.

d'une violation des standards de traitement. De plus, cette nationalisation ne serait légale que si elle était faite dans l'intérêt public, sans discrimination et si elle donnait lieu à une indemnisation prompte, adéquate et effective.

A l'opposé, les pays du Tiers Monde, de l'ancien bloc soviétique ou ceux attachés à la doctrine Calvo considèrent que c'est le droit national qui doit régler les expropriations et définir les conditions de leur licéité. Dès lors, les litiges relatifs à de tels actes devraient être soumis aux tribunaux de l'Etat en cause⁴⁷³.

Il demeure, en tout cas, que le droit d'exproprier est soumis à un certain nombre de conditions, qui détermineront la licéité de la mesure.

2°) La licéité des mesures d'expropriation

S'il existe bien un droit, universellement reconnu, d'exproprier, la question de la licéité d'une expropriation se pose toujours. Dans quelles conditions doit être exercé le droit d'exproprier pour que l'expropriation soit considérée comme licite ? Au-delà de la question de la licéité, c'est bien celle de l'effectivité internationale – à savoir de l'aptitude à produire des effets en dehors du territoire national – qui se pose. La mesure d'expropriation portera alors son plein effet sur le territoire national, mais pourra souffrir d'un manque d'effectivité internationale si la nationalisation n'est pas considérée comme licite, les biens de l'entreprise désormais publique pouvant être saisis en cas d'exportation. Il faudra donc que l'Etat se soumette aux conditions posées par le droit international pour ne pas subir les inconvénients d'une expropriation considérée comme illicite. Tout le problème est alors de savoir en quoi consistent ces conditions en droit international.

Même si aujourd'hui la question de la licéité des expropriations en droit international général ne se pose guère plus, du fait de l'omniprésence des traités bilatéraux d'investissement, la jurisprudence passée a permis de définir les conditions⁴⁷⁴, permettant à une mesure de nationalisation ou d'expropriation de jouir d'une pleine effectivité internationale.

⁴⁷³ T. Mobido Ocran, "Bilateral Investment Protection Treaties : A Comparative Study", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, n° 3, 1987, pp. 401-429, pp. 410-414.

⁴⁷⁴ V. not. S.A., British Petroleum contre Libye, sentence du 10 octobre 1973 ; S.A., Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company (TOPCO/Calasiatic) contre Libye, sentence au fond du 19 janvier 1977 ; S.A., Libyan American Oil Company (Liamco) contre Libye, sentence du 12 avril 1977. V. également CIRDI, Kaiser Bauxite Company contre Jamaica (ARB/74/3), sentence du 6 juillet 1975 ; CIRDI, Adriano Gardella S.p.A. contre Côte d'Ivoire (ARB/74/1), sentence du 29 août 1977 ; CIRDI, AGIP S.p.A. contre Congo (ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979 ; CIRDI, S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre Congo (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980 ;

Tout d'abord, la mesure d'expropriation ou de nationalisation devra être prise dans l'intérêt public. Cela implique qu'une mesure de nationalisation ou d'expropriation ne pourra produire d'effet si elle est prise dans l'intérêt privé de celui qui l'édicte. Certains ont considéré que cette condition impliquait que l'expropriation fasse entrer les biens dans un patrimoine public ; ou encore que la condition d'intérêt public équivalait, en quelque sorte, à la condition de non-discrimination. Une mesure d'expropriation ou de nationalisation, empreinte de discrimination, serait nécessairement contraire à l'intérêt public. Ainsi, dans la sentence *BP*, la nationalisation avait un fondement discriminatoire et visait seulement une entreprise britannique. L'arbitre unique a estimé que la nationalisation était illicite du fait qu'elle ne satisfaisait pas la condition de non-discrimination et donc n'était pas prise en vertu de l'intérêt public.

La condition de non-discrimination peut également, parfois, être considérée comme une condition autonome⁴⁷⁵. Ce principe général et transversal de droit international doit être manié avec précaution, car le grief de discrimination ne peut jouer que vis-à-vis des personnes qui se trouvent dans la même situation juridique. Si un Etat exproprie ou nationalise indistinctement tous les biens des étrangers, mais pas de ses ressortissants, la mesure d'expropriation ou nationalisation ne sera pas discriminatoire, car les nationaux et les étrangers sont deux groupes dans des situations juridiques distinctes. En revanche, il pourra y avoir discrimination, lorsqu'à l'intérieur d'une même population, l'Etat crée des sous-catégories, isole des sous-ensembles pour les soumettre à des traitements différenciés, même si parfois, ces mesures peuvent trouver des justifications raisonnables, comme lorsqu'il s'agit de contre-mesures ou de mesures de rétorsion⁴⁷⁶.

Par ailleurs, la mesure doit respecter la condition de forme du *due process of law*, à savoir qu'elle doit satisfaire aux exigences d'une procédure régulière⁴⁷⁷.

CIRDI, Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984 ; CIRDI, Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986 ; CIRDI, Atlantic Triton Company Limited contre Guinée (ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986 ; CIRDI, Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988 ; CIRDI, Mobil Oil Corporation et autres contre Nouvelle-Zélande (ARB/87/2), décision du 4 mai 1989 ; CIRDI, Vacuum Salt Products Ltd. contre Ghana (ARB/92/1), sentence du 16 février 1994.

⁴⁷⁵ V. en particulier A. F. M. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment : An Overview", *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 8, n° 1, 1998, pp. 57-77.

⁴⁷⁶ V. S.A., *British Petroleum contre Libye*, sentence du 10 octobre 1973.

⁴⁷⁷ V., sur ces conditions, R. Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *AJIL*, vol. 75, n° 3, 1981, pp. 553-589 ; R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t. 176, III, 1983, pp. 259-391 ; P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past - Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 474-505 ; A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205 ; A. Sheppard, "The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation", *World Arbitration and Mediation Review*, vol. 2, n° 1-2, 2008, pp. 137-160.

Enfin, la mesure ne doit pas être spoliatrice, à savoir qu'elle doit donner lieu à indemnisation⁴⁷⁸. Les règles relatives à l'indemnisation ont fait l'objet de nombreux débats. Certains Etats soutiennent qu'une nationalisation sans indemnisation peut être licite, étant donné qu'il revient à l'Etat procédant à la nationalisation de déterminer les conditions appropriées du paiement d'une possible indemnisation.

De plus, même lorsque le principe d'une compensation est accepté, les conditions de sa mise en œuvre demeurent controversées. La doctrine traditionnelle, telle qu'exprimée par la formule de Hull⁴⁷⁹, précise que le paiement de la compensation doit être prompt, effectif et adéquat, même si l'on retrouve parfois également les notions de justice ou d'indemnité équitable ou appropriée. Cette condition d'une indemnisation prompte, adéquate et effective était considérée comme relevant du droit international coutumier pour les pays du Nord, alors que ce n'était pas le cas pour les pays en développement. Selon eux, il faudrait s'attacher non seulement à la nature et à l'ampleur de la nationalisation, mais aussi à la conjoncture économique de l'Etat nationalisant, d'une part, et de l'investissement nationalisé, d'autre part, afin de déterminer les modalités de l'indemnisation. Dès lors, différentes formules d'indemnisation sont apparues se fondant, pour les principales, soit sur la valeur du marché, soit sur la valeur de remplacement, soit encore au prix de vente des biens.

Les nombreux débats entourant les modalités de l'expropriation et le caractère coutumier de ces conditions ont abouti à une « conventionnalisation » des principes de l'expropriation, tant dans des accords multilatéraux que bilatéraux. Ainsi, par exemple, le Projet d'Accord Multilatéral sur l'Investissement de l'OCDE prévoit, dans la Partie IV relative à la protection de l'investissement :

« Une partie contractante ne peut exproprier ou nationaliser directement ou indirectement un investissement réalisé sur son territoire par un investisseur d'une autre partie contractante, ni prendre une ou plusieurs mesures d'effet équivalent (ci-après dénommées « expropriation »), sauf lorsque cette expropriation :

- a) est effectuée pour des motifs d'intérêt public,
- b) n'est pas discriminatoire,
- c) respecte les garanties prévues par la loi, et
- d) est accompagnée du prompt versement d'une indemnité adéquate et effective conformément aux articles 2.2 à 2.5 ci-dessous ».

⁴⁷⁸ V. not. I. Marboe, "Compensation and Damages in International Law : The Limits of "Fair Market Value"", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, n° 5, 2006, pp. 723-759 ; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-429 p. ; I. Marboe, "Compensation in International Investment Law and Arbitration" in A. Bjorklund, I. A. Laird and S. Ripinsky, *Remedies in International Investment Law. Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2009, pp. 29-40 ; B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration - Principles and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XXIII-256 p.

⁴⁷⁹ V. *infra*, p. 612 et s.

Il est ajouté que l'indemnité doit être versée sans retard et être équivalente à la valeur loyale et marchande de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement l'expropriation. Elle doit être, par ailleurs, pleinement réalisable et librement transférable et inclure les intérêts fixés aux conditions du marché, entre la date de l'expropriation et la date du paiement effectif.

Les traités internationaux relatifs aux investissements et, en particulier, les traités bilatéraux d'investissement ont donc vocation à préciser les conditions de la licéité de l'expropriation, permettant ainsi de restaurer la confiance des investisseurs.

B. Des précisions du droit international des investissements

L'objectif principal des traités bilatéraux d'investissement est la protection des investissements. Dès lors, si ces accords reconnaissent le droit d'exproprier, celui-ci sera nécessairement limité par des conditions permettant de restreindre son champ. Ces conditions, reprises du droit international général, sont précisées et leur application est rendue systématique par les traités bilatéraux qui les incluent expressément dans leurs dispositions (1°), auxquelles les tribunaux arbitraux ont donné vie (2°).

1°) La reprise de conditions classiques

Si le droit de nationaliser est unanimement reconnu, sa portée, ainsi que ces conditions ont fait l'objet de débats au point de rendre nécessaire des précisions conventionnelles. Pourtant, les traités bilatéraux d'investissement n'innovent pas sur cette question et reprennent systématiquement les conditions du droit international coutumier, à savoir que la nationalisation doit être faite dans l'intérêt public, de façon non-discriminatoire, conformément au droit et en contrepartie d'une juste indemnisation pour être licite.

Aujourd'hui, la nature coutumière des conditions de l'expropriation ne fait pas de doute et il est évident que les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI ont

largement contribué à asseoir ce droit international général⁴⁸⁰. En effet, tous les traités bilatéraux d'investissement ne prévoient pas toujours que l'investisseur aura droit à une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation ; mais il y a aujourd'hui un consensus sur l'application de cette doctrine, malgré sa contestation initiale. Comme le notait le tribunal dans l'affaire *CME* :

*« The possibility of payment of compensation determined by the law of the host State (...) has disappeared from contemporary international law as it is expressed in investment treaties in such extraordinary numbers, and with such concordant provisions, as to have reshaped the body of customary international law itself »*⁴⁸¹.

Cependant, les arbitres ne précisent, en général, pas si leurs considérations sur les expropriations se fondent sur les dispositions du traité ou sur le droit international coutumier⁴⁸². Cela ressort davantage des traités bilatéraux d'investissement, qui affirment parfois explicitement leur simple intention de codification du droit international coutumier en la matière. Par exemple, dans leur modèle de 2012, les Etats-Unis d'Amérique précisent que :

*« L'article 6 (...) est censé refléter le droit international coutumier concernant les obligations des Etats au sujet de l'expropriation »*⁴⁸³.

Une telle position est partagée par l'OCDE, qui note que le débat sur la protection de l'investissement en droit coutumier n'était plus d'actualité :

*« Two decades ago, the disputes before the courts and the discussions in academic literature focused mainly on the standard of compensation and measuring of expropriated value. The divergent view of the developed and developing countries raised issues regarding the formation and evolution of customary law. Today, the more positive attitude of countries around the world toward foreign investment and the proliferation of bilateral treaties and other investment agreements requiring prompt, adequate and effective compensation for expropriation of foreign investments have largely deprived the debate of practical significance for foreign investors »*⁴⁸⁴.

Historiquement, toutefois, la nature coutumière des conditions de l'expropriation n'était pas acquise et a justifié l'intégration de celles-ci dans les traités, en particulier les traités d'amitié,

⁴⁸⁰ J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80, pp. 63-64 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁴⁸¹ S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République Tchèque*, sentence du 14 mars 2003, paragraphes 497-498. V. également CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine (ARB/00/9)*, sentence du 16 septembre 2003, paragraphe 11.3.

⁴⁸² A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205, pp. 171-205.

⁴⁸³ Annexe B (1) du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 2012. Cette disposition était déjà incluse dans le modèle de 2004. V. également les « *Letters of submittal* » accompagnant les traités pour leur soumission au Président des Etats-Unis. V., à cet égard, D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 276 et s.

⁴⁸⁴ OCDE, "Indirect Expropriation" and The "Right To Regulate" in *International Investment Law*, Working Papers on International Investment, N° 2004/4, septembre 2004, 22 p., p. 2.

de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis. L'expérience intervenue au Mexique avait poussé cet Etat à inclure parmi ses dispositions conventionnelles l'obligation d'une prompt et adéquate indemnisation, suivant la formule de Hull⁴⁸⁵.

Le premier traité bilatéral d'investissement a repris la condition d'indemnisation, mais a ajouté celle d'intérêt public, précisant que :

« Les investissements des ressortissants ou des sociétés de l'une ou l'autre Partie ne pourront pas faire l'objet d'expropriation sur le territoire de l'autre Partie sauf cause d'intérêt public et moyennant une indemnisation représentant l'équivalent du montant des investissements en question »⁴⁸⁶.

Les différentes conceptions partagées, d'une part, par les pays exportateurs de capitaux et, d'autre part, par les pays importateurs, ressortaient donc des traités bilatéraux d'investissement⁴⁸⁷. Par exemple, dans le traité bilatéral entre le Royaume-Uni et l'Egypte de 1975, il est mentionné que les investissements ne doivent pas être nationalisés ou expropriés, sauf si la mesure d'expropriation ou de nationalisation est prise dans l'intérêt public et est liée à des besoins internes de l'Etat hôte. Si une telle mesure est mise en œuvre, l'Etat devra payer une indemnisation prompte, adéquate et effective, qui devra être équivalente à la valeur du bien sur le marché, soit au moment de l'annonce officielle de l'expropriation, soit à un moment antérieur. Le traité entre Singapour et le Royaume-Uni, de 1975 contient également des dispositions similaires, mais ajoute une condition concernant les intérêts jusqu'au paiement de la somme principale. L'accord entre les Philippines et le Royaume-Uni de 1980, quant à lui, s'attache plus précisément aux raisons de l'expropriation dans l'intérêt public et mentionne expressément les intérêts de la défense nationale.

D'autres différences concernant l'indemnisation sont notables, en fonction de la présence ou l'absence de référence à une compensation prompte, adéquate et effective. Le traité entre le Sri Lanka et la Suisse de 1981 mentionne cette condition d'une indemnisation prompte, adéquate et effective, mais ne fait pas référence à la valeur du marché. L'accord entre la Chine et la Suisse de 1982 définit la compensation comme la somme qui doit permettre à l'investisseur de se trouver dans la même position financière que si l'expropriation n'avait pas eu lieu. Il n'impose pas que le paiement de l'indemnité soit prompt, mais il est mentionné qu'elle doit payée dans un délai raisonnable. La somme payée doit, de plus, être convertible et librement transférable, ce qui, même si la condition d'effectivité n'est pas mentionnée, revient à imposer cette dernière. L'accord entre la France et le Zaïre de 1975 s'intéresse également

⁴⁸⁵ V. *infra*, p. 612 et s. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 282 et s.

⁴⁸⁶ Art. 3, paragraphe 2, du TBI Allemagne – Pakistan 1959.

⁴⁸⁷ V. not., R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

aux expropriations et à leur compensation : les investissements couverts par l'accord ne pourront être soumis à une mesure de dépossession directe ou indirecte que dans l'intérêt public et si la mesure n'est ni discriminatoire, ni contraire à un engagement spécifique. L'indemnisation doit être « juste », ce qui équivaut à la valeur des actifs. Enfin, les parties doivent, avant le transfert de la propriété, s'être mises d'accord à la fois sur le montant de l'indemnisation et sur la façon dont se fera le paiement.

Aujourd'hui, on peut constater que la pratique conventionnelle s'est harmonisée sur les conditions de l'intérêt public, de la non-discrimination, de la conformité au droit ou « *due process of law* » et de l'indemnisation. Ceux-ci obéissent, de plus, à une même structure, usant de formulations négatives pour rappeler que si le droit d'exproprier est reconnu, il doit être limité et soumis à ces conditions⁴⁸⁸. Par exemple, le modèle chinois précise que les Parties ne peuvent exproprier, sauf si les conditions qu'il mentionne sont respectées⁴⁸⁹ :

« Aucune des Parties contractantes ne prendra, directement ou indirectement des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet, à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt public et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité »⁴⁹⁰.

Cependant, des différences de formulation persistent dans les traités bilatéraux d'investissement⁴⁹¹ et aboutissent à une variation du nombre de conditions mentionnées dans les traités. Certains incluent cinq conditions, parmi lesquelles figurent l'intérêt public, la non-discrimination, la régularité procédurale et juridique, l'indemnisation et le respect des engagements. Cette dernière condition, qui ne fait que reprendre le principe *pacta sunt servanda*, est parfois omise ou rappelée dans une autre disposition du traité⁴⁹². Il convient, en tout cas, de détailler le contenu de ces obligations.

La condition de l'intérêt public ne pose guère de difficulté, mais est systématiquement rappelée dans tous les traités bilatéraux d'investissement, qui font référence à l'intérêt public⁴⁹³, au bénéfice public⁴⁹⁴ ou à un but public⁴⁹⁵ ou encore à une cause d'utilité

⁴⁸⁸ S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698.

⁴⁸⁹ V. l'art. 4 du modèle chinois de 2003.

⁴⁹⁰ Art. 6, paragraphe 1, du TBI Chine – Suisse, 2009. V. également l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997 ; l'art. IV du modèle turc de 2000 ; l'art. 5 du modèle indien de 2003 ; l'art. 4 du modèle allemand de 2005 ; l'art. 5 du modèle anglais de 2005 ; l'art. 6, paragraphe 2, du modèle français de 2006 ; l'art. VI du modèle colombien de 2008 ; l'art. 6 du modèle américain de 2012. V. également l'art. 6 du TBI France – Sénégal, 2007.

⁴⁹¹ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205.

⁴⁹² K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s. V. *supra*, p. 252 et s.

⁴⁹³ V. l'art. 13 du modèle canadien de 2004 et l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997. V. également l'art. 4 du modèle chinois de 2003 qui fait référence aux intérêts publics : « *for the public interests* ».

⁴⁹⁴ V. l'art. 4 du modèle allemand de 2005 : « *for the public benefit* ».

publique⁴⁹⁶. Certains accords sont même plus précis, comme le modèle anglais de 2005 qui précise qu'une expropriation ne peut être faite que :

« *for a public purpose related to the internal needs of that Party* »⁴⁹⁷.

Cette précision a clairement pour objet d'exclure les expropriations qui interviendraient comme mesures de rétorsion et qui seraient ainsi une expression de la politique extérieure de l'Etat et non de ses besoins internes⁴⁹⁸.

Cette condition d'intérêt public est assez proche de celle de non-discrimination⁴⁹⁹. Toute dépossession fondée sur la nationalité de l'individu ou sa qualité d'étranger sera considérée comme une expropriation illicite. La plupart des traités rappelle cette condition, qui devrait en tout état de cause s'appliquer en vertu du droit international coutumier. Le Canada impose ainsi que l'expropriation soit « non-discriminatoire »⁵⁰⁰ ; les Etats-Unis rappellent qu'elle doit se faire « *in a non-discriminatory manner* »⁵⁰¹ et le Royaume-Uni « *on a non-discriminatory basis* ». Il demeure que certains Etats ne rappellent pas une telle condition, comme l'Allemagne, par exemple, qui précise simplement :

« *Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated (...) except for the public benefit and against compensation* »⁵⁰².

Quant à la condition de « *due process* », elle va s'exprimer différemment dans les accords du fait que cette notion n'existe réellement que dans le droit des Etats-Unis et ne trouve pas de synonyme dans les autres Etats. Il s'agit à la fois d'imposer le respect du droit, la régularité de la procédure, mais aussi d'ouvrir des voies de recours aux investisseurs devant un tribunal indépendant de l'Etat hôte et de mettre en œuvre une procédure transparente et équitable. L'Allemagne ne rappelle pas une telle condition, tout comme la France, mais les autres Etats y font référence au travers de la notion du « *due process of law* »⁵⁰³ ou de la condition de suivre la « *domestic legal procedure* »⁵⁰⁴ ou encore du « principe de l'application régulière de la loi »⁵⁰⁵. Certains accords précisent cette condition en incluant de façon autonome la

⁴⁹⁵ V. l'art. 6 du modèle américain de 2004 et l'art. IV du modèle turc de 2000, qui font tous deux référence à « *for a public purpose* ».

⁴⁹⁶ V. l'art. 6 du modèle français de 2006.

⁴⁹⁷ Art. 5 du modèle du Royaume-Uni de 2005.

⁴⁹⁸ V. l'arbitrage *British Petroleum contre Libye*, sentence du 10 octobre 1973.

⁴⁹⁹ V. not., A. F. M. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment : An Overview", *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 8, n° 1, 1998, pp. 57-77.

⁵⁰⁰ V. l'art. 13 du modèle canadien de 2004, l'art. 6 du modèle français de 2006 et l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997, qui impose que « *the measures are not discriminatory* ».

⁵⁰¹ V. l'art. 6 du modèle américain de 2004 et l'art. IV du modèle turc de 2000.

⁵⁰² Art. 4 du modèle allemand de 2005.

⁵⁰³ V. l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997.

⁵⁰⁴ V. l'art. 4 du modèle chinois de 2003.

⁵⁰⁵ V. l'art. 13 du modèle canadien de 2004.

condition de l'accès à un contrôle juridictionnel. C'est le cas du modèle canadien de 2004 qui prévoit :

« L'investisseur concerné a le droit, en vertu de la législation de la partie qui procède à l'expropriation, à une prompte révision de son cas par une autorité judiciaire ou autre autorité indépendante de cette Partie »⁵⁰⁶.

De même, le modèle anglais insiste sur l'accès à un forum indépendant :

« *The national or company affected shall have a right under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with principles set out in this paragraph* »⁵⁰⁷.

Cette possibilité de recours apparaît particulièrement importante au regard de l'indemnisation⁵⁰⁸.

Certains Etats précisent, de plus, que l'expropriation doit se faire conformément aux standards de traitement. Ainsi la Turquie prévoit :

« *Investments shall not be expropriated (...) except (...) in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article III of this Agreement* »⁵⁰⁹.

Les Etats-Unis d'Amérique font, quant à eux, explicitement référence au standard minimum de traitement, précisant qu'une mesure d'expropriation ne peut intervenir que :

« *in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment]* »⁵¹⁰.

Enfin, certains traités ajoutent la condition que la mesure d'expropriation ne soit pas contraire à un engagement particulier⁵¹¹. Telle une clause parapluie⁵¹², cette précision a vocation à couvrir les engagements de ne pas nationaliser pris par l'Etat dans des contrats avec les investisseurs.

Il demeure, toutefois, que la condition la plus complexe et celle ayant donné lieu au plus grand nombre de différends est celle de l'indemnisation, qui soulève de nombreuses

⁵⁰⁶ Paragraphe 4 de l'art. 13 du modèle canadien de 2004.

⁵⁰⁷ Art.5 du modèle du Royaume-Uni de 2005.

⁵⁰⁸ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205, p. 191.

⁵⁰⁹ Art. IV du modèle turc de 2000.

⁵¹⁰ Art. 6 du modèle américain de 2004.

⁵¹¹ V. l'art. 6 du modèle français de 2006 et l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997 : « *the measures are not (...) contrary to any undertaking which the Contracting State which takes such measures may have given* ».

⁵¹² V. *supra*, p. 252 et s.

questions. Néanmoins, ces conditions ont quand même joué un rôle dans la jurisprudence arbitrale, afin de déterminer la licéité d'une mesure d'expropriation.

2°) Des précisions jurisprudentielles

Les précisions apportées par les traités bilatéraux d'investissement sur les conditions des expropriations n'ont pas épuisé la question de la licéité de ces mesures, celle-ci demeurant, comme le note August Reinisch, « *alive and well* »⁵¹³. Même si les conditions n'ont pas créé de réelles difficultés dans leur application, elles ont fait l'objet de plus ou moins d'attention de la part des tribunaux arbitraux, justifiant de revenir sur cette jurisprudence.

La condition du nécessaire intérêt public de la mesure d'expropriation est unanimement admise. Cependant, sa vérification par les tribunaux arbitraux pose problème. Le concept d'intérêt public est particulièrement large et est directement en lien avec la conduite de la politique de l'Etat, rendant tout contrôle de cette condition difficile⁵¹⁴. Selon une jurisprudence constante⁵¹⁵, la conception de l'Etat de l'intérêt général sera alors retenue, sans qu'un contrôle réel ne soit exercé, sauf en cas d'erreur manifeste d'appréciation, comme le justifie la Cour européenne des droits de l'homme :

« Grâce à leur connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'« utilité publique ». Dans le système de protection créé par la Convention, il leur échoit par conséquent de se prononcer les premières tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public justifiant des privations de propriété que sur les mesures à prendre pour le résoudre (...). Dès lors, elles jouissent d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines où s'étendent les garanties de la Convention (...). Estimant normal que le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale, la Cour respecte la manière dont il

⁵¹³ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205, p. 173.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 179 : « *Tribunals in general have been rather reluctant to second-guess the sovereign determination of a public purpose* ».

⁵¹⁵ V. not., S.A., *British Petroleum contre Libye*, sentence du 10 octobre 1973 ; l'arbitrage *Libyan American Oil Company (Liamco) contre Libye*, sentence du 12 avril 1977. V. également Tribunal irano-américain de réclamations, *American International Group Inc contre République islamique d'Iran*, sentence du 19 décembre 1983 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *INA Corp. contre République islamique d'Iran*, sentence du 13 août 1985 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation contre République Islamique d'Iran*, sentence du 14 juillet 1987.

conçoit les impératifs de l'« utilité publique » sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable »⁵¹⁶.

La même position est défendue dans le cadre du CIRDI. La condition est souvent évoquée, mais elle fait rarement l'objet d'un réel contrôle⁵¹⁷ :

*« in the absence of an error of fact or law, or an abuse of power or of a clear misunderstanding of the issue, it is not the Tribunal's role to substitute its own judgment for the discretion of the government of Burundi of what are « imperatives of public need (...) or of national interest » »*⁵¹⁸.

Dès lors, certains auteurs s'interrogent aujourd'hui sur le fait de savoir s'il s'agit d'une véritable condition :

*« the requirement of public purpose for a taking to be lawful is not much a limitation in modern times »*⁵¹⁹.

Cependant, des tribunaux ont parfois insisté sur l'intérêt de cette condition. D'une part, elle permet d'exclure certains cas extrêmes, comme par exemple les expropriations ayant un intérêt purement privé, transférant les droits dans le patrimoine d'une personne privée ; ou encore les expropriations intervenues dans des situations particulièrement graves de violations des droits de l'homme, de crimes contre l'humanité ou de génocide⁵²⁰.

La condition d'intérêt public a ainsi parfois été l'un des fondements pour considérer une expropriation comme illicite. Dans l'affaire *LETCO*, le Tribunal a qualifié l'expropriation d'illicite du fait qu'elle :

*« was not for a bona fide public purpose, was discriminatory and was not accompanied by an offer of appropriate compensation »*⁵²¹.

Le Tribunal a particulièrement insisté sur la condition d'intérêt public⁵²², qui avait été ouvertement violée.

⁵¹⁶ CEDH, *James et autres contre Royaume-Uni* (requête n° 8793/79), arrêt du 21 février 1986, paragraphe 46.

⁵¹⁷ V. not., CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984 ; CIRDI, *Southern Pacific Properties contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992, paragraphe 158 ; CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, paragraphe 71.

⁵¹⁸ CIRDI, *Antoine Goetz et autres contre Burundi* (ARB/95/3), décision sur la responsabilité du 2 septembre 1998, paragraphe 126.

⁵¹⁹ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 407. V. également N. Rubins et N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oceana Publication, New York, 2005, XL-769 p., p. 177 : « it is very easy for an expropriating State to couch any taking in terms of some « public purpose » » ; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 767 p., p. 599.

⁵²⁰ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205.

⁵²¹ CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986.

⁵²² Id. : « there was no legislative enactment by the Government of Liberia. There was no evidence of any stated policy on the part of the Liberian Government to take concessions of this kind into public ownership for the public good. On

D'autre part, la condition d'intérêt public a parfois été considérée comme une véritable condition méritant un contrôle approfondi. Ainsi, dans l'affaire *ADC*, le Tribunal a noté que :

*« a treaty requirement for « public interest » requires some genuine interest of the public. If mere reference to « public interest » can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met »*⁵²³.

Parallèlement à la condition d'intérêt public, celle de non-discrimination a été reprise classiquement par de nombreux tribunaux arbitraux, vérifiant la licéité de l'expropriation⁵²⁴.

Comme le note l'arbitre unique, Sobhi Mahmassani, dans l'affaire *Liamco* :

*« it is clear and undisputed that non-discrimination is a requisite for the validity of a lawful nationalization. This is a rule well-established in international legal theory and practice (...) Therefore, a purely discriminatory nationalization is illegal and wrongful »*⁵²⁵.

Le CIRDI a repris cette condition, dont le contrôle a parfois permis de déclarer une expropriation illicite, comme dans l'affaire *LETCO*⁵²⁶. De même, dans l'affaire *ADC*, le Tribunal a particulièrement insisté sur cette condition, ne s'embarrassant pas du fait qu'il n'existait pas d'autre investisseur étranger dans une situation comparable et s'intéressant aux investisseurs étrangers en général⁵²⁷.

La condition de conformité avec la loi ou de « *due process* » étant essentiellement procédurale, sa vérification est aisée et n'a pas créé de difficulté dans la jurisprudence arbitrale⁵²⁸. Cependant, le Tribunal en a donné une description précise dans l'affaire *ADC* :

« some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights

the contrary, evidence was given to the Tribunal that areas of the concession taken away from LETCO was granted to other foreign-owned company ».

⁵²³ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 432. V. également CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007.

⁵²⁴ V. not. l'arbitrage *British Petroleum contre Libye*, sentence du 10 octobre 1973 ; Arbitrage *Koweit contre American Independent Oil Co (Aminoil)*, sentence du 24 mars 1982 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation contre République Islamique d'Iran*, sentence du 14 juillet 1987.

⁵²⁵ S.A., *Libyan American Oil Company (Liamco) contre Libye*, sentence du 12 avril 1977.

⁵²⁶ CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986.

⁵²⁷ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 442 : « *The comparison of different treatments is made here between that received by the Repondent- appointed operator and that received by foreign investors as a whole* ».

⁵²⁸ CIRDI, *Antoine Goetz et autres contre Burundi* (ARB/95/3), décision sur la responsabilité du 2 septembre 1998, paragraphe 127 : « *to be internationally lawful, the measure must not only be supported by valid reasons, it must also have been taken in accordance with a lawful procedure* ».

and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that « the actions are taken under due process of law » rings hollow »⁵²⁹.

Il demeure que, même si la jurisprudence a aidé à expliciter le contenu des conditions de licéité d'une expropriation, à savoir la poursuite d'un intérêt public, la non-discrimination et la régularité procédurale, ces conditions sont loin d'avoir créé de réelles difficultés et n'ont que peu préoccupé les tribunaux arbitraux. Certains considèrent même qu'il s'agit d'une simple « clause de style », ne jouissant d'aucune existence autonome⁵³⁰. La seule véritable condition, qui occupe réellement une place dans la jurisprudence arbitrale, tient à l'indemnisation, sur laquelle se sont concentrés les tribunaux.

PARAGRAPHE 2. UNE COMPENSATION ASSURÉE

La question de l'indemnisation d'une expropriation occupe une place essentielle dans les traités bilatéraux d'investissement et justifie qu'il y soit parfois fait référence de façon précise et autonome. En effet, en fonction de la formule retenue d'évaluation de l'investissement, la politique sera plus ou moins libérale ou sévère à l'égard des expropriations. La recherche d'un principe d'indemnisation a donc fait l'objet de nombreux débats et occupe une place essentielle dans le droit des investissements (A), qui se justifie au regard de l'impact qu'aura la mise en œuvre de l'indemnisation (B).

A. La recherche d'une formule d'indemnisation

La question de l'indemnisation des expropriations soulève la question plus générale de la réparation en droit international. Les principes sont posés par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* :

⁵²⁹ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 435.

⁵³⁰ G. Bastid-Burdeau, "Nationalisations : le retour ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 257-261.

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »⁵³¹.

Deux méthodes se complètent ainsi, celle de la restitution (1°) et celle de l'indemnisation (2°), le critère de sélection dépendant de la licéité de la mesure d'expropriation.

1°) L'impossible restitution

Le choix des moyens de la réparation de l'expropriation dépend fondamentalement de sa licéité⁵³². Alors même que l'indemnisation est une condition de régularité de l'expropriation, les remèdes pourront diverger en fonction du respect par l'Etat des conditions y afférentes.

En effet, en cas de fait ou d'acte illicite engageant la responsabilité de l'Etat, la réparation du préjudice consistera en une *restitutio in integrum*, voire avec l'allocation de dommages-intérêts. La réparation intégrale peut prendre diverses formes, comme l'expliquent les Commentaires de la Commission du droit international :

« La réparation intégrale peut donc prendre la forme de restitution, indemnisation et satisfaction, selon les circonstances. Il ressort aussi clairement de l'article 34 [relatif aux formes de la réparation] qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation »⁵³³.

⁵³¹ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów (Allemagne contre Pologne)*, Demande en Indemnité – Fond, arrêt n° 13 rendu le 13 septembre 1928, *Rec. Série A – N°17*, p. 47.

⁵³² V. not., W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150 ; M. Endicott, "Remedies in Investor-state Arbitration : Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 517-552 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s. ; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-429 p. ; B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration - Principles and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XXIII-256 p. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁵³³ CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 254.

Parmi ces possibles réparations figure la restitution⁵³⁴. Les Articles de la CDI précisent ainsi que :

« L'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) n'est pas matériellement impossible ;
- b) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »⁵³⁵.

On s'est toutefois rendu compte assez vite que la restitution en nature était impraticable, comme le note la juge Higgins :

« In many cases, of course, restitutio is not sought (...) There can be a variety of reasons for this. It can be because restitution is indeed impossible – for example, if the nationalized assets have already passed into the hands of a bona fide third party purchaser (...) the nationalized property may no longer exist in the same form (...) damages represent a compensation that is satisfactory in all the circumstances (...). Problems of effectiveness in relation to restitution are of course closely related to the difficulty of ordering specific performance against a state »⁵³⁶.

En effet, il est logique que les arbitres ressentent une certaine réticence à imposer une restitution aux Etats, d'autant plus que les relations avec l'investisseur seront probablement très dégradées. C'est pourquoi, même si la Commission du droit international reconnaît la primauté de la restitution parmi les modes de réparation dans ses Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, elle admet que « dans un grand nombre de situations la restitution n'est pas envisageable » et que « d'autres formes de réparation priment »⁵³⁷.

Les mêmes principes s'appliquent en droit international des investissements. Le modèle américain de 2004, qui fait preuve d'une étonnante précision, vient confirmer la préférence à l'égard de l'indemnisation par rapport à la restitution :

« Where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award separately or in combination, only :

⁵³⁴ Les Articles de la CDI précisent que c'est la « première forme de réparation » (CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 256). V. également p. 257 : « la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'Etat responsable est tenu d'« effacer » les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis ; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation ».

⁵³⁵ Art. 35 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat tel qu'il ressort in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 256 et s.

⁵³⁶ R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t.176, III, 1983, pp. 259-391.

⁵³⁷ CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 257.

(a) monetary damages and any applicable interest ; and
(b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution »⁵³⁸.

Si la restitution est impossible ou si elle impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait ou même si cette solution ne convient pas aux parties, la réparation se fera alors par l'indemnisation. L'article 36 des Articles de la Commission du droit international précise ainsi que :

« L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution »⁵³⁹.

Ce régime classique est transposable au droit international des investissements, mais s'avère assez particulier dans le cas des expropriations. En effet, l'indemnisation est elle-même une condition de la licéité de l'expropriation ; tout en étant le remède privilégié en cas d'expropriation illicite. On peut alors légitimement se demander si l'indemnisation sera la même dans les deux cas. Alors que certains considèrent qu'il s'agit de la même obligation⁵⁴⁰, la jurisprudence distingue les deux cas.

Une différence majeure tient au fait que si l'expropriation est illicite, elle pourra donner lieu à indemnisation, mais aussi à une restitution⁵⁴¹. Cela demeure, toutefois, extrêmement rare. Seule la sentence *Texaco Calasiatic* a réellement opté pour une restitution des biens expropriés⁵⁴², l'arbitre unique, René-Jean Dupuy, ayant considéré que la violation de la clause de stabilisation du contrat de concession rendait la nationalisation illicite⁵⁴³.

La question s'était posée dans les années 1990 dans l'affaire *Goetz*, dans laquelle le tribunal avait conclu à la responsabilité de l'Etat pour expropriation indirecte. Toutefois, le tribunal avait attendu pour statuer sur l'indemnisation, ce qui a permis aux parties de se mettre d'accord sur une réparation appropriée. Le Burundi a payé une indemnisation, mais a

⁵³⁸ Art. 34 – « Awards » - paragraphe 1 du modèle américain de 2004.

⁵³⁹ Art. 36 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat tel qu'il ressort *in CDI*, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 262 et s.

⁵⁴⁰ A. Sheppard, "The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation", *World Arbitration and Mediation Review*, vol. 2, n° 1-2, 2008, pp. 137-160.

⁵⁴¹ La question pourrait, par exemple, se poser dans le cas où l'Etat aurait intégré dans son contrat d'investissement une clause de stabilisation, qu'il aurait enfreint en procédant à la nationalisation.

⁵⁴² Finalement, les parties se sont tout de même mises d'accord sur une réparation consistant en brut et non dans le rétablissement de la société dans ses droits. V. not. C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 232.

⁵⁴³ Sentence *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) / Calasiatic contre Libye*, 19 janvier 1977. V. également J. Cantegreil, "The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award : René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law", *EJIL*, vol. 22, n° 2, 2011, pp. 441-458.

également procédé à une restitution en rendant le certificat nécessaire à l'entreprise. Le tribunal n'a donc fait que reprendre les termes de l'accord entre les parties⁵⁴⁴.

Dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd contre Tanzanie*, l'investisseur avait invoqué la restitution, mais il s'agissait davantage d'insister sur le caractère illicite de la nationalisation que de demander une telle réparation.

« *According to BGT, beyond the obligation that the Republic pay prompt, adequate and effective compensation, the failure of the Republic to comply with the other conduct requirements of Article 5 places the Republic in breach of Article 5, thus invoking its international responsibility and, in principle, entitling BGT to seek full restitutio in integrum or its monetary equivalent* »⁵⁴⁵.

En général, les investisseurs eux-mêmes préfèrent demander l'indemnisation, la *restitutio in integrum* étant, de plus, rarement possible et pas nécessairement souhaitable, comme le note le tribunal dans l'affaire *BGT* :

« *BGT submits that restitution is seldom possible where an investment has been expropriated and that it is not possible on the particular facts of this case. City Water ceased to function after the expropriation. Accordingly, it is impossible to provide full reparation of BGT's investment in City Water and BGT therefore contends that it is entitled to restitutionary damages and damages for consequential losses* »⁵⁴⁶.

On peut, en effet, se demander si, en fonction de la licéité de l'expropriation, celle-ci pourra donner lieu à des standards de réparation différents. BGT se fonde sur les travaux de codification de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des Etats pour affirmer que les standards d'indemnisation peuvent varier, mais, même si seule une expropriation illicite peut donner lieu à une *restitutio in integrum*, on peut douter que l'indemnisation sera réellement plus importante en cas d'expropriation illicite que lorsqu'elle est licite, d'autant plus que le droit international exclut les dommages-intérêts punitifs⁵⁴⁷. Le tribunal conclut, de plus, qu'en l'absence de démonstration du lien de causalité entre les dommages subis et les actes imputés à la Tanzanie, les dommages et intérêts demandés par la société ne peuvent être accordés.

Cependant, certains tribunaux arbitraux ont insisté sur la distinction entre restitution et indemnisation et sur ses possibles conséquences :

« *the award to Metalclad of the cost of its investment in the landfill is consistent with the principles set forth in Chorzów (...) namely, that where the state has acted contrary to its obligations, any award to the claimant should, as far as possible, wipe*

⁵⁴⁴ CIRDI, *Antoine Goetz et autres contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999.

⁵⁴⁵ CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd contre Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008, p. 114.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 221.

⁵⁴⁷ CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.

out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would in all probability have existed if that act had not been committed (the status quo ante) »⁵⁴⁸.

Or, si en cas d'expropriation illicite, l'indemnisation doit effacer toutes les conséquences de l'illicéité, cela pourra avoir un impact sur la date d'évaluation de l'investissement, et donc sur le montant de l'indemnisation⁵⁴⁹. En effet, si l'expropriation est licite, le montant de l'indemnisation sera calculé juste avant la mesure ou l'annonce de l'expropriation ; alors que si elle est illicite, le choix de la date de l'évaluation dépendra du tribunal. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *ADC*, le Tribunal a choisi d'évaluer le montant de l'indemnisation au jour de la sentence, sachant que l'investissement avait gagné de la valeur⁵⁵⁰. De même, dans l'affaire *Siemens*, le Tribunal constate que :

« Siemens [was] entitled not just to the value of its enterprise as of May 18, 2001, the date of expropriation, but also to any greater value that enterprise [had] gained up to the date of this Award, plus any consequential damages »⁵⁵¹.

Il demeure qu'aujourd'hui, la plupart des expropriations sont licites et appellent, dès lors, une simple indemnisation, la restitution étant, dans ce cas, exclue.

2°) La préférence pour l'indemnisation, nouvelle source d'incertitudes

La recherche de règles concernant l'indemnisation en matière d'investissement ne s'est pas faite sans écueils. Suite à l'avènement du communisme et à la décolonisation, il a été de plus en plus difficile pour les Etats de se mettre d'accord sur le principe même d'une indemnisation, certains déniaient toute obligation en la matière, d'autres soumettant cette question au droit interne et d'autres encore au droit international.

L'indemnisation était en tout cas au cœur des débats, du fait qu'il s'agit d'une des conditions de la licéité d'une expropriation, mais aussi parce que sa perception dans l'histoire est très étroitement liée à la naissance d'un climat défavorable aux investissements.

⁵⁴⁸ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 122.

⁵⁴⁹ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon, Oxford, 2008, XXXI-646 p., p. 515 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁵⁵⁰ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 499.

⁵⁵¹ CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 352.

En effet, les méthodes d'indemnisation étant fort compliquées, la pratique des accords forfaitaires d'indemnisation ou *lump sum agreement* s'est fortement développée à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. Cette méthode, intrinsèquement liée à la protection diplomatique⁵⁵², consistait en l'endossement de la plainte des différents investisseurs par leur Etat de nationalité qui négociait une somme forfaitaire d'indemnisation de tous les investisseurs avec l'Etat hôte. La pratique avait tous les inconvénients de la protection diplomatique, l'investisseur étant soumis au pouvoir discrétionnaire de l'Etat de nationalité qui pouvait négocier librement au regard de ses propres intérêts – ceux-ci étant souvent distincts de ceux des investisseurs. La personne privée était alors privée de sa réclamation et de tout recours ou de tout droit d'indemnisation, celui-ci s'étant transformé en un droit propre de l'Etat, notamment pour décider de sa répartition⁵⁵³. Ces accords forfaitaires d'indemnisation, forme de protection diplomatique, pouvaient donc, en matière d'investissements, avoir des conséquences catastrophiques, comme l'a montré l'affaire des *Emprunts russes*⁵⁵⁴.

Pourtant, dans les années d'après-guerre et avec le développement du socialisme et les vagues de décolonisation, cette pratique s'est développée, aboutissant à des accords sur des indemnités dérisoires, qui ont occasionné d'importantes controverses⁵⁵⁵ et un climat profondément défavorable aux investissements. S'il n'a, cependant, pas été considéré que ces accords étaient contraires au droit international, cela soulevait nécessairement la question de l'appartenance de la règle de l'indemnisation à la valeur réelle du bien au droit coutumier international.

La question de la place du droit coutumier international en matière d'indemnisation des expropriations s'est posée avec une particulière acuité du fait que plusieurs principes s'opposaient. Les pays exportateurs de capitaux étaient favorables à ce qu'on a qualifié de « formule Hull »⁵⁵⁶, qui obligeait les Etats à payer une indemnité prompte, adéquate et effective. Cette obligation se fondait sur l'évaluation du bien à la valeur du marché – ou « *full market value* » – et le paiement devait se faire dans une devise convertible et transférable.

⁵⁵² V. not., CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 (Exception d'incompétence), *Rec. Série A*, n° 2, p. 12.

⁵⁵³ V. not., sur les inconvénients de la protection diplomatique en matière d'investissement, C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386 : « La protection diplomatique, cependant, est une voie peu satisfaisante d'aide aux investissements internationaux, pour plusieurs raisons. La première est qu'elle suppose au préalable l'épuisement des voies de recours internes, la deuxième est que l'Etat national n'est jamais obligé de l'exercer, et, enfin, que le litige entre les deux Etats n'est pas exactement le litige qui oppose l'investisseur à l'Etat d'accueil mais un litige autonome entre l'Etat national et l'Etat d'accueil ». V. également B. Stern, "La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Tracton à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse", *JDI*, vol. 117, n° 4, 1990, pp. 897-948.

⁵⁵⁴ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 567 et s.

⁵⁵⁵ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215. V. également D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s.

⁵⁵⁶ V. *supra*, p. 612 et s.

Cette doctrine était apparue à la suite de la révolution au Mexique, dans le cadre de la Commission mise en place en 1927 pour régler les différents litiges nés. Le Mexique avait, en effet, procédé à une grande vague d'expropriation et, même s'il ne niait pas le droit à indemnisation, refusait le principe d'une compensation prompte, adéquate et effective. Malgré les efforts déployés, aucune indemnisation ne fut accordée, de sorte qu'en 1938, les Etats-Unis décidèrent d'intensifier leurs efforts diplomatiques, au travers de la voix de Cordell Hull, alors secrétaire d'Etat⁵⁵⁷, qui assimilait l'expropriation sans indemnisation à une forme de confiscation :

« The taking of property without compensation is not expropriation. It is confiscation. It is no less confiscation because there may be an expressed intent to pay at some time in the future. If it were permissible for a government to take the private property of the citizens of other countries and pay for it as and when, in the judgment of that government, its economic circumstances and local legislation may perhaps permit, the safeguards which the constitutions of most countries and established international law have sought to provide would be illusory. Governments would be free to take property far beyond their ability or willingness to pay, and the owners thereof would be without recourse. We cannot question the right of a foreign government to treat its own nationals in this fashion if it so desires. This is a matter of domestic concern. But we cannot admit that a foreign government may take the property of American nationals in disregard for the rule of compensation under international law. Nor can we admit that any government unilaterally and through its domestic legislation can, as in this instant case, nullify this universally accepted principle of international law, based as it is on reason, equity and justice (...) The whole structure of friendly intercourse, of international trade and commerce, and many other vital and mutually desirable relations between nations indispensable to their progress rest upon the single and hitherto solid foundation of respect on the part of the governments and of peoples for each other's rights under international justice. The right of prompt and just compensation for expropriated property is a part of this structure. It is a principle to which the Government of the United States and most governments of the world have emphatically subscribed and which they have practiced and which must be maintained. It is not a principle which freezes the status quo and denies changes in property rights but a principle that permits any country to expropriate private property within its borders in furtherance of public purposes. It enables orderly change without violating the legitimately acquired interests of citizens of other countries »⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 16.

⁵⁵⁸ Lettre du Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique à l'ambassadeur du Mexique aux Etats-unis, 21 juillet 1938, comme citée in A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, XLIV-776 p., p. 398.

Le Ministre des Affaires étrangères du Mexique rejeta cette conception du droit international et répondit qu'il n'existait pas de coutume internationale en la matière et que l'indemnisation obéissait alors au droit interne⁵⁵⁹.

Ces débats, de même que les revendications pour un Nouvel ordre économique international, ont laissé leur empreinte sur le droit international. L'appartenance de l'obligation de payer une indemnité intégrale, prompte et effective au droit coutumier était essentielle à défaut d'accord l'imposant, mais même si certains ont pu affirmer qu'elle incarnait l'état du droit international général au moment où elle a été énoncée⁵⁶⁰, cette formule ne manifestait que le point de vue des Etats exportateurs de capitaux⁵⁶¹.

A l'inverse, certains pays en développement considéraient qu'il suffisait de payer une indemnisation appropriée ou « *appropriate compensation* ». Patrick Juillard, revenant sur la définition du terme « approprié », note que :

« est approprié ce qui est propre à son objet. La racine est donc l'idée de propriété, non celle d'égalité »⁵⁶².

Ainsi, cette formule vague devait permettre de prendre en compte les capacités financières de l'Etat en cause dans une perspective d'équité, contrairement à la doctrine de Hull dont les :

« exigences mettent en danger leurs projets de développement en opérant une ponction importante et soudaine de leur capacité de financement (...) chaque Etat [devant] fixer le montant des indemnités éventuelles (...) compte tenu de ses lois et règlements et de toutes circonstances qu'il juge pertinentes »⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Lettre du Ministre des Affaires étrangères à l'Ambassadeur des Etats-Unis au Mexique, 3 août 1938, citée in A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, XLIV-776 p., p. 399 : « *no rule universally accepted in theory nor carried out in practice, which makes obligatory the payment of immediate compensation nor even of deferred compensation, for expropriations of a general and impersonal character like those which Mexico has carried out for the purpose of redistribution of the land (...) there does not exist in international law any principle universally accepted by countries, nor by the writers of treatises on this subject, that would render obligatory the giving of adequate compensation for expropriations of a general and impersonal character. Nevertheless, Mexico admits, in obedience to her own laws, that she is indeed under obligation to indemnify in an adequate manner; but the doctrine which she maintains on the subject, which is based on the most authoritative opinions of writers of treatises on international law, is that the time and manner of such payment must be determined by her own laws* ». Cependant, Cordell Hull ne tomba pas d'accord avec ces affirmations et fit savoir au Mexique que : « *The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefor. In addition, clauses appearing in the constitutions of almost all nations today, and in particular in the constitutions of the American republics, embody the principle of just compensation. These, in themselves, are declaratory of the like principles in the law of nations* » (Lettre du Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique à l'ambassadeur du Mexique aux Etats-Unis, citée in A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, XLIV-776 p., p. 400).

⁵⁶⁰ R. Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *AJIL*, vol. 75, n° 3, 1981, pp. 553-589, p. 558.

⁵⁶¹ M. Audit, "Droit des investissements internationaux. Présentation et sources", *Jurisclasseur Droit International*, fasc. 572-50, 2009, paragraphe 27.

⁵⁶² P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 81.

⁵⁶³ P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 1092.

Ce débat s'est retrouvé sur la scène internationale, au cœur des discussions de l'Assemblée générale des Nations Unies. Avec la reconnaissance de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, les Nations Unies reconnaissent le droit d'exproprier sous condition d'indemnisation. L'Assemblée générale précise :

« Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international »⁵⁶⁴.

On voit qu'il n'est fait aucune référence à la formule de Hull, mais seulement à une indemnisation « adéquate », conforme au droit interne et au droit international⁵⁶⁵. Même si l'on peut imaginer que cette référence au droit international est un renvoi implicite, tel ne semble pas être le cas, comme le confirme l'évolution des positions au sein de l'Assemblée générale. En effet, l'affirmation d'un Nouvel ordre économique international est allée avec un durcissement à l'égard des investisseurs étrangers, comme le montrent les résolutions adoptées lors de la sixième session extraordinaire de l'Assemblée générale de 1974⁵⁶⁶. Mais c'est surtout la Charte des droits et devoirs économiques des Etats qui marque un tournant, insistant sur le droit des Etats :

« de nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat »⁵⁶⁷.

Disparaissent alors les conditions de conformité à l'intérêt public ou de nécessité. De même, il n'est plus du tout fait référence au droit international et, même s'il est prévu une indemnité adéquate, elle sera déterminée par les tribunaux locaux et exclusivement au regard du droit interne. C'est ainsi une confirmation de la doctrine Calvo et un refus de toute internationalisation du droit en matière d'expropriation⁵⁶⁸.

Cette formule n'a pas été reconnue comme l'expression du droit coutumier en la matière, comme le note le Tribunal dans l'affaire *Texaco* :

⁵⁶⁴ Rés. 1803 (XVII) sur la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles de l'Assemblée générale, 18 décembre 1962.

⁵⁶⁵ Certains ont considéré que cette rés. était l'expression du droit international coutumier en la matière. V. les arbitrages dans les affaires *Texaco Calasiatic contre Lybie* (sentence au fond du 19 janvier 1977), paragraphe 87 ; *Koweit contre American Independent Oil Co (Aminoil)*, 1976, paras 143, 144 ; et *Topco/Calasiatic*, 1978.

⁵⁶⁶ V. les rés. 3201 (S-VI) – surtout le point 4. e) – et 3202 (S-VII).

⁵⁶⁷ Art. 2, paragraphe 2, c) de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats contenue dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 décembre 1974.

⁵⁶⁸ Pour plus de détails sur l'évolution de la condition d'indemnisation, v. not. S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p.

« Article 2 of this Charter must be analyzed as a political rather than as a legal declaration concerned with the ideological strategy of development, as such, supported only by non-industrialized States (...). The absence of any connection between the procedure of compensation and international law and subjection of this procedure solely to municipal law cannot be regarded by this Tribunal except as a *de lege ferenda* formulation, which even appears *contra legem* in the eyes of many developed countries. Similarly, several developing countries, although having voted favourably, on the Charter of Economic Rights and Duties of States as a whole, in explaining their votes regretted the absence of any reference to international law »⁵⁶⁹.

Ces interrogations et le risque d'être soumis à une expropriation sans juste indemnisation ont largement contribué à créer un climat défavorable aux investissements étrangers, rendant nécessaire l'intervention des traités bilatéraux d'investissement. Face à l'incertitude concernant l'existence d'une obligation coutumière⁵⁷⁰, de même que sur son contenu, les traités bilatéraux d'investissement ont eux-mêmes souvent intégré la doctrine de Hull⁵⁷¹. Encore aujourd'hui, beaucoup d'accords font figurer au titre des conditions pour que l'expropriation soit licite le :

« *payment of prompt, adequate, and effective compensation* »⁵⁷².

Ainsi, des modèles très récents, comme ceux de la Turquie de 2000⁵⁷³, des Etats-Unis de 2004 ou du Royaume-Uni de 2006⁵⁷⁴ prévoient encore une indemnisation prompte, adéquate et effective. Le modèle canadien de 2004 fait également figurer dans les conditions de l'expropriation une « indemnisation rapide, adéquate et effective »⁵⁷⁵.

Certains considèrent aujourd'hui que l'obligation d'une indemnisation prompte, adéquate et effective appartient aux normes du droit international général⁵⁷⁶ et doit s'appliquer qu'il existe

⁵⁶⁹ S.A. dans l'affaire *Texaco Calasiatic contre Lybie*, sentence au fond du 19 janvier 1977, paragraphe 88.

⁵⁷⁰ Les tribunaux arbitraux considèrent, cependant, que l'obligation d'indemnisation fait partie du droit international coutumier. V. not., CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre People's Congo* (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980 ; CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984 ; CIRDI, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, paragraphe 71.

⁵⁷¹ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205.

⁵⁷² D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁵⁷³ V. l'art. IV – « *Expropriation and Compensation* » - paragraphe 1 du modèle turc de 2000.

⁵⁷⁴ V. l'art. 5 – « *Expropriation* » - du modèle du Royaume-Uni de 2006.

⁵⁷⁵ V. l'art. 13 – « *Expropriation* » - paragraphe 1 du modèle canadien d'accord pour la promotion et la protection des investissements, 2004.

⁵⁷⁶ P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past - Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 474-505 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

ou non un support conventionnel. D'autres rejettent une telle assimilation de cette règle d'indemnisation au droit international coutumier⁵⁷⁷.

A défaut de réponse certaine à cette question, il apparaît encore nécessaire d'inclure une disposition relative aux expropriations, détaillant les modalités de l'indemnisation⁵⁷⁸. La diversité des formules retenues dans les traités bilatéraux d'investissement poussent alors à s'interroger sur l'intégration de la formule de Hull au droit international coutumier. En effet, il faut constater que ce n'est pas la seule formule utilisée, certains traités mentionnant simplement le principe de l'indemnisation ou faisant référence à une indemnisation juste, loyale, pleine, raisonnable, adéquate ou encore juste et équitable⁵⁷⁹. Ainsi, par exemple, alors que le modèle français de 2006 fait référence à une « indemnité juste et préalable »⁵⁸⁰ et le modèle néerlandais de 1997 à une « *just compensation* »⁵⁸¹, les modèles chinois de 1997 et allemand de 2005⁵⁸² prévoient simplement le principe de l'indemnisation – « *against compensation* »⁵⁸³ – sans reprendre une formule particulière, mais en insistant davantage sur les conditions de sa mise en œuvre.

En effet, il est intéressant de noter qu'aujourd'hui le centre du débat s'est déplacé du principe de l'indemnisation aux conditions de son exercice, car même si l'on peut hésiter à considérer que la formule de Hull fasse partie du droit international coutumier, le principe de l'indemnisation des expropriations est totalement admis et fait partie des normes du droit international général. Dès lors, les traités ne font que l'évoquer pour se concentrer sur les conditions de sa mise en œuvre.

B. La mise en œuvre de l'indemnisation

Si le principe de l'indemnisation est admis, les conditions de sa mise en œuvre seront décisives pour les investisseurs étrangers. Elles se déclinent en deux moments clés,

⁵⁷⁷ P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48, p. 12.

⁵⁷⁸ T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino, et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304, p. 266.

⁵⁷⁹ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 109.

⁵⁸⁰ V. l'art. 6 – « Dépossession et indemnisation » - paragraphe 2 du modèle français de 2006.

⁵⁸¹ V. l'art. 6, c) du modèle des Pays-Bas de 1997.

⁵⁸² V. l'art. 4 – « *Compensation in case of expropriation* » - paragraphe 2 du modèle allemand de 2005.

⁵⁸³ V. l'art. 4 – « *Expropriation* » – paragraphe 1, d) du modèle chinois de 2003.

l'évaluation, d'une part, qui va consister dans le calcul de l'indemnité (1°), et l'opération d'indemnisation *stricto sensu*, d'autre part, à savoir le paiement de l'indemnité (2°).

1°) L'évaluation du montant de l'indemnité

Plus que le principe de l'indemnisation, c'est aujourd'hui l'évaluation de la valeur de l'investissement exproprié qui est au centre des attentions⁵⁸⁴. L'évaluation du bien exproprié permet alors de déterminer ce qu'est une indemnisation prompte, adéquate et effective ou juste et loyale. Elle consiste à définir la valeur recherchée et une méthode d'évaluation.

La question s'est posée de savoir s'il fallait apprécier la valeur des biens expropriés à la valeur comptable – définie comme « la différence entre l'actif et le passif de l'entreprise telle qu'elle ressort de ses états financiers, ou encore la valeur des actifs corporels expropriés inscrite au bilan de l'entreprise, c'est-à-dire leur coût, déduction faite, suivant les règles comptables généralement admises, de l'amortissement cumulé »⁵⁸⁵ – ou à la valeur réelle pour que cette valeur soit jugée adéquate. Ces valeurs ne coïncident pas toujours⁵⁸⁶.

En matière d'indemnité d'expropriation, on prend en général en compte la valeur réelle. Cela se justifie par le fait que certains pays en développement ont usé d'artifices comptables pour minorer la valeur des biens expropriés, comme le Chili au sujet du cuivre.

Dans les traités bilatéraux d'investissement, plusieurs formules coexistent⁵⁸⁷. Alors que certains accords n'évoquent que la valeur du bien sans la qualifier, comme les modèles allemand⁵⁸⁸ ou chinois⁵⁸⁹ ; les traités français ou de l'Union économique belgo-luxembourgeoise font référence à la « valeur réelle des investissements concernés »⁵⁹⁰ et le Royaume-Uni préfère la référence à la valeur authentique ou « *genuine value of the*

⁵⁸⁴ V. not., B. Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 553-595.

⁵⁸⁵ V. la traduction officieuse des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger adoptés par la Banque mondiale en 1992 (art. IV Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats, paragraphe 6) in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807, p. 805.

⁵⁸⁶ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s.

⁵⁸⁷ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 109.

⁵⁸⁸ V. l'art. 4 – « *Compensation in case of expropriation* » – paragraphe 2 du modèle allemande de 2005.

⁵⁸⁹ V. l'art. 4 – « Expropriation » - paragraphe 2 du modèle chinois : « The compensation (...) shall be equivalent to the value of the expropriated investments ».

⁵⁹⁰ V. l'art. 6 – « Dépossession et indemnisation » – paragraphe 2 du modèle français de 2006.

investment expropriated »⁵⁹¹. Il est, le plus souvent, fait référence à la valeur de marché⁵⁹² ou juste valeur de marché – « *fair market value* »⁵⁹³ – ou encore « juste valeur marchande »⁵⁹⁴ de l'investissement pour l'évaluer.

Cette valeur est également précisée dans les Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger élaborés par la Banque mondiale en 1992 :

« A défaut d'accord entre les parties sur la méthode d'évaluation ou sur l'évaluation elle-même, la juste valeur marchande est acceptable si elle est déterminée par l'Etat sur la base de critères raisonnables en rapport avec la valeur marchande de l'investissement, c'est-à-dire si elle correspond au prix qu'un acheteur de bonne foi serait normalement disposé à payer à un vendeur de bonne foi, compte tenu de la nature de l'investissement, des circonstances où se ferait son exploitation à l'avenir et de ses caractéristiques propres, en particulier de son ancienneté, de la proportion des actifs corporels dans l'investissement total et des autres facteurs en jeu dans le cas d'espèce »⁵⁹⁵.

Plusieurs méthodes pourront être utilisées pour déterminer la valeur du bien⁵⁹⁶. On pourra ainsi s'attacher à la

« valeur fiscale (*i.e.* valeur déclarée au fisc comme base d'imposition), [la] valeur assurée (*i.e.* valeur à laquelle est assurée l'entreprise) (...), [la] valeur de remplacement »⁵⁹⁷ ; mais aussi à la valeur de liquidation, la valeur comptable ou encore la valeur actualisée des flux financiers.

Le problème est qu'aucune de ces méthodes n'est pleinement satisfaisante. Alors que la valeur fiscale et la valeur assurée ne donnent pas la valeur réelle de l'entreprise, la valeur de remplacement ne tient pas compte de l'amortissement ou des profits escomptés⁵⁹⁸ ; la valeur de liquidation ne vaut que pour les entreprises dont on n'espère guère de profits ; la valeur comptable ne mesure pas tous les actifs de l'entreprise – comme le savoir-faire ou les droits

⁵⁹¹ Art. 5 – « *Expropriation* » – paragraphe 1 du modèle anglais de 2006. V. également l'art. 6 du modèle néerlandais de 1997 et l'art. 5 du modèle indien de 2003.

⁵⁹² V., par ex., l'art. IV – « *Expropriation and Compensation* » - paragraphe 2 du modèle turc de 2000 : « Compensation shall be equivalent to the market value of the expropriated investment ».

⁵⁹³ V. not., l'art. 6 – « *Expropriation and Compensation* » - paragraphe 2), b) du modèle américain de 2004 : « Compensation (...) shall (...) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment ».

⁵⁹⁴ V. l'art. 13, paragraphe 2, du modèle canadien de 2004 : « Cette indemnisation est équivalente à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement ».

⁵⁹⁵ Traduction des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger adoptés par la Banque mondiale en 1992 (article IV *Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats*, paragraphe 5) in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807, p. 805.

⁵⁹⁶ T. R. Stauffer, "Valuation of Assets in International Takings", *Energy Law Journal*, vol. 17, 1994, pp. 459-488 ; D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 315 et s. ; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-429 p.

⁵⁹⁷ S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698.

⁵⁹⁸ Cette technique a, toutefois, été utilisée dans l'affaire CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre People's Congo* (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980.

contractuels, par exemple – et ne rend pas compte des profits attendus de l'entreprise⁵⁹⁹, révélant son inadaptation face à la vie économique actuelle ; la valeur de marché présente une grande volatilité ; la méthode l'actualisation des flux financiers⁶⁰⁰ demeure aléatoire⁶⁰¹.

Les traités bilatéraux d'investissement prennent rarement partie pour l'une de ces méthodes. La plupart des traités ne les évoquent même pas, comme ceux conclus par l'Allemagne, les Pays-Bas, la Turquie, le Royaume-Uni et même les Etats-Unis. Les autres restent très vagues, notant simplement que :

« *The value shall be determined in accordance with generally recognized principles of valuation* »⁶⁰².

A cet égard, le Canada, dans son modèle de 2004, fait figure d'exception, car même s'il n'impose aucune méthode précise, il en évoque certaines :

« Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et tout autre critère permettant de déterminer la juste valeur marchande, selon le cas »⁶⁰³.

La diversité des critères à prendre en compte rend difficile l'opération d'évaluation, qui variera, de plus, en fonction de la nature de l'objet de l'expropriation qui aura un impact sur la méthode utilisée. Il faudra donc combiner les diverses méthodes pour évaluer le plus précisément possible l'investissement dans sa globalité. L'imprécision des traités bilatéraux d'investissement doit alors être saluée, l'évaluation devant obéir à une certaine flexibilité, que seuls peuvent atteindre les tribunaux arbitraux.

L'évaluation de la valeur des titres pose, par exemple, problème. En effet, certains titres ne sont pas cotés sur un marché de valeurs mobilières et la seule façon réelle d'en connaître la

⁵⁹⁹ Cette méthode a été utilisée dans l'affaire CIRDI, *Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

⁶⁰⁰ Cette technique a été utilisée dans beaucoup d'affaires, comme, par ex., CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984 ; CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mars 1986 ; CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal* (ARB/82/1), sentence du 25 février 1988 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005.

⁶⁰¹ James Crawford notait, à l'égard de cette méthode que : « des difficultés peuvent se poser dans l'application de cette méthode au calcul de la valeur en capital dans le contexte d'une indemnisation. Cette méthode fait appel à un large éventail d'éléments qui relèvent foncièrement du domaine de la spéculation, dont certains ont des répercussions importantes sur le résultat (par exemple les taux d'actualisation, les fluctuations monétaires, le taux d'inflation, le prix des produits de base, les taux d'intérêt et d'autres risques commerciaux). Ceci a amené les tribunaux à appliquer avec circonspection cette méthode » (CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, pp. 277-278). T. W. Wälde et B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1049-1125.

⁶⁰² Art. 4 – « Expropriation » - paragraphe 2 du modèle chinois de 2003. V. également l'art. 6 du modèle français de 2006, qui précise simplement que la valeur doit être « évalué[e] par rapport à une situation économique normale ».

⁶⁰³ Art. 13 – « Expropriation » - paragraphe 2, du modèle canadien d'accord pour la promotion et la protection des investissements de 2004.

valeur sera de former une commission d'évaluation. Quand les titres sont cotés sur un marché de valeurs mobilières, cela donne également lieu à des difficultés, pour deux raisons principales. D'une part, il faut savoir si le titre est porteur de son dividende au moment de la nationalisation. D'autre part, sur les marchés, les titres vont être soumis à de nombreuses fluctuations liées aux événements et, en particulier, à la possible annonce de la nationalisation. Il faudra alors tenir compte des modalités d'annonce de la nationalisation, qui auront une influence notable sur la valeur boursière.

En effet, le moment de l'évaluation devra faire l'objet d'une détermination précise. L'annonce d'une nationalisation ou même la simple menace d'une expropriation fera automatiquement chuter la valeur de l'investissement. Ainsi, même s'il n'est en général pas possible de fixer l'instant où l'expropriation devient publique, les traités bilatéraux d'investissement précisent systématiquement :

« The compensation (...) shall be equivalent to the value of the expropriated investments immediately before the expropriation is taken or the impending expropriation becomes public knowledge, whichever is earlier »⁶⁰⁴.

Le modèle allemand évoque explicitement la menace d'expropriation :

« Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation (...) became publicly known »⁶⁰⁵.

Le fait de retenir un critère large pour définir le moment de l'expropriation et non une date précise se justifie, en particulier, pour les expropriations rampantes ou *creeping expropriations*. En effet, au fur et à mesure des interférences de l'Etat, l'investissement perdra de sa valeur même si l'investisseur conserve le titre de propriété et un certain nombre de droits, au point qu'au moment de l'expropriation formelle, il sera impossible d'évaluer de façon juste et équitable la valeur du bien. Cela ressort du modèle canadien :

« Cette indemnisation est équivalente à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (...), et ne reflète aucun changement de valeur dû au fait que l'expropriation envisagée était déjà connue »⁶⁰⁶.

L'expropriation peut également viser des actifs sociaux, ce qui complique encore davantage l'opération d'évaluation. En général, la valeur de remplacement sera retenue, mais encore faut-il définir les modalités de calcul et la prise en compte possible de l'amortissement. Quand la nationalisation se fait sur les actifs, elle comprend l'ensemble de ces derniers, somme toute

⁶⁰⁴ Art. 4 – « *Expropriation* » - paragraphe 2 du modèle chinois de 2003. V. également l'art. 5 du modèle du Royaume-Uni de 2006.

⁶⁰⁵ Art. 4 – « *Compensation in case of expropriation* » - paragraphe 2 du modèle allemand de 2005.

⁶⁰⁶ Art. 13 – « *Expropriation* » - paragraphe 2 du modèle canadien de 2004.

l'entreprise elle-même. Or, la situation sera différente en fonction de l'état de santé de la société. Quand l'entreprise est en difficulté et est incapable de réaliser des bénéfices, on retiendra sa valeur de liquidation. Au contraire, si l'entreprise est en cours d'exploitation et est capable de réaliser des bénéfices, qu'il s'agit d'un *going concern*, alors il faudra calculer séparément le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Alors que le *damnum emergens* correspond au dommage direct, le *lucrum cessans* se rapporte aux profits escomptés que l'investisseur a perdus par la force des choses⁶⁰⁷. Cette dernière notion, assez critiquée, est considérée comme anachronique et fondamentalement liée à une époque où l'évaluation se faisait sur la valeur comptable et non sur la valeur réelle, l'évaluation du *lucrum cessans* ayant vocation à compenser les erreurs de cette méthode⁶⁰⁸. Par ailleurs, son évaluation est elle aussi très délicate. Diverses méthodes comptables sont utilisées pour déterminer le *lucrum cessans* et, en particulier, celle de l'actualisation des flux monétaires, qui consiste à calculer tous les flux entrants et sortants pendant la période d'exploitation et à actualiser cette somme en fonction d'un certain nombre de critères. Cependant, cette méthode paraît très aléatoire et peut aboutir à l'attribution de sommes particulièrement élevées au titre du *lucrum cessans*, qui correspondent mal à l'objet de l'indemnisation au titre des expropriations⁶⁰⁹.

Les Principes directeurs de la Banque mondiale confirment, en tout cas, la nécessité d'adapter la méthode en fonction de la nature de l'investissement :

« une évaluation sera réputée raisonnable si elle est faite selon l'une des méthodes suivantes :

- i) s'il s'agit d'une affaire rentable dont la rentabilité est bien établie : sur la base de la valeur actualisée des flux financiers ;
- ii) s'il s'agit d'une entreprise qui fait la preuve de son manque de rentabilité : sur la base de sa valeur de liquidation ;
- iii) s'il s'agit d'autres actifs : sur la base a) de la valeur de remplacement ou b) de la valeur comptable si celle-ci a été établie récemment ou déterminée au jour de l'expropriation et peut dès lors être considérée comme une estimation raisonnable de la valeur de remplacement »⁶¹⁰.

Quelle que soit la méthode utilisée, elle devra être pleinement expliquée et justifiée par le tribunal, s'agissant aujourd'hui d'une question essentielle dans l'arbitrage en matière

⁶⁰⁷ V. not., B. Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 553-595.

⁶⁰⁸ W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150.

⁶⁰⁹ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 327 et s.

⁶¹⁰ Traduction des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger adoptés par la Banque mondiale en 1992 (art. IV Expropriation et modification ou résiliation unilatérale des contrats, paragraphe 6) in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807, p. 805.

d'investissement⁶¹¹. La pratique arbitrale s'oriente, toutefois, davantage vers une combinaison de ces méthodes, pour en lisser les différences de résultats⁶¹².

Une fois l'indemnité de l'expropriation déterminée, encore faut-il en déterminer les conditions du paiement, qui seront déterminantes pour l'investisseur étranger.

2°) Le paiement de l'indemnité

La mise en œuvre pratique de l'indemnisation est si décisive pour les investisseurs que les traités bilatéraux ont pris le parti de la régler précisément⁶¹³.

Tout d'abord, l'indemnisation pourra prendre diverses formes. La plupart des traités bilatéraux d'investissement font valoir qu'elle doit être pleinement réalisable et librement transférable dans une monnaie convertible. Le modèle canadien prévoit ainsi que :

« L'indemnisation est versée sans délai et est pleinement réalisable et librement transférable. L'indemnisation doit être payable en devise librement convertible et doit inclure les intérêts »⁶¹⁴.

Le modèle néerlandais fait, à cet égard, preuve d'une grande précision :

« [Such compensation] shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants »⁶¹⁵.

Certains traités, plus réalistes, envisagent le cas d'un problème de balance de paiement, empêchant l'Etat de procéder au transfert de l'indemnité en un seul versement. Ainsi, certains traités conclus par le Royaume-Uni prévoient :

⁶¹¹ T. W. Wälde et B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1049-1125, p. 1062.

⁶¹² *Ibid.*, p. 1067.

⁶¹³ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁶¹⁴ Art. 13, paragraphe 3 du modèle canadien de 2004. V. également l'art. 6 – « Dépossession et indemnisation » – paragraphe 2 du modèle français de 2006 : « Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable »

⁶¹⁵ Art. 6 du modèle des Pays-Bas de 1997.

« in cases where compensation has been paid (...) the Contracting Party concerned may in exceptional foreign exchange situations require the transfer thereof to be effected in reasonable installments »⁶¹⁶.

Si le moment de l'évaluation est essentiel pour déterminer le montant de l'indemnisation, le moment du paiement est également important, celui-ci devant se faire sans délai et rapidement, ce qui ne signifie pas instantanément. Ainsi le Protocole au traité de 1982 entre les Etats-Unis et l'Egypte précise :

« with regard to Article III, paragraph I (d) the term « prompt » does not necessarily mean instantaneous. The intent is that the Party diligently and expeditiously carries out necessary formalities ».

Si le versement n'est pas fait immédiatement, l'Etat doit avoir proposé de payer l'indemnité ou rendu disponible la somme ou encore avoir prévu une procédure afin que l'investisseur reçoive l'indemnisation de façon prompte et effective pour que l'expropriation soit licite⁶¹⁷.

Si le versement de l'indemnité n'intervient pas immédiatement, la question des intérêts se pose⁶¹⁸. Les traités bilatéraux ont, pour la plupart, voulu préciser cette question, en particulier pour le taux d'intérêt :

« [Cette indemnité] produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié »⁶¹⁹.

Même le modèle chinois prévoit :

« The compensation shall include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment »⁶²⁰.

Même en l'absence de disposition relative aux intérêts, les tribunaux arbitraux considèrent que cela participe d'une indemnisation adéquate :

« Although not referring to interest, the Provision must be read as including a determination of interest that is compatible with those two principles. In particular, the compensation must not be eroded by the Passage of time or by the diminution in the market value »⁶²¹.

Enfin, il convient de noter que même si, substantiellement, les obligations imposées par les traités bilatéraux d'investissement ne diffèrent pas réellement, la structure des dispositions, de

⁶¹⁶ Art. 6, paragraphe 2, TBI Royaume-Uni – Sierra Leone, 1981.

⁶¹⁷ V. not., CIRDI, *Mondev International Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002, paragraphes 71-72.

⁶¹⁸ V. not., B. Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 553-595.

⁶¹⁹ Art. 6 – « Dépossession et indemnisation » – paragraphe 2 du modèle français de 2006.

⁶²⁰ Art. 4 – « Expropriation » - paragraphe 2 du modèle chinois de 2003.

⁶²¹ CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), décision sur l'annulation du 5 février 2002, paragraphe 52.

même que les formulations divergent. Ainsi, certains accords feront preuve d'une étonnante précision – et d'une longueur proportionnée – alors que d'autres s'en remettent davantage au jugement raisonnable de l'arbitre. Par exemple, le modèle français de 2006 reste très classique et prévoit simplement :

« Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité juste et préalable dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié »⁶²².

A l'opposé, les Etats-Unis font preuve d'une particulière méfiance à l'égard des arbitres pour l'indemnisation et l'essentiel de l'article 6 du modèle de 2012, relatif à l'expropriation et à l'indemnisation, détaille les conditions de cette indemnisation. Cette disposition, très précise, tente de couvrir tous les cas de figure :

« 2. L'indemnité vise au paragraphe 1 c) :

a) sera versée sans délai ;

b) devra être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation ») ;

c) ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue ; et

d) sera pleinement réalisable et librement transférable.

3. Si la juste valeur marchande est libellée dans une devise librement utilisable, l'indemnité vise au paragraphe 1 c) ne pourra être inférieure au montant de la juste valeur marchande due à la date de l'expropriation, somme majorée des intérêts ayant couru, à un taux commercial raisonnable pour ladite devise, de la date d'expropriation à la date de règlement.

4. Si la juste valeur marchande est libellée dans une devise qui n'est pas librement utilisable, l'indemnité visée au paragraphe 1 c), convertie dans la devise de règlement au taux de change du marché en vigueur à la date du règlement, ne pourra pas être inférieure :

a) au montant de la juste valeur marchande à la date d'expropriation, converti en une devise librement utilisable au taux de change en vigueur à cette date, majorée

b) des intérêts calculés au taux commercial raisonnable pour ladite devise librement utilisable, ayant couru de la date d'expropriation jusqu'à la date de règlement »⁶²³.

Il convient, cependant, de noter que si certains traités bilatéraux prévoient en détails les conditions de l'indemnisation des expropriations et de réparation des violations du traité, la

⁶²² Art. 6 – « Dépossession et indemnisation » – paragraphe 2 du modèle français de 2006.

⁶²³ Art. 6 – « Expropriation et indemnisation » – du modèle américain de 2012. Cette disposition est directement reprise du modèle de 2004.

grande majorité d'entre eux reste silencieuse ou fort imprécise⁶²⁴. Les principes dégagés dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*⁶²⁵ et repris dans les Articles sur la responsabilité internationale des Etats⁶²⁶, sont transposés dans le cadre de ces arbitrages mixtes, sans réellement créer de difficulté. Il demeure, toutefois, que l'absence d'indication dans les traités a laissé une grande marge de manœuvre aux tribunaux arbitraux⁶²⁷. Dans une affaire sur le fondement de l'ALENA – dont la solution est très certainement transposable aux traités bilatéraux d'investissement – un Tribunal constate que :

*« the lack of a measure of compensation in NAFTA for breaches other than a finding of expropriation reflected the intention of the parties to leave it open to the tribunals to determine it in light of the circumstances of the case taking into account the principles of both international law and the provisions of NAFTA »*⁶²⁸.

Les tribunaux suivent, en général, les mêmes principes que ceux posés en cas d'expropriation. Cependant, la restitution ou la satisfaction pourront, dans certains cas, être envisagés, mais cela demeure très rare.

En tout cas, même si les arbitres jouissent d'une grande liberté en la matière, ils n'en ont pas abusé, les indemnités étant, dans la plupart des cas, très raisonnables, voire inexistantes. Les tribunaux font, en effet, preuve d'une grande prudence, comme le note Thomas Wälde :

*« Recent informal statistics show that out of close to 100 investment awards over the last 20 years, less than 30 have led to an award of compensation for claimants. Except for the recent awards against the Argentine Republic and CSOB v Slovak Republic, the awards have often not been very large, in particular in relation to the claim »*⁶²⁹.

Ce constat semble assez logique, le montant des indemnités ayant un rôle essentiel à jouer dans l'acceptation des sentences et dans la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement.

*

⁶²⁴ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 334 et s.

⁶²⁵ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, N°17, p. 5.

⁶²⁶ Chapitre II (art. 34-39) de la deuxième partie des Articles in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 253 et s.

⁶²⁷ V. not. S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

⁶²⁸ CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 422.

⁶²⁹ T. W. Wälde et B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1049-1125, p. 1051.

Conclusion de la section. Les problèmes soulevés par l'indemnisation ne sont pas anodins et ont toujours fait l'objet de nombreuses controverses. Alors que l'indemnisation constituait le réel point de clivage révélant les intérêts opposés des Etats exportateurs et importateurs de capitaux, le changement de configuration de la société internationale fait qu'aujourd'hui, cette distinction n'est plus réellement valable, l'opposition d'intérêts concernant principalement les Etats dans leur ensemble face aux investisseurs et non plus les Etats entre eux.

Si le principe d'une indemnisation est reconnu, sa réalisation pourra parfois mettre en danger les droits des Etats. C'est pourquoi, après avoir admis de façon très large une indemnisation totale de toutes les mesures ayant un effet équivalent à des expropriations, tant dans les traités que dans la jurisprudence du CIRDI, une évolution s'amorce aboutissant à un renouveau du droit des expropriations. En effet, afin de préserver leur liberté normative, les Etats doivent pouvoir agir sans être constamment menacés de devoir indemniser l'ensemble des investisseurs.

Cette nouvelle préoccupation a déplacé le débat du champ de l'indemnisation à celui de la qualification des mesures d'expropriation, la jurisprudence récente étant dominée par cette question profondément en lien avec la notion d'expropriation indirecte⁶³⁰. En effet, dès lors que les réglementations adoptées par l'Etat peuvent être qualifiées d'expropriation, l'équilibre des droits et devoirs entre les Etats et les investisseurs ne peut être atteint. La conception extensive des expropriations, de même que la limitation du droit d'exproprier, posent alors problème et nécessitent de revoir la définition même de l'expropriation. Le droit des expropriations, loin d'être resté figé, contribue, dès lors, à l'affirmation et à l'évolution du droit international des investissements.

⁶³⁰ A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205, p. 205.

SECTION 2. LA VARIETE DES MESURES D'EXPROPRIATION, NOUVELLE ACTUALITE DU DROIT

Les expropriations, telles que celles du Mexique dans les années 1920 ou à l'ère du communisme dans les pays de l'Est ou encore celles liées à la décolonisation ou aux concessions de pétrole des années 1960-1970, n'existent plus. Certes, les récents développements dans le secteur de l'énergie en Bolivie et au Venezuela peuvent laisser penser à un renouveau des expropriations directes, mais le centre de gravité de la question ne se situe plus là⁶³¹. Aujourd'hui, la question essentielle porte sur les expropriations indirectes, à savoir les mesures n'impliquant pas un transfert du titre de propriété, et, en particulier, leurs conséquences sur la marge de manœuvre et les pouvoirs laissés aux Etats.

En effet, l'élasticité de la définition fournie par les traités bilatéraux d'investissement⁶³² a poussé les arbitres à qualifier un très grand nombre d'opérations d'expropriations, obligeant l'Etat à indemniser l'investisseur. Cette jurisprudence a, dès lors, fait disparaître la frontière entre les expropriations indirectes et le simple exercice par l'Etat de sa compétence normative, dans l'intérêt général, aboutissant, dès lors, à un profond déséquilibre entre les droits de l'investisseur et ceux de l'Etat.

Ainsi, alors que c'est l'union des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence qui a contribué à élaborer cette définition extensive de la notion d'expropriation (Paragraphe 1), c'est bien leur action conjointe qui a donné lieu un renouveau du droit des expropriations, désormais plus respectueux de la liberté normative des Etats (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1. UNE CONCEPTION EXTENSIVE DES EXPROPRIATIONS

On peut distinguer différents types d'expropriation, en fonction de l'existence d'un transfert du titre de propriété, seules les expropriations directes donnant lieu à un tel transfert. Cependant, ces dernières ayant pratiquement disparu⁶³³, le droit international des

⁶³¹ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

⁶³² D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 265 et s.

⁶³³ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

investissements se concentre aujourd'hui sur les expropriations indirectes, comme le remarque la CNUCED :

« it is not the physical invasion of the property that characterizes nationalizations or expropriations that has assumed importance, but the erosion of rights associated with ownership by State interferences »⁶³⁴.

Ces possibles interférences avec les droits de l'investisseur sur son investissement peuvent prendre plusieurs formes. Derrière le terme générique d'expropriation indirecte se dissimule une grande variété de mesures, parmi lesquelles figurent, sans qu'on puisse vraiment les distinguer, les mesures équivalentes à une expropriation, les mesures d'effet équivalent, les expropriations *de facto* ou encore les expropriations rampantes.

L'objectif de protection des traités bilatéraux d'investissement (A), relayé par la jurisprudence des tribunaux arbitraux (B), a placé l'ensemble de ces mesures sous le qualificatif d'expropriation, les soumettant en particulier à la condition d'indemnisation.

A. La diversité des modalités de l'expropriation

Si l'on définit les expropriations indirectes comme toutes les « mesures qui, tout en n'ayant pas pour but affiché de déposséder une personne de sa propriété, ont dans la pratique cet effet »⁶³⁵, on comprend qu'un grand nombre d'actions de l'Etat puisse être qualifié d'expropriation, d'autant plus qu'on retient une définition libérale des droits de propriété (1°). Loin de limiter ce champ, les traités bilatéraux d'investissement utilisent des formules génériques très larges, laissant subsister une conception extensive des expropriations indirectes (2°).

⁶³⁴ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p. 20.

⁶³⁵ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, P. 164.

1°) Une variété de droits et biens pouvant être soumis à expropriation

La conception large des expropriations en droit international et, plus particulièrement en droit international des investissements, tient non seulement à la variété des mesures pouvant constituer une expropriation, mais aussi à la définition large adoptée du droit de propriété et des biens couverts par ce droit.

La façon dont sont aujourd'hui envisagées les expropriations a évolué. Ainsi, même si l'on considère que le droit de propriété sur les biens matériels est protégé, la question s'est déplacée vers les biens immatériels et les droits contractuels. Le droit international général protège le droit de propriété de façon complète et empêche au maximum toute interférence gouvernementale avec les droits des investisseurs *lato sensu*. Ainsi, les droits acquis par l'investisseur du fait de contrats seront protégés.

Dès le début du siècle, une telle position a été affirmée par la Commission sur les réclamations entre les Etats-Unis d'Amérique et le Venezuela :

« *The taking away or destruction of rights acquired, transmitted, and defined by a contract is as much a wrong, entitling the sufferer to redress, as the taking away or destruction of tangible property* »⁶³⁶.

Cette position a, par la suite, été confirmée par la Cour permanente de Justice internationale dans les affaires *Oscar Chinn*⁶³⁷, celle relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*⁶³⁸ et celle sur l'*Usine de Chorzów*⁶³⁹. En admettant l'existence de droits acquis au profit des investisseurs, la Cour permanente de Justice internationale considère le droit de propriété de façon large, comme incluant les biens incorporels, et condamne les interférences de l'Etat avec ces droits. Par exemple, dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie*, la Cour mondiale a affirmé qu'il existait des droits contractuels, constitués par l'exploitation d'une société, sa direction ou l'utilisation des brevets, licences, expériences ; et que ces droits pouvaient être expropriés⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Commission des Réclamations entre les Etats-Unis d'Amérique et le Venezuela, affaire *Rudloff*, 1903. Cela a, par la suite, été confirmé par la Cour Permanente d'Arbitrage dans l'affaire des *Réclamations norvégiennes*, entre la Norvège et les Etats-Unis d'Amérique (1922) : « quelques aient été leurs intentions, les Etats-Unis ont saisi, à la fois de fait et de droit, les contrats en vertu desquels les bateaux en question étaient en train d'être ou allaient être construits ».

⁶³⁷ CPJI, affaire *Oscar Chinn*, arrêt du 12 décembre 1934, *Rec. Série A/B*, Fascicule 63, p. 65.

⁶³⁸ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Rec. Série A*, N°7, p. 5.

⁶³⁹ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, N°17, p. 5.

⁶⁴⁰ CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Rec. Série A*, N°7, p. 44.

La même position a été reprise par le Tribunal irano-américain de réclamations, qui, dans l'affaire *Starrett Housing*, considère, en s'en remettant au droit international :

« *rely on precedents in international law in which cases measures of expropriation or taking, primarily aimed at physical property, have been deemed to comprise also rights of a contractual nature closely related to the physical property* »⁶⁴¹.

De façon encore plus large, le tribunal, dans les affaires *Amoco*⁶⁴² ou *Phillips*⁶⁴³, inclut globalement les droits contractuels ou les droits afférents à une transaction commerciale.

Le CIRDI partage une telle conception. Dès l'affaire *SPP*, le tribunal reconnaît ainsi que :

« *Clearly, those rights were of a contractual rather than in rem nature. However, there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefor* »⁶⁴⁴.

Cette position a été reprise dans de nombreuses affaires, devant des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI⁶⁴⁵ ou dans d'autres cadres⁶⁴⁶, et correspond à la conception extensive de la notion d'investissement retenue par les tribunaux arbitraux et par les traités bilatéraux d'investissement.

Les biens et les droits couverts par la protection contre l'expropriation contenue dans les conventions bilatérales d'investissement ressortent aisément de la définition de

⁶⁴¹ Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. contre République islamique d'Iran*, affaire n°24, 1983.

⁶⁴² Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation contre République islamique d'Iran*, sentence du 14 juillet 1987 : « *Expropriation, which can be defined as a compulsory transfer of property rights, may extend to any right which can be the object of a commercial transaction* ».

⁶⁴³ Tribunal irano-américain de réclamations, *Phillips Petroleum Co. contre République Islamique d'Iran*, sentence du 29 juin 1989 : « *whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as the contractual rights involved in the present Case* ».

⁶⁴⁴ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992.

⁶⁴⁵ V. not., CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000 : « *it is well established that an expropriation is not limited to tangible property rights* ».

⁶⁴⁶ V. not., les sentences ALENA : S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot, Inc. contre Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000 ; *SD Myers, Inc. contre Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000 : « *The Tribunal accepts that, in legal theory, rights other than property rights may be « expropriated »* » (paragraphe 281). V. également certaines sentences de tribunaux *ad hoc*, statuant en vertu du règlement CNUDCI, not. dans l'affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana Investments Centre et Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989 : « *such prevention of [an investor] from pursuing its approved project would constitute expropriation of [the investor]'s contractual rights in the project (...) unless the Respondents can establish by persuasive evidence sufficient justification of these events* ». V. également S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001, paragraphe 591 : « *The Respondent's view that the Media Council's action did not deprive the Claimant of its worth, as there has been no physical taking of the property by the State (...) is irrelevant. What was touched and indeed destroyed was the Claimant's and its predecessor's investment as protected by the Treaty. What was destroyed was the commercial value of the investment (...) by reason of coercion exerted by the Media Council* ». V. également la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère, par ex., que les licences, les droits des actionnaires, les droits de propriété intellectuelle, les sentences arbitrales définitives, les créances, la clientèle font partie des droits protégés en vertu de l'art. 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme. V., à cet égard, A. Grgic, Z. Mataga, M. Longar et A. Vilfan, "Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme", *Précis sur les droits de l'Homme - Conseil de l'Europe*, n° 10, 2007, 52 p.

l'investissement qui figure dans ces mêmes traités. Or, ces accords comprennent une définition extensive ayant vocation à couvrir un maximum d'objets, constituée d'une définition synthétique, mais aussi d'une définition analytique sous forme de liste non exhaustive, comprenant dans tous les cas :

- « a) Les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et droit analogues ;
- b) Les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;
- c) Les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ;
- d) Les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ;
- e) Les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes »⁶⁴⁷.

Tous ces droits et biens seront considérés comme pouvant être l'objet du droit de propriété et donc, *a fortiori*, comme pouvant donner lieu à expropriation ou mesures équivalentes. Les traités bilatéraux d'investissement confirment donc le champ très extensif des droits pouvant être l'objet de mesures d'expropriation et apportent ainsi une réponse claire à cette question⁶⁴⁸.

Cette définition extensive des droits de l'investisseur, conforme à l'évolution de la notion d'expropriation, suscite aujourd'hui de nombreux doutes⁶⁴⁹ :

*« the restrictive notion of property as a material « thing » is obsolete and has ceded its place to a contemporary conception which includes managerial control over components of a process that is wealth producing »*⁶⁵⁰.

Pour ne citer que quelques exemples, l'accès aux marchés étrangers a été considéré comme un droit de l'investisseur, pouvant faire l'objet d'une expropriation :

⁶⁴⁷ Art. premier du TBI France – Zimbabwe, 2001.

⁶⁴⁸ V. *supra*, p. 343 et s.

⁶⁴⁹ V. Lowe, "Regulation or Expropriation?", *Current Legal Problems*, vol. 55, n° 1, 2002, pp. 447-466 ; S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle and H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698 ; L. Y. Fortier et S. L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 293-327 ; C. Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, pp. 108-159 ; C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184 ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁶⁵⁰ S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, paragraphe 17.

« *While Canada suggests that the ability to sell softwood lumber from British Columbia to the U.S. is an abstraction, it is, in fact, a very important part of the « business » of the Investment. Interference with that business would necessarily have an adverse effect on the property that the Investor has acquired in Canada, which, of course, constitutes the Investment* »⁶⁵¹.

Dès lors, l'impossibilité d'exporter librement porte atteinte aux droits des investisseurs, au point de pouvoir être qualifiée d'expropriation. De même, les droits contractuels, entendus *lato sensu*, peuvent faire l'objet d'une expropriation⁶⁵² :

« *The Contract falls under the definition of « investments » under the Treaty and Article 4 (2) refers to expropriation or nationalization of investments. Therefore, the State parties recognized that an investment in terms of the Treaty may be expropriated. There is nothing unusual in this regard. There is a long judicial practice that recognizes that expropriation is not limited to tangible property* »⁶⁵³.

La difficulté principale, si l'on admet que les droits contractuels font partie des biens pouvant être expropriés, va tenir à la distinction entre une violation ordinaire des droits contractuels⁶⁵⁴, qui relèvera en général du droit interne, et une expropriation de ces droits qui donnera lieu à l'application du droit international. Le critère de distinction réside dans la qualité en vertu de laquelle l'Etat agit⁶⁵⁵. C'est ce que note le Tribunal statuant sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Azurix* :

« *whether one or a series of [contractual] breaches can be considered to be measures tantamount to expropriation will depend on whether the State or its instrumentality*

⁶⁵¹ S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot, Inc. contre Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000, paragraphe 98.

⁶⁵² V. not., R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

⁶⁵³ CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 267. V. également CIRDI, *Saipem S.p.A contre Bangladesh* (ARB/05/07), sentence du 30 juin 2009 ; S.A. CNUDCI, *White Industries Australia Limited contre Inde*, sentence du 30 novembre 2011, paragraphe 12.3.2 : « *Contractual rights, whether tangible or intangible, are capable of being expropriated* ».

⁶⁵⁴ Certains tribunaux ont rejeté la qualification d'expropriation, considérant que l'Etat avait agi en tant que simple partenaire économique. V. not., CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999 ; CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004 ; CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/00/3), sentence du 30 avril 2004 : « *The mere performance of a contractual obligation is not to be equated with a taking of property, nor (unless accompanied by other elements) is it tantamount to expropriation. Any private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts* » ; CIRDI, *Parkerings Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007.

⁶⁵⁵ Cette solution était déjà admise par la Commission sur les réclamations américano-mexicaines, not. dans l'affaire *Jalapa Railroad and Power Co*, 1948 : « *In the circumstances, the issue for determination is whether the breach of contract alleged to have resulted from the nullification of clause twelfth of the contract was an ordinary one involving no international responsibility or whether said breach was effected arbitrarily by means of a governmental power illegal under international law (...) the 1931 decree of the same Legislature, (...) was clearly not an ordinary breach of contract* ». La même position a été reprise par le Tribunal irano-américain de réclamation, not. dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. contre République Islamique d'Iran*, sentence du 29 juin 1989.

has breached the contract in the exercise of its sovereign authority, or as a party to a contract »⁶⁵⁶.

Cette question est essentielle en ce qu'elle va également servir de base pour déterminer la compétence du tribunal, permettant de qualifier la réclamation de contractuelle ou conventionnelle au regard de la difficile question de la distinction entre *contract claims* ou *treaty claims*⁶⁵⁷. L'évaluation du comportement de l'Etat est donc décisive et ce n'est que si celui-ci a agi dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique que la violation du traité sera reconnue, comme le note le tribunal dans l'affaire *Impregilo* :

*« in order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority, and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT »*⁶⁵⁸.

Dès lors, il n'y a que peu de cas où la violation de droits contractuels a été considérée comme une expropriation⁶⁵⁹.

Il demeure, cependant, que la conception extensive des droits et biens pouvant faire l'objet d'une expropriation correspond bien à l'élasticité de cette notion, qui ressort en particulier des traités bilatéraux d'investissement.

2°) Une définition extensive des expropriations

Les conventions bilatérales d'investissement ont été un moyen efficace pour restaurer un climat favorable aux investissements, en endiguant les mouvements d'expropriations *stricto sensu*⁶⁶⁰. Cette question n'est donc plus réellement d'actualité, puisque les Etats ont désormais compris que l'adoption de telles mesures irait, de toutes façons, à l'encontre d'une politique incitative de l'investissement international, menée par la très grande majorité des Etats.

⁶⁵⁶ CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 315. V. également CIRDI, *Consortium R.F.C.C. contre Maroc* (ARB/00/6), sentence du 22 décembre 2003 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007.

⁶⁵⁷ V. *supra*, p. 232 et s.

⁶⁵⁸ CIRDI, *Impregilo SpA contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 260. V. également l'affaire CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, dans laquelle le tribunal a décliné sa compétence en se fondant sur le fait qu'il ne s'agissait que d'une violation du contrat et non d'une expropriation (paragraphe 161) ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.p.A contre Liban* (ARB/07/12), décision sur la compétence du 11 septembre 2009, paragraphes 182-185.

⁶⁵⁹ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

⁶⁶⁰ Il est encore trop tôt pour se prononcer sur les événements récents en Bolivie et au Venezuela.

Aujourd'hui, le débat s'est déplacé vers d'autres mesures, qui aboutissent également à faire perdre à l'investisseur la jouissance de son investissement⁶⁶¹. Les Etats hôtes prennent parfois, dans l'exercice de leurs prérogatives souveraines, des mesures attentatoires aux droits économiques ou au droit de propriété des investisseurs, sans qu'elles ne consistent en de réelles expropriations. Ces mesures sont qualifiées, de façon générique, d'expropriations indirectes ou encore d'expropriations *de facto*, de mesures équivalentes à des mesures d'expropriation, de mesures d'effet équivalent ou d'expropriations rampantes, sans que l'on sache réellement si la distinction recouvre la moindre réalité⁶⁶². Il demeure que ces mesures peuvent prendre diverses formes.

La variété de ces mesures a rendu nécessaire le passage par des conventions internationales. Néanmoins, une certaine confusion règne encore quant à la nature de celles pouvant être qualifiées d'expropriations indirectes⁶⁶³.

Ainsi, même si les clauses relatives aux expropriations dans les traités bilatéraux d'investissement visent tant les expropriations *stricto sensu*, que les expropriations indirectes, et leur appliquent le même régime juridique, aucune définition de l'expropriation indirecte n'est fournie⁶⁶⁴. Il n'existe, d'ailleurs, pas encore de définition exacte de cette notion⁶⁶⁵. Comme l'expliquent Rudolf Dolzer et Margrete Stevens :

« Such apparent reluctance to attempt a definition of « expropriation » in the BITs may be explained by the fact that a host State, as is well known, can take a number of measures which have a similar effect to expropriation of nationalization, although they do not de jure constitute an act of expropriation, such measures are generally termed « indirect », « creeping » or « de facto » expropriation »⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150.

⁶⁶² V. not. sur cette question V. Lowe, "Regulation or Expropriation?", *Current Legal Problems*, vol. 55, n° 1, 2002, pp. 447-466 ; S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in P. Daillier, G. de La Pradelle and H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698 ; L. Y. Fortier et S. L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 293-327 ; C. Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, pp. 108-159 ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁶⁶³ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 265 et s. ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁶⁶⁴ V., cependant, S.A. CNUDCI, *Ronald S. Lauder contre République tchèque*, sentence finale du 3 septembre 2001, paragraphes 199-200 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A contre Argentine (ARB/07/17)*, sentence du 21 juin 2011, paragraphe 270.

⁶⁶⁵ R. Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 1, 1986, pp. 41-65, p. 56 : « The current version of investment treaties do not in any way illuminate the issue of indirect expropriations; they rather state the problem, and presumably the rules of general international law are meant to provide the solution ». V. également, pour une étude plus approfondie, R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t. 176, III, 1983, pp. 259-391 ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁶⁶⁶ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 99.

L'OCDE avait, toutefois, fourni quelques indices dans le Commentaire de son Projet de Convention sur la protection des biens étrangers, notant que, dans le cas d'une privation indirecte de propriété :

« on se réfère à toutes les mesures prises en vue de priver injustement le ressortissant en cause de droits et entraînant effectivement la perte »⁶⁶⁷.

L'OCDE cite, par ailleurs, quelques exemples comme la :

« fiscalité excessive ou arbitraire, l'interdiction de distribuer les dividendes et l'obligation conjointe de consentir des prêts, la désignation autoritaire d'administrateurs, l'interdiction de licencier le personnel, le refus d'autoriser l'accès à des matières premières ou d'octroyer les licences d'importation ou d'exportation nécessaires »⁶⁶⁸.

L'absence de définition de l'expropriation indirecte semble alors liée au fait qu'elle puisse prendre plusieurs formes et consister en un acte, un fait ou une omission ou encore une série d'actes, de faits ou d'omission⁶⁶⁹.

Même s'il n'existe pas de définition dans les traités bilatéraux d'investissement, il faut être attentif aux termes auxquels recourent ces accords⁶⁷⁰. Ainsi, la conception large des expropriations ressort de la terminologie employée. Les traités bilatéraux font majoritairement référence aux nationalisations ou expropriations, mais il peut arriver qu'ils utilisent les termes de dépossession⁶⁷¹, de saisie de biens⁶⁷² ou de privation de propriété – ou en anglais de « *dispossession* », « *taking* »⁶⁷³, « *deprivation* » ou « *privation* »⁶⁷⁴. Aucun de ces termes n'est, en général, défini dans les conventions bilatérales d'investissement.

La plupart des accords comprennent, de plus, des précisions sur la nature de ces mesures et font référence explicitement aux expropriations indirectes⁶⁷⁵. Certains précisent simplement

⁶⁶⁷ V. le point 4, a), du Commentaire du Projet de l'OCDE de Convention sur la protection des biens étrangers, 1967.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, point 4, b).

⁶⁶⁹ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

⁶⁷⁰ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 265 et s.

⁶⁷¹ V., pour un commentaire sur l'utilisation de ce terme, CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphes 192-195. V. également D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p., p. 548 et s.

⁶⁷² V. not., l'art. 3 sur la « Saisie de biens » du Projet OCDE de Convention sur la protection des biens étrangers, 1967.

⁶⁷³ Dans le second Restatement des Etats-Unis sur le droit des relations étrangères – Second Restatement Foreign Relations Law of the United States – le terme « *taking* » est défini comme une : « conduct attributable to a state that is intended to and does effectively deprive an alien of substantially all the benefit of his interest in property even though the state does not deprive him of his entire legal interest in the property ».

⁶⁷⁴ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 98.

⁶⁷⁵ Pour une analyse de divers accords, v. not. D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 265 et s. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

qu'ils s'appliquent aux expropriations directes ou indirectes⁶⁷⁶ ou encore à toutes les « mesures (...) privant [les ressortissants de l'autre Partie contractante] directement ou indirectement de leurs investissements »⁶⁷⁷. D'autres font référence aux « mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux ou sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant »⁶⁷⁸ ; aux « mesures équivalent à une nationalisation ou à une expropriation »⁶⁷⁹ ; aux « mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation »⁶⁸⁰ ou aux « mesures dont les conséquences équivalaient à une expropriation ou à une nationalisation »⁶⁸¹.

Ainsi, si certains Etats ont opté pour des formules très générales ; d'autres limitent le droit d'exproprier, de nationaliser ou de prendre des mesures similaires ou équivalentes⁶⁸² ; alors que d'autres encore s'intéressent davantage aux effets de telles mesures. Certains en ont donc conclu qu'il existait deux approches, celle se fondant sur les notions d'expropriation directe ou indirecte et celle se fondant sur les mesures d'effet équivalent⁶⁸³.

Ces diverses formulations ne sont, certes, pas anodines et certains se sont appuyés sur la distinction entre mesures équivalentes et mesures d'effet équivalent pour soutenir la méthodologie consistant à faire dépendre la qualification de l'expropriation essentiellement de l'effet de la mesure⁶⁸⁴. Une interprétation conforme aux termes employés impose, en effet, de vérifier que l'effet de la mesure est équivalent à l'effet d'une mesure d'expropriation ou de nationalisation pour qualifier l'acte en cause.

Cette position fut suivie par le tribunal statuant sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *Metalclad*⁶⁸⁵, dans laquelle une société canadienne, implantée au Mexique, faisait valoir que la réglementation locale équivalait à une nationalisation et devait donc donner lieu à indemnisation. L'application par la municipalité mexicaine de la législation sur l'environnement, même si elle était générale, prise dans l'intérêt public et non discriminatoire, rendait impossible l'exploitation de l'investissement canadien – une usine de traitement des

⁶⁷⁶ V. l'art. IV du modèle turc de 2000.

⁶⁷⁷ Art. 6 du modèle néerlandais de 1997. V. également, par ex., l'art. 6 du TBI Mali - Pays-Bas, 2003.

⁶⁷⁸ Art. 6, paragraphe 2, du modèle français de 2006. V. également, par ex., l'art. 4 du TBI France – Turquie, 2006 ; l'art. 6 du TBI France – Sénégal, 2007.

⁶⁷⁹ Art. 13, paragraphe 1, du modèle canadien de 2004. V. également l'art. 4 du modèle chinois de 2003, qui prévoit « *Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take other similar measures* » ; l'art. 6 des modèles américains de 2004 et de 2012.

⁶⁸⁰ Art. 5 du modèle anglais de 2005. V. également, par ex., l'art. 5 du TBI Royaume-Uni – Vietnam, 2002 ; l'art. 5 du TBI la Barbade – UEBl, 2009.

⁶⁸¹ Art. 5 du modèle indien de 2003 et art. 4 du modèle allemand de 2005. V., par ex., l'art. 4 du TBI Allemagne – Chine, 2003 ; l'art. 5 du TBI Allemagne – Guinée, 2006. V. également l'art. 5 du TBI Inde – UEBl, 1997.

⁶⁸² V., en particulier, S. Manciaux, "Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements" in F. Horchani, *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Pedone, Paris, 2007, pp. 73-74.

⁶⁸³ V., not., CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p. 22.

⁶⁸⁴ V. *infra*, p. 652 et s. V. également K. J. Vandavelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁶⁸⁵ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

déchets toxiques – et constituait donc une mesure ayant un effet équivalent à une mesure de nationalisation, donnant lieu à indemnisation. Le tribunal a appliqué la théorie des effets, en considérant qu'il suffit que la mesure prise, indépendamment de son objet, ait pour effet de priver l'étranger de ses droits liés à son investissement pour qu'elle soit indemnisable.

Déduire de la formule « mesure d'effet équivalent » une interprétation exclusivement fondée sur l'effet de la mesure donne une portée très extensive aux expropriations indirectes. Cette interprétation a mis en lumière les dangers de telles dispositions dans les traités bilatéraux d'investissement et a entraîné un renouveau du droit international des investissements⁶⁸⁶.

A l'inverse, la formule employée par les traités peut parfois aboutir à réduire le champ des expropriations indirectes, comme l'a récemment révélé l'affaire *Total* :

« The use of the terms « dépossession » or « mesures dont l'effet est de déposséder » to characterise indirect expropriation is typical of French BITs. As stressed by two authoritative French commentators « dans son acceptation habituelle, la mesure de dépossession est celle qui prive l'investisseur de ses droits essentiels sur l'investissement au profit de l'autorité publique, quelles que soient les modalités de cette dépossession ». Contrary to Total's position, in requiring a loss of material control over the investment, the term « dispossession » in Article 5 (2) appears somehow to be more restrictive than the parallel provisions in the Argentina-US (« tantamount to expropriation ») and the Argentina-UK BIT which refer only to « equivalent to nationalisation or expropriation ». Since Total has not been dispossessed of its TGN holding nor of the management of its business, the Tribunal concludes that the requirement of dispossession under Article 5 (2) has not been met »⁶⁸⁷.

La formule employée par les traités bilatéraux d'investissement pourra donc avoir un effet dans l'appréhension des expropriations indirectes, l'interprétation des « mesures dont l'effet est de déposséder » étant plus restrictive que celle des mesures équivalant à une expropriation. La mesure n'a ainsi, dans le cas de *Total*, pas été qualifiée d'expropriation.

Cependant, même s'il faut être attentif aux termes employés par les traités, il ne faut, toutefois, pas différencier des catégories de mesures, sans que celles-ci correspondent à l'esprit du texte ou à la volonté des parties. En réalité, les traités allient les diverses approches afin d'avoir la portée la plus large possible, sans que les formules soient réellement révélatrices d'une intention particulière⁶⁸⁸. L'incertitude régnant parmi les expropriations indirectes ne rend, de plus, pas très opportune de telles distinctions, très difficiles à mettre en œuvre et qui ne font qu'ajouter un doute supplémentaire. Il convient donc de considérer que :

⁶⁸⁶ V. *infra*, p. 673 et s.

⁶⁸⁷ CIRDI, *Total S.A. contre Argentine* (ARB/04/1), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphe 94 (références omises). V. également CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), sentence du 2 juin 2000.

⁶⁸⁸ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 265 et s.

« les mesures d'effet équivalent [ne sont qu']une autre appellation des mesures d'expropriation indirecte »⁶⁸⁹.

La plupart des tribunaux assimilent ainsi l'ensemble des mesures sous le terme générique d'expropriation indirecte, les expressions étant « *functionally equivalent* »⁶⁹⁰.

Pourtant, lorsqu'est en cause une série d'actions ou d'omissions, l'expropriation est souvent qualifiée de rampante ou de constructive⁶⁹¹ pour bien insister sur l'effet cumulatif, comme le note le tribunal dans l'affaire *Generation Ukraine* :

« *Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulated the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property* »⁶⁹².

La période de temps n'est pas décisive et seul l'aspect cumulatif des actions ou omissions est déterminant :

« *the period of time involved in the process may vary – from an immediate and comprehensive taking to one that gradually and by small steps reaches a condition in which it can be said that the owner has truly lost all attributes of ownership. It is clear, however, that a measure or series of measures can still eventually amount to a taking, though the individual steps in the process do not formally purport to amount to a taking or to a transfer of title* »⁶⁹³.

De même, chacune des actions, prise séparément, ne sera pas nécessairement prohibée, mais c'est bien l'ensemble qui sera considéré comme illicite :

« *Expropriation may occur in the absence of a single decisive act that implies a taking of property. It could result from a series of acts and/or omissions that, in sum, result in*

⁶⁸⁹ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 169. V. CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006.

⁶⁹⁰ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002. V. également S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot, Inc. contre Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000 ; S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000 ; CIRDI, *Middle East Cement Shipping et Hetling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), sentence du 12 avril 2002.

⁶⁹¹ B. H. Weston, "Constructive Takings under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, 1975, pp. 103-175 ; W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

⁶⁹² CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, paragraphe 20.22. V. également, CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre Congo* (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980 ; CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia* (ARB/83/2), sentence du 31 mai 1986 ; CIRDI, *Tradex Hellas S.A. contre Albanie* (ARB/94/2), sentence du 29 avril 1999 ; CIRDI, *Metalclad Corp. contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 107 ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 263.

⁶⁹³ CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000.

a deprivation of property rights (...) Each of these actions, viewed in isolation, may not have constituted expropriation. But the sum of them caused an « irreparable cessation of work on the project » »⁶⁹⁴.

Les expropriations rampantes, aussi qualifiées d'expropriation par harcèlement ou de *creeping expropriation*, sont ainsi définies par la CNUCED comme :

« the slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of its investment. The legal title to the property remains vested in the foreign investor but the investor's rights of use of the property are diminished as a result of the interference by the State »⁶⁹⁵.

La notion d'expropriation rampante a un impact important sur la méthode employée pour la qualification, étant donné que ces mesures ne peuvent être considérées comme des expropriations qu'*a posteriori*, comme le font remarquer Robert Reisman et Michael Sloane :

« Discrete acts, analyzed in isolation rather than in the context of the overall flow of events, whether legal or not in themselves, seem innocuous vis-à-vis a potential expropriation. Some may not be expropriatory in themselves. Only, in retrospect will it become evident that those acts comprised part of an accretion of deleterious acts and omissions, which in the aggregate expropriated the foreign investor's property rights »⁶⁹⁶.

Pourtant, cette distinction entre expropriation indirecte, rampante ou mesure d'effet équivalent à une expropriation n'a pas de conséquence pratique ou de véritable contenu théorique :

« If the measures are implemented over a period of time, they could also be characterized as « creeping », which the Tribunal also believes is not distinct in nature from, and is subsumed by, the terms « indirect » expropriation or « tantamount to expropriation » »⁶⁹⁷.

Les doutes subsistant sur la qualification de ces mesures, des Etats sont, cependant, allés vers plus de précision. Certains traités bilatéraux d'investissement donnent ainsi des exemples d'expropriations indirectes, se référant à :

⁶⁹⁴ CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 329 (référence omise). V. également S.A. CNUDCI, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana Investments Centre et Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989 ; l'opinion dissidente de l'arbitre Keith Highet dans l'affaire CIRDI, *Waste Management, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), sentence du 2 juin 2000 : « a « creeping » expropriation is comprised of a number of elements, none of which can – separately – constitute the international wrong. These constituent elements include non-payment, non-reimbursement, cancellation, denial of judicial access, actual practice to exclude, non-conforming treatment, inconsistent legal blocks and so forth ».

⁶⁹⁵ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p. 11.

⁶⁹⁶ W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150, pp. 123-124.

⁶⁹⁷ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

« any other measures or series of measures, direct or indirect, tantamount to expropriation (including the levying of taxation, the compulsory sale of all or part of an investment, or the impairment or deprivation of its management control or economic value) »⁶⁹⁸.

La Canada, quant à lui, donne clairement une définition des expropriations indirectes dans son modèle d'accord de 2004 :

« L'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'un train de mesures d'une Partie qui a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple »⁶⁹⁹.

Il demeure que l'imprécision générale qui règne dans ces conventions, de même que le champ extensif qu'elles attribuent aux expropriations indirectes, ont rendu décisive l'opération de qualification des tribunaux arbitraux, qui ont dû découvrir leurs propres critères de distinction et élaborer une méthodologie spécifique.

B. Le caractère essentiel de l'opération de qualification

L'absence de critère précis dans les traités bilatéraux d'investissement, permettant de qualifier certaines mesures d'expropriations indirectes, a obligé les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI à élaborer leur propre définition de ces opérations. Au fur et à mesure de leur jurisprudence, les arbitres ont découvert plusieurs caractères. Cependant, ceux-ci ont été considérés comme des indices peu discriminants (1°), seul l'effet de la mesure étant considéré comme réellement décisif (2°).

1°) Une pluralité d'indices

La jurisprudence internationale reconnaît depuis longtemps l'existence d'expropriations indirectes et les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI n'ont eu aucune difficulté à constater une telle possibilité. Par exemple, le Tribunal, dans l'affaire *Metalclad*, note :

⁶⁹⁸ Art. 3 du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 1982.

⁶⁹⁹ Annexe B. 13 (1) a) du modèle du Canada de 2004.

« Thus, expropriation (...) includes not only open, deliberate and acknowledge takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State »⁷⁰⁰.

Parmi ces mesures peuvent ainsi figurer, comme le remarque le Tribunal dans l'affaire *Feldman* :

« confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions »⁷⁰¹.

Si certaines mesures sont, à l'évidence, des expropriations, d'autres méritent un examen plus poussé. Les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI disposaient déjà de certains indices fournis par la jurisprudence arbitrale – en particulier celle du Tribunal irano-américain de réclamations⁷⁰² – ou juridictionnelle – avec les travaux de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁰³, mais ont dû élaborer leur propre méthodologie dans l'opération de qualification⁷⁰⁴.

Les tribunaux procéderont donc à une étude casuistique des faits de chaque affaire pour déterminer si les droits sur l'investissement ont été effectivement neutralisés et s'il y a lieu de qualifier la mesure ou le fait d'expropriation indirecte⁷⁰⁵. Cette méthode d'analyse des expropriations, tirée de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis⁷⁰⁶, a été précisée par certains traités bilatéraux, qui rappellent que :

« Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits »⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ CIRDI, *Metalclad Corp. contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 103.

⁷⁰¹ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

⁷⁰² V. not., dans la jurisprudence du Tribunal irano-américain de réclamations, les affaires *Tippetts* (sentence du 29 juin 1984), *Starrett* (sentence interlocutoire du 19 décembre 1983) et *ITT* (sentence d'accord du 26 mars 1983).

⁷⁰³ V., en particulier, CEDH, *Sporrong and Lönnroth contre Suède*, jugement du 23 septembre 1982, Ser. A N°52 ; CEDH, *Papamichalopoulos et al. contre Grèce*, jugement du 24 juin 1993, Ser. A N°260-B ; CEDH, *Brumarescu contre Roumanie*, jugement du 28 octobre 1999.

⁷⁰⁴ V. not., S. Manciaux, "Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements" in F. Horchani, *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Pedone, Paris, 2007, pp. 73-94.

⁷⁰⁵ D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p., p. 285 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁷⁰⁶ Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Penn Central Transportation Company c. New York City*, 1978.

⁷⁰⁷ Annexe B. 13 (1), b) du modèle canadien de 2004. V. également l'annexe B, paragraphe 4, a), du modèle des Etats-Unis de 2012.

Toutefois, même si l'étude au cas par cas est centrale, certains principes directeurs ou caractères se sont distingués, aidant à qualifier l'expropriation.

Le premier critère concerne la durée de l'interférence avec les droits de propriété ou la jouissance de l'investisseur. Les tribunaux considèrent, en général, que l'atteinte doit être permanente et irréversible. Dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal note que :

« *It is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent* »⁷⁰⁸.

Cependant, le Tribunal statuant dans l'affaire *S.D. Myers* a considéré que, dans certains cas exceptionnels, l'interférence même partielle et temporaire pouvait être qualifiée d'expropriation :

« *An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary* »⁷⁰⁹.

Le Tribunal a, toutefois, rejeté la qualification d'expropriation dans cette affaire, étant donné que l'interférence avec les droits de l'investisseur n'avait duré que dix-huit mois. A l'opposé, la suspension d'une licence pendant quatre mois⁷¹⁰ et la saisie des biens de l'investisseur pendant environ un an⁷¹¹ ont été considérées comme suffisantes pour constituer une expropriation.

La jurisprudence n'est donc pas totalement cohérente concernant la durée de l'atteinte aux droits de l'investisseur⁷¹². Cependant, ce critère ne peut être appréhendé seul et dépend largement de la gravité de l'atteinte.

Le deuxième critère concerne, en effet, la nature de l'atteinte par l'Etat aux droits de l'investisseur, qui peut consister en une action, mais aussi en une omission⁷¹³, contrairement à ce qu'avait affirmé le Tribunal dans l'affaire *Olguin*⁷¹⁴.

⁷⁰⁸ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 116. Le Tribunal reprend la jurisprudence élaborée par le Tribunal des réclamations irano-américain, notamment dans les affaires : Tribunal irano-américain de réclamations, *Tippetts contre République Islamique d'Iran*, sentence du 29 juin 1984 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Phelps Dodge Corporation et al. contre Iran*, sentence n°217-99-2 du 19 mars 1986. V. également CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphe 193 ; CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH contre Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010, paragraphe 410.

⁷⁰⁹ S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 283.

⁷¹⁰ CIRDI, *Middle East Cement Shipping et Hetling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), sentence du 12 avril 2002, paragraphe 107.

⁷¹¹ CIRDI, *Wena Hotels Limited contre Egypte* (ARB/98/4), sentence du 8 décembre 2000, paragraphe 9. V. également CIRDI, *Consortium R.F.C.C. contre Maroc* (ARB/00/6), sentence du 22 décembre 2003, paragraphe 68.

⁷¹² A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁷¹³ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphes 106-107 ; S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République tchèque*, sentence partielle du 13 septembre 2001,

La question s'est posée de savoir si une expropriation pouvait être constituée que de simples omissions. C'est ce qu'a reconnu le tribunal dans l'affaire *Amco*, en établissant que le déni de protection du propriétaire équivalait à une expropriation :

*« expropriation in international law also exists merely by the state withdrawing the protection of its courts from the owner expropriated, and tacitly allowing a de facto possessor to remain in possession of the thing seized, as did the Roman praetor in allowing longi temporis praescripto »*⁷¹⁵.

Il a d'ailleurs été considéré que même si la clause relative aux expropriations contenue dans le traité bilatéral d'investissement faisait référence aux mesures, l'objectif n'était pas d'exclure les omissions du champ de la protection. Un tribunal *ad hoc* statuant dans l'affaire *Eureko* a noté qu'il était :

*« obvious that the rights of an investor can be violated as much by the failure of a Contracting State to act as by its actions »*⁷¹⁶.

Une telle interprétation découle logiquement des objectifs des traités. Il demeure, toutefois, certains cas exceptionnels où il a été considéré qu'une expropriation impliquait nécessairement une action positive de la part de l'Etat :

*« Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur ; omissions, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place »*⁷¹⁷.

Un troisième critère va s'attacher, comme le traitement juste et équitable, aux attentes de l'investisseur. Les attentes de l'investisseur découlent, non seulement des engagements de l'Etat, mais aussi du contexte général régnant sur son territoire au moment de la constitution de l'investissement. Le Tribunal, dans l'affaire *Azurix*, insiste sur le fait qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un engagement individuel pris par l'Etat, ces attentes :

*« are not necessarily based on a contract but on assurances explicit or implicit, or on representations made by the State which the investor took into account in making the investment »*⁷¹⁸.

paragraphe 591 et s. ; CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 329.

⁷¹⁴ CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001, paragraphe 84 : « For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party of the property it owns, in such a way that whoever performs those actions will acquire, directly or indirectly, control, or at least the fruits of the expropriated propriety. Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur; omission, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place ».

⁷¹⁵ CIRDI, *Amco Asia Corporation contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1983.

⁷¹⁶ S.A. *ad hoc*, *Eureko BV contre Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005, paragraphe 186.

⁷¹⁷ CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001, paragraphe 84.

⁷¹⁸ CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 318.

Cela ne signifie pas pour autant que tout changement de législation constitue une violation des attentes légitimes de l'investisseur⁷¹⁹ et il faut alors s'attacher à la situation particulière de chaque Etat.

En cas d'engagement explicite de l'Etat, les attentes légitimes de l'investisseur créent une forte présomption quant à l'existence d'une expropriation, comme l'a remarqué le Tribunal dans l'affaire *Metalclad* :

*« These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation »*⁷²⁰.

Cependant, certains tribunaux arbitraux considèrent que les attentes légitimes de l'investisseur doivent relever exclusivement du traitement juste et équitable :

*« There is not always a clear distinction between indirect expropriation and violation of legitimate expectations (...). According to this Tribunal, the violation of a legitimate expectation should rather be protected by the fair and equitable treatment standard »*⁷²¹.

Ces caractères des expropriations indirectes ont donné lieu à une jurisprudence fluctuante, qui semble profondément liée aux faits de chaque affaire. Cependant, plus que de véritables critères, il ne s'agit que de simples indices, non réellement discriminants et accessoires au regard du véritable critère que constitue l'effet de la mesure. Ainsi, même si ces caractéristiques aident l'arbitre dans l'opération de qualification, celle-ci dépend surtout de l'effet de la mesure qui, si « elle aboutit à une dépossession effective de la propriété »⁷²² sera nécessairement considérée comme une expropriation, justifiant une indemnisation de l'investisseur⁷²³.

⁷¹⁹ V. not., S.A CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005.

⁷²⁰ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 107. V. également CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 149.

⁷²¹ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphe 227.

⁷²² C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 168.

⁷²³ V., pour une application récente de la « sole effect doctrine » : CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphes 326-328.

2°) L'effet de la mesure, unique critère de qualification

Même si plusieurs indices sont à la disposition des arbitres dans leur opération de qualification de l'expropriation, un critère principal – voire unique – est utilisé par la plupart des tribunaux et consiste à analyser l'impact de la mesure sur la propriété et la jouissance du bien par l'investisseur. Il est à l'origine de ce que Rudolf Dolzer a qualifié de « *sole effect doctrine* »⁷²⁴.

Dans leur opération de qualification des expropriations indirectes, les arbitres se sont, en effet, concentrés sur l'effet de la mesure, entendue comme l'interférence de l'action de l'Etat avec le droit de propriété de l'investisseur⁷²⁵. Cela découle d'une conception large des expropriations, comme l'affirme le Tribunal dans l'affaire *Metalclad* :

*« expropriation (...) includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property »*⁷²⁶.

L'élévation de l'effet de la mesure en critère unique de qualification des mesures d'expropriation a, paradoxalement imposé la vérification de multiples conditions, positives comme négatives.

Le critère de l'effet se double ainsi d'une condition positive, liée au degré de l'ingérence de l'Etat. En effet, il est unanimement reconnu qu'il est nécessaire que la mesure atteigne un certain degré d'interférence avec les droits de l'investisseur pour qu'elle puisse être qualifiée d'expropriation. La difficulté tient alors à la détermination de ce niveau en-deçà duquel une mesure ne sera jamais considérée comme une expropriation. Comme l'explique le Tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot*, une simple interférence avec les droits de l'investisseur ne suffit pas et il faut véritablement que l'investisseur soit privé de ses droits fondamentaux :

« While it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has be "taken" from

⁷²⁴ R. Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64-93, p. 79.

⁷²⁵ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459, p. 438.

⁷²⁶ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 103. V. également S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République tchèque*, sentence partielle, 13 septembre 2001, paragraphe 606.

the owner. Thus, the Harvard Draft defines the standard as requiring interference that would “justify an inference that the owner will not be able to use, enjoy, or dispose of the property”. The Restatement, in addressing the question whether regulation may be considered expropriation, speaks of “action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property” (...) under international law, expropriation requires a “substantial deprivation” »⁷²⁷.

Cela se justifie aisément par le fait que la mesure doit avoir un effet équivalent à une mesure d’expropriation ou de nationalisation. Comme l’explique le Tribunal dans l’affaire *Impregilo* :

« the effect of the measures taken must be of such importance that those measures can be considered as having an effect equivalent to expropriation »⁷²⁸.

Certains tribunaux arbitraux ont alors considéré que l’interférence avec les droits de l’investisseur doit être persistante et irréparable :

« The Tribunal finds that the conduct of the Kyiv City State Administration (...) does not come close to creating a persisting or irreparable obstacle to the Claimant’s use, enjoyment or disposal of its investment »⁷²⁹.

En général, c’est le critère de la privation substantielle ou « *substantial deprivation* » qui est utilisé pour déterminer si une mesure peut être qualifiée d’expropriation⁷³⁰.

Plus précisément, cette privation substantielle doit s’analyser au regard du contrôle exercé par l’investisseur sur son investissement. Comme le note le Tribunal dans l’affaire *LG & E* :

« the host State’s actions or conduct do not involve « overt taking » but the taking occurs when governmental measures have « effectively neutralize[d] the benefit of property of the foreign owner ». Ownership or enjoyment can be said to be « neutralized » where a party no longer is in control of the investment or where it cannot direct the day-to-day operations of the investment (...) Interference with the investment’s ability to carry on its business is not satisfied where the investment continues to operate, even if profits are diminished »⁷³¹.

⁷²⁷ CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphe 102. V. également au paragraphe 88 : « mere interference is not expropriation ; rather, a significant degree of deprivation of fundamental rights of ownership is required ».

⁷²⁸ CIRDI, *Impregilo SpA contre Pakistan* (ARB/03/3), décision sur la compétence du 22 avril 2005, paragraphe 279.

⁷²⁹ CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003, paragraphe 20.32.

⁷³⁰ V., par ex., CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 262 : le tribunal retient le critère de la « *substantial deprivation* », s’attachant à vérifier « *whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized* ». V. également CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphes 190-192 ; CIRDI, *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft contre Hongrie* (ARB/07/22), sentence du 23 septembre 2010, paragraphes 14.3.1-14.3.4 ; CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH contre Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010, paragraphe 410 ; CIRDI, *Railroad Development Corporation contre Guatemala* (ARB/07/23), sentence du 29 juin 2012, paragraphes 151-152.

⁷³¹ CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphes 188 et 191. V. également CIRDI, *Azurix*

Si la privation doit être substantielle, cela ne signifie pas qu'il faut, pour qualifier une mesure d'expropriation, que l'investisseur ait perdu tout contrôle sur son investissement. L'investisseur peut très bien subir une expropriation indirecte, qui ne le prive pas du contrôle de son investissement, mais de sa jouissance, de son utilisation ou de ses bénéfices⁷³².

Certains ont alors considéré qu'il fallait une perte substantielle de contrôle sur l'investissement ou de sa valeur⁷³³, alors que d'autres se sont intéressés à l'effectivité des droits des investisseurs⁷³⁴. Ainsi, dans l'affaire *Tippetts*, le Tribunal irano-américain s'attache à la perte durable des droits de l'investisseur sur son investissement :

« *While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government (...) such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral* »⁷³⁵.

Le critère lié au degré d'interférence avec les droits de l'investisseur a, en tout cas, permis d'exclure un grand nombre de mesures du champ de l'expropriation⁷³⁶, empêchant dès lors leur indemnisation, du moins sur ce terrain⁷³⁷.

Il semble qu'un autre caractère – cette fois négatif – de l'expropriation permette de discriminer entre les diverses mesures qu'un Etat peut prendre et qui interfèrent avec les droits des investisseurs : l'expropriation ne doit pas nécessairement profiter à l'Etat⁷³⁸ ou

Corp. contre Argentine (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 322 ; CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphe 256.

⁷³² R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s. V., par ex., CIRDI, *Middle East Cement Shipping et Hetling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), sentence du 12 avril 2002.

⁷³³ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p. 41.

⁷³⁴ V. la sentence rendue dans l'affaire *Revere Copper and Brass Inc. contre Overseas Private Investment Corporation*, sentence du 24 août 1978.

⁷³⁵ Tribunal irano-américain de réclamations, *Tippetts contre République Islamique d'Iran*, sentence du 29 juin 1984. V. également Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc., Starrett Housing International, Inc. contre République Islamique d'Iran*, affaire n°24, 19 décembre 1983, dans laquelle il a été considéré qu'il existait une expropriation lorsque l'Etat interférait avec les droits de propriété de l'investisseur « to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated ». V. également S.A. CNUDCI dans l'affaire *Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana*, sentence du 27 octobre 1989.

⁷³⁶ V. not., les affaires CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001 ; CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000 ; LCIA, *Occidental Exploration and Production Co. contre Equateur* (N°UN3467), sentence du 1^{er} juillet 2004. V., pour le CIRDI : CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006.

⁷³⁷ Il a parfois été considéré que même si les clauses relatives aux expropriations n'avaient pas été violées, le comportement de l'Etat était contraire au standard du traitement juste et équitable ou au traitement national. V. not. S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 194 ; Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, *Petrobart Limited contre Kirghizistan* (Arbitrage N°126/2003), sentence du 29 mars 2005.

⁷³⁸ V. not., CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 103. Le Tribunal reconnaît qu'une expropriation peut intervenir « *even if not necessarily to the obvious benefit of the host state* ».

permettre une prise de valeur⁷³⁹. C'est pourquoi il faut davantage évoquer la dépossession de l'investisseur que la prise de possession par l'Etat. En effet, comme l'a très vite noté un tribunal statuant sous l'égide du CIRDI, l'expropriation peut très bien intervenir au bénéfice d'un tiers :

*« it is generally accepted in international law, that a case of expropriation exists not only when a state takes over property but also when the expropriating state transfers ownership to another legal or natural person »*⁷⁴⁰.

Le tribunal statuant dans l'affaire *Tecmed* est allé encore plus loin, considérant qu'il n'était pas nécessaire de démontrer que l'expropriation avait profité à l'Etat, ni même à un tiers :

*« Although formally an expropriation means a forcible taking by the Government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect, the term also covers a number of situations defined as de facto expropriation, where such actions or laws transfer assets to third parties different from the expropriating State or where such laws or actions deprive persons of their ownership over such assets without allocating such assets to third parties or to the Government »*⁷⁴¹.

Même si certaines décisions arbitrales s'éloignent de cette position⁷⁴², tout conduit à se placer exclusivement du point de vue de l'investisseur et de ses droits pour déterminer si la mesure peut être qualifiée d'expropriation, sans réellement prendre en considération l'Etat.

Cela implique, dès lors, que l'intention de l'Etat ne jouera qu'un rôle dérisoire dans la qualification de l'expropriation. Ainsi, dans les affaires des *Réclamations norvégiennes*⁷⁴³ ou de l'*Usine de Chorzów*⁷⁴⁴, une attention prédominante était accordée à l'effet sur l'investisseur plutôt qu'à l'intention de l'Etat⁷⁴⁵. Cela a été confirmé par le Tribunal irano-américain, qui note que :

⁷³⁹ L. Y. Fortier et S. L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 293-327 ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁷⁴⁰ CIRDI, *Amco Asia Corporation contre Indonésie* (ARB/81/1), sentence du 20 novembre 1984.

⁷⁴¹ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 113.

⁷⁴² V., par ex., CIRDI, *Eudoro A. Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001, dans laquelle le tribunal a refusé de considérer qu'il existait une expropriation du fait que la mesure n'aboutissait pas à une appropriation par l'Etat : « For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party of the property it owns, in such a way that whoever performs those actions will acquire, directly or indirectly, control, or at least the fruits of the expropriated property » (paragraphe 84). V. également S.A. CNUDCI, *Ronald S. Lauder contre République tchèque*, sentence finale du 3 septembre 2000, paragraphes 202-203.

⁷⁴³ CPA, affaire des *Réclamations norvégiennes* entre la Norvège et les Etats-Unis d'Amérique, sentence du 13 octobre 1922.

⁷⁴⁴ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928, *Rec. Série A*, N°17, p. 5.

⁷⁴⁵ G. C. Christie, "What Constitutes a Taking of Property Under International Law", *BYBIL*, vol. 38, 1962, pp. 307-338 ; R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t. 176, III, 1983, pp. 259-391.

« *The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact* »⁷⁴⁶.

Les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont souvent repris cette conception, affirmant que :

« *In considering whether measures taken by government constitute expropriation the determinative factors are the intensity and duration of the economic deprivation suffered by the investor as the result of them* »⁷⁴⁷.

C'est ainsi qu'est née la doctrine du « *sole effect* » ou du seul effet, selon laquelle l'effet de l'action de l'Etat est l'élément déterminant, voire le seul critère à prendre en considération, effaçant totalement l'intention de l'Etat ou l'intérêt public⁷⁴⁸. Un tribunal statuant sous l'égide du CIRDI reprend presque exactement la formule du Tribunal irano-américain et note que :

« *The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures; and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects* »⁷⁴⁹.

Cela ne signifie, toutefois, pas que l'intention de l'Etat n'aura aucun effet car, au contraire, elle pourra être déterminante pour qualifier l'expropriation, mais alors que la preuve de l'intention emportera la qualification, son absence n'empêchera pas de retenir l'expropriation. Comme le note le Tribunal dans l'affaire *Spyridon Roussalis* :

⁷⁴⁶ Tribunal irano-américain de réclamations, *Tippetts contre République Islamique d'Iran*, sentence du 29 juin 1984. V. également Tribunal irano-américain de réclamations, *Phelps Dodge Corporation et al. contre Iran*, sentence n°217-99-2, 19 mars 1986 : « *The Tribunal fully understands the reasons why the Respondent felt compelled to protect its interests through this transfer of management, and the Tribunal understands the financial, economic and social concerns that inspired the law pursuant to which it acted, but those reasons and concerns cannot relieve the Respondent of the obligation to compensate Phelps Dodge for its loss* ».

⁷⁴⁷ CIRDI, *Telenor Mobile Communications A.S. contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006, paragraphe 70. V. également CIRDI, *Consortium R.F.C.C. contre Maroc* (ARB/00/6), sentence du 22 décembre 2003, paragraphe 69 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 262-263.

⁷⁴⁸ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s.

⁷⁴⁹ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 116. V. également CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, paragraphe 77 : « *there is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the effect of the measure taken by the states has been to deprive the owner of title, possession, or access to the benefit and economic use of his property* » ; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007, paragraphe 270 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine (Vivendi II)* (ARB/97/3), sentence du 20 août 2007, paragraphe 7.5.20 : « *There is extensive authority for the proposition that the state's intent, or its subjective motives are at most a secondary consideration. While intent will weigh in favour of showing a measure to be expropriatory, it is not a requirement, because the effect of the measure on the investor, not the State's intent, is the critical factor* ».

« *The intention or purpose of the State is relevant but is not decisive of the question whether there has been an expropriation* »⁷⁵⁰.

Si on reprend cette jurisprudence arbitrale, on constate que la qualification d'expropriation n'a finalement été retenue que dans assez peu de cas. Une expropriation indirecte a, par exemple, été reconnue pour une imposition excessive ou arbitraire⁷⁵¹ ou dans les cas d'une interférence avec les droits contractuels de l'investisseur⁷⁵², d'une révocation ses droits acquis⁷⁵³, d'une interférence avec la direction de l'investissement en contrôlant le personnel⁷⁵⁴ ou encore lorsque l'Etat est intervenu dans la gestion de l'investissement⁷⁵⁵. Enfin, il a été considéré que le refus de certains permis ou licences, nécessaires à la conduite de l'investissement, pouvait constituer une expropriation si l'investisseur pouvait légitimement et raisonnablement espérer qu'ils lui soient accordés⁷⁵⁶.

Cette jurisprudence révèle aussi la difficulté à distinguer entre les expropriations indirectes et l'exercice légitime par l'Etat de sa liberté normative. Le Tribunal, dans l'affaire *Tecmed*, se fonde exclusivement sur l'interférence avec les droits de l'investisseur :

« *To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation under the terms of section 5 (1) of the Agreement, it must be first determined if the Claimant, due to the Resolution, was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights thereto – such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation – had ceased to exist. In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder and the extent of the loss. This determination is*

⁷⁵⁰ CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 330.

⁷⁵¹ V., par ex., la sentence rendue dans l'affaire *Revere Copper and Brass Inc. contre Overseas Private Investment Corporation*, 24 août 1978 : « In our view the effects of the Jamaican Government's actions in repudiating its long term commitments to RJA have substantially the same impact on effective control over use and operation as if the properties were themselves conceded by a concession contract that was repudiated ».

⁷⁵² V., par ex., S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. contre République tchèque*, sentence partielle, 13 septembre 2001, paragraphe 591 : « The Respondent's view that the Media Council's actions did not deprive the Claimant of its worth, as there has been no physical taking of the property by the State (...) is irrelevant. What was touched and indeed destroyed was the Claimant's and its predecessor's investment as protected by the Treaty. What was destroyed was the commercial value of the investment (...) by reason of coercion exerted by the Media Council ».

⁷⁵³ V., par ex., Tribunal *ad hoc* sur le fondement du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la Pologne, *Eureko BV contre Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005.

⁷⁵⁴ V., par ex., S.A. CNUDCI, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana Investments Centre et Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité du 27 octobre 1989, dans laquelle M. Biloune, qui jouait un rôle central dans la conduite de l'investissement, avait été arrêté puis expulsé du territoire de l'Etat hôte. V. également la jurisprudence du Tribunal irano-américain de réclamations pour ce qui est de la nomination par l'Etat d'administrateurs, en particulier les affaires *Tippetts* (sentence du 29 juin 1984) et *Starrett* (sentence interlocutoire du 19 décembre 1983).

⁷⁵⁵ CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant contre Congo* (ARB/77/2), sentence du 8 août 1980.

⁷⁵⁶ V., par ex., CIRDI, *Goetz contre Burundi* (ARB/95/3), sentence du 10 février 1999, paragraphe 124 : « Since (...) the revocation of the Minister for Industry and Commerce of the free zone certificate forced them to halt all activities (...) which deprived their investments of all utility and deprived the claimant investors of the benefit which they could have expected from their investments, the disputed decision can be regarded as a "measure having similar effect" to a measure depriving of or restricting property within the meaning of Article 4 of the Investment Treaty ». V. également CIRDI, *Metalclad Corp. contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. contre Egypte* (ARB/99/6), décision du 12 avril 2002 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003.

important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of an international tribunal, between regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance »⁷⁵⁷.

L'importance de la reconnaissance de la liberté normative de l'Etat rend, toutefois, le critère de l'effet peu opérationnel et nécessite une nouvelle approche dans la qualification des expropriations.

Il faut, certes, noter que les arbitres ont toujours fait preuve d'une grande prudence et trouvé les moyens de préserver la liberté normative de l'Etat⁷⁵⁸ :

« l'expropriation indirecte est comprise dans la notion d'expropriation, le seul élément à prendre en compte étant la réalité de la dépossession subie par le titulaire du bien. Mais cela ne signifie pas que les juges ou les arbitres reconnaissent volontiers qu'une dépossession peut être effectuée par l'intermédiaire d'une législation ou réglementation adoptée dans un tout autre but que celui de transférer une propriété »⁷⁵⁹.

L'activité normative doit donc faire l'objet d'une attention particulière par les Etats dans leurs négociations conventionnelles, autant que par la jurisprudence, pour éviter que toute l'activité normative souveraine se trouve soumise à une obligation d'indemnisation.

PARAGRAPHE 2. LA PRESERVATION DE LA LIBERTE NORMATIVE DE L'ETAT

L'un des problèmes actuels majeurs du droit relatif aux expropriations tient au fait que la liberté normative des Etats risque d'être mise à mal par l'obligation d'indemniser toute mesure qui créerait une interférence avec les droits de l'investisseur étranger⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 115.

⁷⁵⁸ Le droit international des investissements, comme le note Charles Leben, respecte les « limites de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pour ses activités normatives, limites qui existent dans la plupart des ordre juridiques ». Voir C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 172.

⁷⁵⁹ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 165.

⁷⁶⁰ V., not., T. Wälde et A. Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking in International Law", *ICLQ*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 811-848 ; J. Coe et N. Rubins, "Regulatory Expropriation and the Tecmed Case : Context and Contributions" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading*

Or, certaines mesures n'appellent pas une telle indemnisation, en particulier lorsque la dépossesion intervient à titre de sanction ou lorsque l'Etat ne fait qu'exercer légitimement sa compétence normative. Les Etats-Unis le rappellent dans leur *Restatement* :

« *A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states* »⁷⁶¹.

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté la même position⁷⁶².

La question se pose surtout de savoir si l'Etat, qui prend une mesure pour protéger l'environnement, la santé ou, de façon générale, sa population et son territoire, est dans l'obligation d'indemniser les investisseurs étrangers sous prétexte que la mesure interfère avec leurs droits sur l'investissement. Même si les tribunaux arbitraux ont bien mis en lumière la difficulté de la question (A), aucune solution n'a réellement été trouvée jusqu'à ce que les Etats s'emparent de la question dans les nouveaux traités bilatéraux d'investissement (B).

A. La difficile distinction entre expropriation et simple exercice de la liberté normative

Les arbitres affirment régulièrement leur respect pour la souveraineté des Etats et limitent leur contrôle concernant les réglementations que ceux-ci adoptent⁷⁶³, au titre de ce que la doctrine

Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May, Londres, 2005, pp. 597-667 ; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57 ; U. Kriebaum, "Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, n° 5, 2007, pp. 717-744 ; A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁷⁶¹ Restatement of the Law : The Foreign Relations Law of the United States, 1987, p. 201.

⁷⁶² CEDH, *Mellacher et autres contre Autriche* (Requête n° 10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84), 1989 ; CEDH, *Fredin contre Suède n°1* ((Requête n°12033/86), 1991.

⁷⁶³ V. not., S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 263 : « That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders » ; CIRDI, *Joseph C. Lemire contre Ukraine (ARB/06/18)*, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, paragraphe 505 ; CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica (ARB/08/1)*, sentence du 16 mai 2012, paragraphes 246-247.

américaine qualifie de « *police power* »⁷⁶⁴ et que l'on peut traduire en français, en reprenant l'expression de Charles Leben, par « mesures d'intérêt général »⁷⁶⁵.

Ces mesures créent de nombreuses difficultés, quant à leur qualification et à la définition du régime qui leur est applicable, car, même si elles peuvent avoir un impact désastreux pour les investisseurs étrangers, obliger l'Etat à indemniser dès qu'il légifère aboutirait à une paralysie totale de son activité normative. Cela rend décisive la définition d'une frontière claire (1°) et l'élaboration de critères permettant de distinguer les mesures relevant de l'action légitime de l'Etat – non indemnissables – de celles qui peuvent être qualifiées d'expropriation (2°).

1°) Un risque grave de déséquilibre entre droits des investisseurs et droits des Etats

Un nouveau phénomène est apparu dans les années 1980 et est né de la préoccupation des pays hôtes de faire en sorte que leur législation puisse continuer à s'appliquer, y compris aux investisseurs étrangers, dans l'intérêt général. Ils ont donc pris des mesures de portée générale, dans l'intérêt public et qui portaient atteinte aux intérêts économiques des étrangers. Ces mesures ont été souvent qualifiées de « *regulatory takings* »⁷⁶⁶ et peuvent se définir comme :

*« those takings of property that fall within the police powers of a State, or otherwise arise from State, or otherwise arise from State measures like those pertaining to the regulation of the environment, health, morals, culture or economy of a host country »*⁷⁶⁷.

L'appréhension de ces mesures est décisive, en particulier pour les pays du Nord, étant donné que cet exercice légitime de la liberté normative participe en général d'une politique de régulation plus globale de l'Etat. En effet, la plupart des Etats du Nord sont à des politiques

⁷⁶⁴ V. not., A. P. Newcombe, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation be Paid ?*, University of Toronto, Toronto, 1999, 195 p. ; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57.

⁷⁶⁵ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 177.

⁷⁶⁶ Cette notion est apparue dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, à propos de violations du 5^{ème} et du 14^{ème} amendement à la Constitution : *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* (1922). V. not., W. A. Fischel, *Regulatory Takings : Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, XI-415 p. ; S. J. Eagle, *Regulatory Takings*, LexisNexis, Newark, 2005, 750 p. ; V. Been et J. C. Beauvais, "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine", *New York University Law Review*, vol. 78, n° 1, 2003, pp. 30-143.

⁷⁶⁷ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, 2000, Genève, 70 p., p. 12.

fortement régulatrices et ont ainsi une activité normative importante dans de nombreux domaines pouvant influencer sur les investisseurs étrangers, tels que, par exemple, les questions de concurrence, d'environnement ou de droit social. Or, dès lors que ces pays importent également des capitaux étrangers, ils s'exposent à de possibles sanctions ou à l'imposition de limites à leur capacité normative. Cela explique que cette question soit particulièrement présente, non seulement dans la jurisprudence, mais également dans la pratique conventionnelle, ces Etats ayant souvent d'importantes capacités exportatrices... de leurs modèles conventionnels.

En effet, le problème se pose de savoir si ces mesures doivent être qualifiées d'expropriation et doivent, dès lors, être indemnisées. La polémique est apparue lorsque certains tribunaux arbitraux ont procédé à de telles qualifications et ont obligé les Etats à indemniser. Certains considèrent, en effet, qu'il ne devrait pas exister d'exception liée à la compétence normative de l'Etat et que, dès lors que l'Etat, par son action, porte préjudice aux droits d'un investisseur, cette mesure doit être qualifiée d'expropriation et donner lieu à indemnisation. Cette position se justifie par plusieurs raisons.

Tout d'abord, cette position s'explique par la méthodologie adoptée. En effet, si l'on suit la « *sole effect doctrine* » et que l'on s'attache au seul impact de la mesure, sans prendre en considération l'intention de l'Etat, il est normal que ces mesures soient qualifiées d'expropriation. Par exemple, les mesures prises par l'Etat en faveur de l'environnement peuvent être profondément néfastes aux investissements malgré leur objectif fort louable⁷⁶⁸. C'est ce qu'a affirmé le Tribunal dans l'affaire *Santa Elena* :

*« Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are in respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies : where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligations to pay compensation remains »*⁷⁶⁹.

Distinguer les mesures d'intérêt général des expropriations indirectes impose alors de changer de méthodologie et de s'attacher à d'autres critères que le seul effet de la mesure, en prenant en particulier en compte l'intention de l'Etat.

Ensuite, une telle distinction aboutirait à créer un vide juridique, les investisseurs ayant subi un préjudice ne pouvant obtenir réparation. Comme le note le Tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot* :

⁷⁶⁸ V. not., T. Wälde et A. Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law", *ICLQ*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 811-848 ; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57.

⁷⁶⁹ CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, paragraphe 171. V. également CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 110.

« Regulations can indeed be characterised in a way that would constitute creeping expropriation. (...) Indeed much creeping expropriation could be conducted by regulation and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation »⁷⁷⁰.

De plus, la ratification de traités bilatéraux d'investissement tend à réduire cette liberté normative de l'Etat, comme l'a fait remarquer le Tribunal statuant dans l'affaire *ADC* :

« The Tribunal cannot accept the Respondent's position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal's understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment-protection obligations it undertook therein must be honored rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate »⁷⁷¹.

Enfin, adopter un régime particulier pour les mesures d'intérêt général aboutirait à remettre en cause la sécurité des investissements internationaux et, dès lors, à créer un climat profondément néfaste à l'attractivité du territoire pour ces capitaux. Le tribunal, dans l'affaire *Tecmed*, justifie ainsi sa position par l'effet potentiellement désastreux de la mesure sur l'investissement :

« no principle stating that regulatory administrative actions are per se excluded from the scope of the [BIT], even if they are beneficial to society as a whole – such as environmental protection –, particularly if the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to neutralize in full the value, or economic or commercial use of its investment without receiving any compensation whatsoever »⁷⁷².

Malgré ces arguments et cette percée dans la jurisprudence du CIRDI, il demeure, toutefois, que l'on considère classiquement que les mesures d'intérêt général prises par l'Etat ne doivent pas être qualifiées d'expropriation et donner lieu à indemnisation. L'Etat n'est, bien évidemment,

⁷⁷⁰ S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot, Inc. contre Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000, paragraphe 99.

⁷⁷¹ CIRDI, *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited contre Hongrie* (ARB/03/16), sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 423.

⁷⁷² CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003. V. également S.A. CNUDCI, *Saluka Investments BV (The Netherlands) contre République tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, paragraphe 255 : *« it is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare »*. V. également paragraphe 262.

« pas responsable de son action normative générale, que ce soit par voie législative ou réglementaire, si celle-ci est menée de bonne foi, même si elle cause un préjudice aux intérêts privés »⁷⁷³.

La liberté normative de l'Etat relèverait même du droit international coutumier. C'est en tout cas ce qu'a considéré le tribunal arbitral dans l'affaire *Methanex* :

*« as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation »*⁷⁷⁴.

Dès lors qu'une mesure est prise dans l'intérêt public, non-discriminatoire et conforme aux lois en vigueur, elle ne peut être qualifiée d'expropriation et donner lieu à indemnisation. L'inverse aboutirait à une solution absurde et serait contraire à l'esprit même de la politique de l'Etat, son action se trouvant paralysée et celui-ci devant, par exemple, indemniser un investisseur qui nuirait à l'environnement⁷⁷⁵. De plus, cela créerait un traitement différencié des investisseurs étrangers par rapport aux ressortissants nationaux qui seraient soumis à la mesure.

Dès lors, il faut considérer, comme le Tribunal dans l'affaire *Tecmed* que :

*« The principle that the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable »*⁷⁷⁶.

Il demeure que la distinction entre expropriation et mesures d'intérêt général est difficile à mettre en œuvre pour les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI. Comme le fait remarquer le Tribunal dans l'affaire *Feldman*, la frontière est difficile à définir :

« the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials,

⁷⁷³ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 177.

⁷⁷⁴ S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005, Partie IV, chapitre D, paragraphe 7. V. également S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 281; S.A. CNUDCI, *Saluka Investments BV (The Netherlands) contre République tchèque*, 17 mars 2006, paragraphe 262 : « the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are commonly accepted as within the police power of States » forms part of customary international law ».

⁷⁷⁵ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 89 et s. ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁷⁷⁶ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique (ARB(AF)/00/2)*, sentence du 29 mai 2003.

imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of governments subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this »⁷⁷⁷.

En effet, la recherche d'un critère clair de distinction, qui pourrait être utilisé de façon systématique, a abouti à un échec, celle-ci ne pouvant procéder que d'une analyse casuistique des faits de chaque affaire, comme le note le tribunal dans l'affaire *Generation Ukraine* :

« It would be useful if it were absolutely clear in advance whether particular events fall within the definition of an « indirect » expropriation. It would enhance the sentiment of respect for legitimate expectations if it were perfectly obvious why, in the context of a particular decision, an arbitral tribunal found that a governmental action or inaction crossed the line that defines acts amounting to an indirect expropriation. But there is no checklist, no mechanical test to achieve that purpose. The decisive considerations vary from case to case, depending not only on the specific facts of a grievance but also on the way the evidence is presented and the legal bases pleaded. The outcome is a judgment, i.e. the product of discernment, and not the printout of a computer programme »⁷⁷⁸.

Il est, dès lors, difficile de mettre en œuvre cette distinction, étant donné qu'il n'existe pas de critère réel. De nombreux doutes demeurent sur ces qualifications qui sont essentielles pour déterminer la portée de la liberté normative des Etats et la recherche de critères plus précis a ainsi occupé la jurisprudence.

Les arbitres ont donc pour mission de trouver un juste équilibre entre la protection des investisseurs contre toute interférence étatique abusive et la compétence normative des Etats, qui doivent pouvoir légiférer librement dans l'intérêt public sur leur territoire, au travers d'une étude des faits de chaque affaire. L'étude de la jurisprudence permet de déceler quelques indices.

⁷⁷⁷ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 103.

⁷⁷⁸ CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 1^{er} septembre 2003, paragraphes 20.29. V. également S.A. CNUDCI, *Saluka Investments BV (The Netherlands) contre République tchèque*, sentence partielle CNUDCI du 17 mars 2006 : « international law has yet to identify in a comprehensive and definitive fashion precisely what regulations are considered « permissible » and « commonly accepted » as falling within the police or regulatory power of States and, thus, non-compensable. In other words, it has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law » (paragraphe 263).

2°) Une limitation jurisprudentielle du champ des expropriations

La jurisprudence arbitrale a fait en sorte de préserver la liberté normative des Etats. Cela passe avant tout par une reconnaissance des différences existant entre une mesure expropriatrice et le simple exercice par l'Etat de sa compétence normative, dans l'intérêt général. Le Tribunal, dans l'affaire *SD Myers*, constate ainsi que :

« The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of the NAFTA, although the Tribunal does not rule out this possibility. »

Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights ; regulations a lesser interference. The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs »⁷⁷⁹.

Il semble, dès lors, que pour qualifier une mesure d'expropriation, on ne puisse se limiter à l'impact de la mesure sur les droits de l'investisseur, mais qu'il faille recourir à de nombreux critères créant un faisceau d'indices et permettant de distinguer entre régulation légitime et expropriation⁷⁸⁰. Cependant, la limitation du champ des expropriations ne peut passer par la seule définition de critère et implique nécessairement un changement de méthode, élargissant l'analyse au-delà du simple effet de la mesure.

Le critère naturel et évident s'attache justement à l'objectif de la mesure et à l'intérêt défendu par celle-ci. Il existe ainsi un certain consensus pour considérer les mesures relatives à l'environnement ou les mesures sociales ou encore les mesures visant la santé et la sécurité de la population relèvent d'un objectif légitime et ne doivent pas donner lieu à indemnisation⁷⁸¹. De même, on peut également considérer que les mesures prises conformément aux directives de la communauté internationale ou par certaines organisations internationales constituent des politiques légitimes, échappant à la qualification d'expropriation⁷⁸².

⁷⁷⁹ S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphes 281-282. V. également S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot, Inc. contre Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

⁷⁸⁰ A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170 ; K. J. Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁷⁸¹ T. Wälde et A. Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law", *ICLQ*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 811-848 ; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57.

⁷⁸² A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

La pratique arbitrale révèle que les politiques fiscale ou environnementale d'un Etat sont, en général, considérées comme des objectifs légitimes. Sur le fondement de l'ALENA, un tribunal statuant sous l'égide du CIRDI a ainsi reconnu :

« governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like »⁷⁸³.

Certains tribunaux sont allés plus loin que ces motifs traditionnels et ont inclus également la protection des biens culturels, comme l'a révélé l'affaire *SPP* :

« as a matter of international law, the Respondent was entitled to cancel a tourist development project situated on its own territory for the purpose of protecting antiquities. This prerogative is an unquestionable attribute of sovereignty. The decision to cancel the project constituted a lawful exercise of the right of eminent domain »⁷⁸⁴.

Cependant, l'utilisation du critère de l'intérêt public pose un problème conceptuel grave. En effet, toutes les mesures d'expropriation sont censées intervenir dans l'intérêt général, l'objectif de l'intérêt public constituant une condition de leur licéité. Il semble alors impossible de distinguer entre les mesures de régulation légitimes et les expropriations intervenues dans l'intérêt public⁷⁸⁵, comme le fait remarquer le Juge Rosalyn Higgins :

« Is the distinction intellectually viable ? Is not the State in both cases (that is, either by taking for a public purpose, or by regulating) purporting an act in the common good ? And in each case has the owner of the property not suffered loss ? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking would need to be « for a public purpose » (in the sense of a general, rather than for a private, interest). And just compensation would be due »⁷⁸⁶.

Le Tribunal statuant dans l'affaire *Vivendi* a repris le même argument, notant que :

« If public purpose automatically immunizes the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose »⁷⁸⁷.

⁷⁸³ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 103.

⁷⁸⁴ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992, paragraphe 158. Il demeure, toutefois, que le tribunal a considéré que l'Egypte avait bien procédé à une expropriation.

⁷⁸⁵ A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170 ; A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205.

⁷⁸⁶ R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t. 176, III, 1983, pp. 259-391, p. 331.

⁷⁸⁷ CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine (Vivendi II)* (ARB/97/3), sentence du 20 août 2007, paragraphe 7.5.21.

De plus, ce critère fait l'objet d'une application aléatoire, fort nuisible à la sécurité juridique. En particulier, certaines mesures en faveur de l'environnement ont donné lieu à une obligation d'indemnisation⁷⁸⁸. De même, alors que la mise en œuvre de la politique fiscale est, en général considérée comme un motif légitime⁷⁸⁹, le régime fiscal a parfois été qualifié d'expropriation, du fait qu'il affecte la valeur économique de l'investissement. Le tribunal statuant dans le cadre de la *London Court of International Arbitration*, dans l'affaire *Occidental*, constate :

« *expropriation need not involve the transfer of title to a given property, which was the distinctive feature of traditional expropriation under international law. It may of course affect the economic value of an agreement. Taxes can result in expropriation as can other types of regulatory measures* »⁷⁹⁰.

Enfin, la détermination du contenu de l'intérêt général pose également problème, celle-ci étant excessivement subjective. Le critère de l'objectif de la mesure semble, dès lors, insuffisant pour permettre de distinguer entre expropriation et exercice légitime par l'Etat de sa compétence normative. Il faut alors nécessairement recourir à d'autres critères, tels que la proportionnalité ou la non-discrimination⁷⁹¹, comme l'avait affirmé le Tribunal statuant dans l'affaire *Azurix*⁷⁹².

Dans cette tentative de limitation du champ des expropriations au regard de la liberté normative de l'Etat, les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont pu s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La reprise de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg permet de mieux identifier la distinction entre expropriation et mesures régulatrices⁷⁹³. Celle-ci considère, en effet, que l'article premier du Protocole n°1 comprend trois normes distinctes, qu'elle énonce ainsi :

⁷⁸⁸ CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

⁷⁸⁹ V. not. LCIA/CNUDCI, *EnCana Corporation contre Equateur*, sentence du 3 février 2006, paragraphe 177, dans laquelle le tribunal note que le régime fiscal ne pourra constituer une expropriation que « *only if a tax law is extraordinary, punitive in amount or arbitrary in its incidences* ».

⁷⁹⁰ LCIA, *Occidental Exploration and Production Co. contre Equateur* (N°UN3467), sentence du 1^{er} juillet 2004. V. également CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 101 : « *By their very nature, tax measures, even if they are designed to and have the effect of an expropriation, will be indirect, with an effect that may be tantamount to expropriation. If the measures are implemented over a period of time, they could also be characterized as « creeping », which the Tribunal also believes is not distinct in nature from, and is subsumed by, the terms « indirect » expropriation or « tantamount to expropriation » in Article 1110 (1)* ».

⁷⁹¹ V. not., A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57.

⁷⁹² CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphes 310-312.

⁷⁹³ U. Kriebaum et C. Schreuer, "The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law" in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wlldhaber*, Nomos, Zürich, 2007, pp. 1-20 ; P.-M. Dupuy, "Unification Rather Than Fragmentation of International Law ? The Case of International Investment Law and Human Rights Law" in P.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 597 p. ; C. Reiner et C. Schreuer, "Human Right and International Investment Arbitration" in P.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in*

« La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété ; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin ; elle ressort du deuxième alinéa »⁷⁹⁴.

Est ici en cause la troisième règle par laquelle la Cour ajoute au critère du but légitime un test de proportionnalité pour vérifier que la mesure est raisonnable au regard de l'objet visé :

« pour qu'une ingérence dans un droit de propriété soit admissible, elle doit non seulement servir un objectif légitime d'utilité publique, mais doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Un juste équilibre doit aussi être ménagé entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de protection des droits fondamentaux de l'individu »⁷⁹⁵.

La Cour reconnaît, toutefois, que l'Etat dispose d'une grande marge d'appréciation en la matière pour apprécier ce critère du juste équilibre⁷⁹⁶, limitant ainsi le champ des expropriations indemnisables.

La jurisprudence du CIRDI semble suivre le même mouvement, les tribunaux reconnaissant que l'Etat conserve une marge de manœuvre dans la détermination de ses choix politiques, que les arbitres refusent dès lors de contrôler. Comme le note le Tribunal dans l'affaire *Unglaube* :

Internationa Investment Law and Arbitration, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp.82-96 ; B. Simma et T. Kill, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights : First Steps towards a Methodology" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 678-707 ; C. Tomuschat, "The European Court of Human Rights and Investment Protection" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 636-656 ; L. Wildhaber et I. Wildhaber, "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 657-677.

⁷⁹⁴ CEDH, *Sporrong et Lönnroth contre Suède*, 1982, paragraphe 61.

⁷⁹⁵ M. Carss-Frisk, *Le droit de propriété - Un guide sur la mise en œuvre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe - Précis sur les droits de l'homme, Strasbourg, 2003, 47 p., p. 31. V., pour application, CEDH, *James contre Royaume-Uni* (requête n° 8793/79), arrêt du 21 février 1986, paragraphe 50 ; *Lithgow et autres contre Royaume-Uni* (requête n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81 ; 9265/81 ; 9266/81 ; 9313/81 ; 9405/81), arrêt du 8 juillet 1986, paragraphe 120. V., plus récemment, CEDH, affaire de l'ex-roi de Grèce et autres contre Grèce (requête n° 25701/94), arrêt du 23 novembre 2000, paragraphe 89 : « Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (...). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 du Protocole n° 1 tout entier, donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété ».

⁷⁹⁶ V. not., CEDH, *AGOSI contre Royaume-Uni*, 1986, paragraphe 52 ; CEDH, *Mellacher contre Autriche*, 1989, paragraphe 48. Pour des exemples de dépassement des limites de la marge d'appréciation, v. CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, 1994, paragraphe 74 ; CEDH, *Pressos Compañia Naviera SA contre Belgique*, 1995, paragraphe 38.

« *Where (...) a valid public policy does exist, and especially where the action or decision taken relates to the State's responsibility « for the protection of public safety, morals or welfare, as well as other functions related to taxation and police powers of states », such measures are accorded a considerable measure of deference in recognition of the right of domestic authorities to regulate matters with their borders »*⁷⁹⁷.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait ainsi constituer une source utile d'inspiration et une tendance se profile aujourd'hui vers une possible utilisation d'un test de proportionnalité⁷⁹⁸.

Ainsi, le principe de proportionnalité a pu jouer dans l'opération de qualification de l'expropriation, afin de distinguer les mesures de régulation prises légitimement par l'Etat et les expropriations. Par exemple, dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal note que :

« *After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality »*⁷⁹⁹.

Un autre critère, souvent utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme, peut être utilisé pour déterminer si une mesure interférant avec les droits de propriété de l'investisseur constitue une expropriation : il s'agit de déterminer si l'action étatique, même si elle est prise dans l'intérêt public, a un fondement et/ou un effet discriminatoire. La Cour européenne des droits de l'homme a lié l'article 1 du Protocole n°1 avec l'article 14⁸⁰⁰ qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸⁰¹. La jurisprudence arbitrale a repris ce critère, notant également que :

⁷⁹⁷ CIRDI, *Marion Unglaube contre Costa Rica* (ARB/08/1), sentence du 16 mai 2012, paragraphe 246 (références omises).

⁷⁹⁸ V. not., CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006.

⁷⁹⁹ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 122. V. également CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 312 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphe 195.

⁸⁰⁰ L'art. 14 se lit ainsi : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁸⁰¹ V. not., CEDH, *Marckx contre Belgique* (requête n°6833/74), 13 juin 1979 ; CEDH, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique contre Belgique* (n°2) (requête n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64), 1968. V. également M. Carss-Frisk, *Le droit de propriété - Un guide sur la mise en œuvre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe - Précis sur les droits de l'homme, Strasbourg, 2003, 47 p.

« *an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation* »⁸⁰².

Il semble, cependant, que la question de la discrimination ne constitue qu'un critère additionnel ou subsidiaire dans la preuve de l'expropriation⁸⁰³, et non un critère principal comme pour la détermination d'une violation du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. C'est donc bien un faisceau d'indices qui permettra aux tribunaux arbitraux de distinguer les mesures de régulation des expropriations, permettant ainsi de sauvegarder la capacité normative de l'Etat.

Au-delà de la définition de critères, les tribunaux arbitraux ont également modifié quelque peu leur méthode et ont adopté une interprétation plus restrictive de l'interférence avec les droits de l'investisseur, afin de mieux distinguer les expropriations de l'exercice normal par l'Etat de sa liberté normative.

Ainsi, le degré d'interférence avec les droits de l'investisseur a un rôle clé pour distinguer une simple réglementation prise dans l'intérêt public d'une expropriation, comme le note le Tribunal ALENA dans l'affaire *SD Myers* :

« *Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations [are] a lesser interference. The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a State and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs* »⁸⁰⁴.

Il faut alors que les « éléments essentiels du droit de propriété [aient] disparu »⁸⁰⁵ pour que la mesure soit considérée comme une expropriation. Comme l'explique le Tribunal dans l'affaire *Tecmed*, la mesure doit avoir :

« *radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto – such as the income or benefits related to the [investment] or to its exploitation – had ceased to exist* »⁸⁰⁶.

Ainsi, un tribunal statuant sous l'égide du CIRDI a dénié à une mesure la qualification d'expropriation du fait que son interférence avec les droits de l'investisseur n'était pas assez grave :

⁸⁰² S.A. (ALENA), *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, paragraphe 7. V. également Tribunal *ad hoc* sur le fondement du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la Pologne, *Eureko BV contre Pologne*, sentence partielle du 19 août 2005, paragraphe 186.

⁸⁰³ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

⁸⁰⁴ CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 282.

⁸⁰⁵ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 173.

⁸⁰⁶ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphe 115.

« the regulatory action (enforcement of longstanding provisions of Mexican law) has not deprived the Claimant of control of the investment, CEMSA, interfered directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder (...). Thus this Tribunal believes there has been no « taking » »⁸⁰⁷.

Dès lors, la « simple perte de valeur de l'investissement ne [peut] être assimilée à une expropriation »⁸⁰⁸. Plusieurs tribunaux arbitraux ont déclaré que les Etats ne sont pas des assureurs du risque économique :

« Bilateral investment treaties are not insurance policies against bad judgments »⁸⁰⁹.

La modification de la législation fait également partie des risques que l'investisseur doit garder à sa charge et ne sera, dès lors, pas considérée comme une violation des attentes légitimes de l'investisseur susceptible de s'analyser en une expropriation, sauf engagement particulier de l'Etat :

« not all government regulatory activity that makes it difficult or impossible for any investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing laws that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation under art. 1110. Governments in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economical or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue »⁸¹⁰.

L'investisseur doit alors s'informer du contexte régnant dans l'Etat. Ainsi, par exemple, un investisseur décidant d'opérer aux Etats-Unis ne peut ignorer que la législation en matière d'environnement risque de changer dans cet Etat⁸¹¹. De la même façon, le tribunal statuant dans le cadre du CIRDI dans l'affaire *Generation Ukraine* s'est interrogé sur le caractère raisonnable des attentes de l'investisseur pour ensuite dénier la qualification d'expropriation, du fait que le marché était à hauts risques, ce que ne pouvait ignorer l'investisseur⁸¹². En effet,

⁸⁰⁷ CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 152.

⁸⁰⁸ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184, p. 171.

⁸⁰⁹ CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Kingdom of Spain* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000, paragraphe 64. V. également CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

⁸¹⁰ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 112.

⁸¹¹ S.A. CNUDCI, *Methanex Corp. contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, paragraphe 10 : « [Methanex] did not enter the United States market because of special representations made to it. Hence, this case is not like *Revere*, where specific commitments respecting restraints on certain future regulatory actions were made to induce investors to enter a market and then those commitments were not honoured ». A l'inverse, l'investisseur avait pleinement conscience des changements liés aux mesures de protection de l'environnement et de la santé.

⁸¹² CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 15 septembre 2003, paragraphe 20.37 : « it is relevant to consider the vicissitudes of the economy of the state that is host to the investment in determining the investor's legitimate expectations ».

un ressortissant étranger décidant d'investir dans un pays en pleine transition économique et politique s'expose à de rapides modifications de la législation. Dans l'affaire *Parkerings*, le Tribunal note ainsi que :

« *It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. (...) In 1998, at the time of the Agreement, the political environment in Lithuania was characteristic of a country in transition from its past being part of the Soviet Union to candidate for the European Union membership. Thus, legislative changes, far from being unpredictable, were in fact to be regarded as likely. As any businessman, the Claimant was aware of the risk that changes of laws would probably occur after the conclusion of the Agreement. The circumstances surrounding the decision to invest in Lithuania were certainly not an indication of stability of the legal environment. Therefore, in such a situation, no expectation that the law would remain unchanged was legitimate. By deciding to invest notwithstanding this possible instability, the Claimant took the business risk to be faced with changes of laws possibly or even likely to be detrimental to its investment* »⁸¹³.

Dès lors, le contexte général permet de mieux évaluer les attentes de l'investisseur et ainsi de déterminer si la mesure s'analyse en une expropriation.

Enfin, une autre technique peut être utilisée pour tenter de préserver la liberté normative de l'Etat et concerne l'indemnisation. En effet, certains auteurs considèrent que même si des interférences avec les droits de l'investisseur nées de mesures régulatrices peuvent être qualifiées d'expropriation, elles ne devraient pas être indemnisées dans la même mesure et selon la même formule qu'une expropriation *stricto sensu*⁸¹⁴. Cependant, cette solution ne semble que déplacer le problème, la définition d'une mesure régulatrice légitime devant quand même être trouvée.

Finalement, on constate, au regard de la jurisprudence arbitrale, qu'assez peu de mesures régulatrices ont été qualifiées d'expropriations et les tribunaux ont, en général, fait preuve de prudence⁸¹⁵ et essayé de parvenir à un juste équilibre entre les droits des investisseurs et le

⁸¹³ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphes 332 et 335-336.

⁸¹⁴ T. W. Merrill, "Incomplete Compensation for Takings", *NYU Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 110-135. V. également T. W. Wälde et B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1049-1125, p. 1080 : « *Probably the proper course is to reduce full compensation (or enhance partial compensation) by taking into account the relative legitimacy of the state's regulation (intention, good faith, legitimate purposes pursued, proportionality of measures and purpose* ».

⁸¹⁵ C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184. Par ex., la qualification d'expropriation a été déniée dans les affaires S.A. CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000 ; S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre*

pouvoir de l'Etat de réguler son territoire⁸¹⁶. Toutefois, de nombreuses interrogations demeurent et l'analyse des tribunaux arbitraux reste majoritairement casuistique, ne laissant que peu de place à la sécurité juridique. Les Etats ont, dès lors, voulu limiter le champ des expropriations dans leurs traités bilatéraux d'investissement, pour éviter de soumettre leurs normes au contrôle d'un tribunal arbitral international.

B. Une préservation conventionnelle de la liberté normative de l'Etat

Il est rare que les tribunaux arbitraux reconnaissent une expropriation indirecte et ceux-ci préfèrent, en général, se placer sur le terrain du traitement juste et équitable⁸¹⁷ ou d'autres standards. En effet, la reconnaissance d'une expropriation peut avoir des conséquences importantes sur la légitimité de l'arbitrage et du droit international des investissements dans son ensemble, les populations ne comprenant pas que des « juges privés », sans aucune légitimité démocratique puissent avoir le pouvoir de déterminer quelles mesures sont fondées et lesquelles ne le sont pas, exerçant par là-même parfois une sérieuse ponction sur les finances publiques. Cependant, malgré la prudence des arbitres, certains Etats ont préféré préciser le champ des expropriations dans leurs accords. Ainsi, dans les nouveaux modèles adoptés apparaissent diverses techniques, allant de la prise en considération de nouveaux critères (1°) à l'exclusion de certaines régulations du champ des expropriations ou de l'indemnisation (2°).

Argentine (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005 ; CIRDI, *Azurix Corp. contre Argentine* (ARB/03/30), sentence du 14 juillet 2006 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007 ; CIRDI, *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International, Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 25 juillet 2007 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007 ; CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008.

⁸¹⁶ A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459, p. 456.

⁸¹⁷ A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

1°) Un effort de définition

L'impossibilité à garantir la liberté normative par la simple œuvre prétorienne a poussé les Etats à revoir leurs clauses relatives aux expropriations dans leurs traités bilatéraux d'investissement. Il est, à cet égard, intéressant de noter que ce sont finalement davantage les pays exportateurs de capitaux qui ont donné cette nouvelle impulsion, ces Etats étant, en général, les plus régulateurs. Or, leur capacité d'exportation de leurs modèles conventionnels peut rapidement généraliser ces nouvelles obligations.

Ainsi, les formulations laconiques⁸¹⁸ des traités bilatéraux, qui avaient poussé les arbitres à développer leur propre définition des expropriations indirectes, entraînant parfois la défiance des Etats⁸¹⁹, ont été remplacées par de nouvelles définitions conventionnelles. Les nouveaux modèles d'accords vont donc vers davantage de sécurité juridique, en donnant leur propre définition des expropriations⁸²⁰.

Le modèle des Etats-Unis d'Amérique a ainsi donné l'impulsion dans l'effort de définition des Etats des expropriations. Soucieux de reprendre le contrôle sur la jurisprudence arbitrale et de maintenir leur liberté législative, les Etats-Unis ont pris soin de revoir ces clauses, afin de les préciser. Commenant de façon assez classique, le modèle américain prend soin d'encadrer par de nombreuses conditions le droit d'exproprier, tant de façon directe qu'indirecte :

« Article 6 : Expropriation et indemnisation.

1. Ni l'une ni l'autre des Parties contractantes n'exproprieront ni ne nationaliseront un investissement couvert par le traité, que ce soit directement ou indirectement, au moyen de mesures équivalant à une expropriation ou à une nationalisation, si ce n'est :

- (a) dans un but d'intérêt public ;
- (b) de façon non-discriminatoire ;
- (c) moyennant paiement d'une indemnité prompte, adéquate et effective ; en accord avec les garanties légales et avec l'article 5 (standard minimum de traitement) »⁸²¹.

Il est, tout d'abord, intéressant de constater que l'Annexe B, qui complète l'accord, précise que celui-ci ne fait que refléter le droit international coutumier :

⁸¹⁸ Rudolf Dolzer évoque le « *laconic wording* » des traités bilatéraux d'investissement. Voir R. Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 1, 1986, pp. 41-65, p. 55.

⁸¹⁹ A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.

⁸²⁰ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁸²¹ Art. 6 du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 2006. V. également l'art. 6 du modèle des Etats-Unis de 2004, tel que traduit in P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 675.

« L'article 6 (...) est censé refléter le droit international coutumier concernant les obligations des obligations des Etats au sujet de l'expropriation »⁸²².

On voit que le modèle insiste tout spécialement sur la distinction entre expropriation et mesure équivalant à une expropriation. Cela ressort en particulier de l'Annexe B du modèle qui fournit les définitions de ces procédés. En effet, les Etats-Unis ont encore voulu limiter la marge de manœuvre des tribunaux arbitraux en fournissant une définition précise :

« Annexe B : Expropriation. (...) »

3. L'article 6 (expropriation et indemnisation) contemple deux situations. L'une est l'expropriation directe, dans laquelle un investissement est nationalisé ou fait l'objet de toute autre forme directe d'expropriation par transfert formel du titre ou par saisie ouverte.

4. L'autre situation que contemple l'article 6 (expropriation et indemnisation) est l'expropriation indirecte, dans laquelle l'action ou une série d'actions de l'une des Parties contractantes produit un effet équivalent à celui d'une expropriation directe, sans que pour autant intervienne un transfert formel du titre ou une saisie ouverte »⁸²³.

La distinction entre expropriation directe et expropriation indirecte disparaît, toutefois, si l'on se place du point de vue des effets. En effet, peu importe que le transfert du patrimoine soit de l'ordre du fait ou de l'ordre du droit, il sera soumis au même régime juridique. Ainsi, dès lors que « l'action ou la série d'actions imputable à la puissance publique [a] pour effet une impossibilité d'exercer les droits »⁸²⁴ de l'investisseur, cela devra donner lieu à indemnisation.

Des précisions sont, néanmoins, apportées sur les expropriations indirectes, l'action ou les séries d'actions devant faire l'objet d'une analyse casuistique pour déterminer s'il s'agit bien une mesure équivalent à une expropriation. Le modèle donne alors une liste non exhaustive de critères pouvant être pris en considération :

« (a) La décision selon laquelle une mesure ou une série de mesures prise par une Partie dans un cas de figure précis, constitue ou non une expropriation indirecte exige une étude des faits, au cas par cas, laquelle prendre en compte, entre autres, les éléments ci-après :

(i) l'impact économique de la mesure prise par le gouvernement, même si le fait qu'une mesure ou série de mesures prise par une Partie ayant un effet négative sur la valeur économique d'un investissement, n'établit pas, en soi, qu'il y a eu expropriation indirect ;

(ii) l'ampleur dans laquelle la mesure prise par le gouvernement nuit aux attentes distinctes et raisonnables afférentes à l'investissement considéré ; et

⁸²² Annexe B, paragraphe 1, du modèle américain de 2012. V. également l'annexe B du modèle de 2004.

⁸²³ Annexe B du modèle des Etats-Unis de 2012. V. également le modèle de 2004, tel que traduit in P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 675.

⁸²⁴ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 675.

(iii) la nature de la mesure prise par le gouvernement »⁸²⁵.

Il est intéressant de noter que ces critères reprennent exactement ceux développés par la jurisprudence arbitrale. Il demeure que ce faisceau d'indices est à la disposition des tribunaux arbitraux pour les aider à qualifier les actions de l'Etat. Sont donc à distinguer trois types d'actions : les expropriations directes, les expropriations indirectes et les actions imputables à la puissance publique et nuisant aux droits des investisseurs, mais n'équivalant pas à une expropriation. Les Etats-Unis tentent ainsi de limiter le champ des indemnisations. En effet, le retournement de situation qui affecte les traités bilatéraux d'investissement et le développement des *Free Trade Agreement* incluant souvent des dispositions relatives à l'investissement poussent les Etats – même exportateurs de capitaux – à se prémunir contre une affirmation trop forte des droits des investisseurs, aboutissant à limiter leur liberté législative. L'indemnisation sera donc exclue dans certains cas. Cette limitation passe donc bien par un effort de définition, mais aussi par l'exclusion de l'indemnisation pour certaines mesures.

Le modèle canadien de 2004 fait également un effort de précision. Il suit exactement le modèle américain pour la qualification d'expropriation indirecte, l'annexe de l'accord précisant que :

« Les Parties confirment qu'elles partagent l'opinion suivante :

- a) L'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'un train de mesures d'une Partie qui a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple ;
- b) Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, seront pris en considération :
 - i) les effets économiques de la mesure ou du train de mesures, encore que le fait que la mesure ou le train de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;
 - ii) la mesure dans laquelle la mesure ou le train de mesures porte atteinte aux anticipations définies et raisonnables fondées sur l'investissement ;
 - iii) la nature de la mesure ou du train de mesures »⁸²⁶.

Le Canada, soucieux de limiter le champ des expropriations indirectes lorsqu'est en cause une mesure d'intérêt public, fournit une définition précise de ces expropriations et un faisceau d'indices devant aider les arbitres à déterminer si la mesure peut être qualifiée ainsi.

Le modèle colombien suit exactement le même schéma et précise également amplement sa disposition relative aux expropriations. Ainsi, après avoir, de façon très classique soumis les expropriations, directes et indirectes, aux conditions d'intérêt public de régularité procédurale,

⁸²⁵ Annexe B, paragraphe 4 (a), du modèle des Etats-Unis de 2012. V. également le modèle de 2004.

⁸²⁶ Annexe B. 13 « Expropriation » du modèle canadien de 2004.

de non-discrimination et d'indemnisation, il ajoute sa propre définition des expropriations et fournit aux arbitres les critères sur lesquels ils doivent se fonder afin de qualifier une mesure d'expropriation :

« It is understood that :

a. Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Contracting Party having an equivalent effect to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure ;

b. The determination of whether a measure or series of measures of a Contracting Party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering :

i) The economic impact of the measure or series of measures ; however, the sole fact of a measure or series of measures having adverse effects on the economic value of an investment does not imply that an indirect expropriation has occurred ;

ii) The scope of the measure or series of measures and their interference on the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment »⁸²⁷.

Dès lors, l'opération de qualification n'appartient plus réellement aux arbitres, qui devront simplement suivre les directives fournies par ces modèles d'accord.

Cependant, loin de suffire, ces définitions sont complétées par d'autres visant, en particulier, à exclure certaines mesures du champ des expropriations.

2°) Une précision du champ des expropriations

Les Etats ont eu recours à diverses méthodes, afin de préserver leur liberté normative. Alors que certains se sont explicitement inspirés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autres ont opté pour des exclusions plus précises.

La Norvège, Etat partisan de la régulation, a souhaité préserver sa liberté législative dans son modèle d'accord de promotion des investissements. Elle a donc tenté, dans son modèle de 2007, de parvenir à une disposition équilibrée concernant les expropriations. La première partie semble assez classique et rappelle la limitation du droit d'exproprier ou de nationaliser aux cas où il existe un intérêt public et de façon conforme aux conditions fixées par la législation et le droit international public :

⁸²⁷ Article VI du modèle colombien de 2008.

« A Party shall not expropriate or nationalise an investment of an investor of the other Party except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law »⁸²⁸.

Deux remarques s'imposent. D'une part, aucune référence n'est faite aux expropriations indirectes ou rampantes, celles-ci semblant être nécessairement incluses sans qu'il soit besoin de les rappeler. Comme le rappelle le Commentaire du modèle, la définition des expropriations incluse déjà ces cas de figure. D'autre part, la formulation apparaît assez originale, du fait qu'elle s'inspire de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸²⁹.

Une telle inspiration est surtout intéressante en ce qui concerne la deuxième partie de la disposition, qui s'attache à préserver la liberté législative de l'Etat :

« The preceding provision shall not, however, in any way impair the right of a Party to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties »⁸³⁰.

Dans le commentaire du modèle d'accord, il est pris soin de rappeler que le droit norvégien devra être pris en compte de façon prioritaire dans l'appréciation des futures mesures prises par le gouvernement et que ces mesures devront être soumises aux tribunaux locaux et non à l'arbitrage international⁸³¹. Il s'agira alors de parvenir à un équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux de l'Etat, qui garantisse sécurité juridique et protection.

Enfin, aucune précision n'est donnée sur l'indemnisation des expropriations ou sur la possible application de la formule de Hull. Dans le commentaire du modèle d'accord, le Gouvernement explique que ce choix était volontaire, aucune des formules ne semblant satisfaisante :

« There are several reasons why these formulations have not been used in the model agreement. Firstly, there are many different formulations in BITs. Many of the formulations go further than what we perceive to be current international law, and probably provide greater protection to investors than has been assessed as

⁸²⁸ Art. 6, paragraphe 1, du modèle norvégien de traité bilatéral d'investissement, 2007.

⁸²⁹ V. l'art. 1 du Protocole 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20 mars 1952 : *« Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law »*.

⁸³⁰ V. l'art. 6, paragraphe 2, du modèle norvégien de traité bilatéral d'investissement, 2007. Cette disposition est la reproduction exacte du paragraphe 2 de l'art. 1 du Protocole 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20 mars 1952.

⁸³¹ V. le Commentaire du modèle d'accord de la Norvège, 19 décembre 2007, 47 p., p. 10 : *« Norway is a regulative state with a high level of protection. It is not a given that the prevailing regulative practice or future regulations that are lawful according to Norwegian law will comply with the investment agreements. It is therefore important that both the discrimination provision and the expropriation provision are clear and predictable, and that they do not go beyond Norwegian law. There is also reason to emphasize the fundamental principle that Norwegian exercise of authority shall be reviewed by Norwegian courts and not by international arbitration tribunals. »*

appropriate in Norway. These formulations are also unpredictable in the sense that the limits for protection are only to a small extent decided by practice. Tribunals must thus to a large extent determine the protection on the basis of the text alone. In our view, it is therefore more satisfactory to use the formulation in the European Human Rights Convention as a basis »⁸³².

On comprend ainsi que la référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un moyen pour la Norvège de parvenir à un plus grand équilibre entre les droits des investisseurs et ceux des Etats. La Norvège ne s'est, toutefois, pas arrêtée là et a inclus, de façon à parvenir à plus de précision, une disposition relative au droit des Etats de réguler, qui se lit ainsi :

« Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns »⁸³³.

D'autres accords préfèrent exclure explicitement certaines mesures⁸³⁴. Cette pratique existe depuis longtemps, en particulier pour les mesures fiscales. Par exemple, l'Accord entre le Canada et l'Uruguay prévoyait, dans sa disposition relative aux expropriations, que :

« Les dispositions du présent article s'appliquent aux mesures fiscales, à moins que les autorités fiscales des Parties contractantes, dans un délai d'au plus six mois de l'avis donné par un investisseur qu'il conteste la mesure, n'arrivent ensemble à la conclusion que la mesure en cause n'est pas assimilable à une expropriation »⁸³⁵.

L'exclusion de certains domaines du champ des expropriations s'est, cependant, développée ces dernières années, avec la prise de conscience du droit international des investissements, du besoin de protéger la liberté des Etats dans certains domaines jugés fondamentaux. Ainsi, les Etats-Unis ont-ils explicitement prévu que les mesures souveraines prises par l'Etat dans l'intérêt général doivent être exclues du champ de l'indemnisation :

« b. Sauf en de rares circonstances, les mesures réglementaires, de caractère non discriminatoire, que prend l'une des Parties contractantes, et qui sont conçues et appliquées pour protéger les objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé ou la sécurité publiques, ou encore l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes »⁸³⁶.

⁸³² Commentaire du modèle d'accord de la Norvège, 19 décembre 2007, 47 p., p. 23.

⁸³³ Art. 12 du modèle norvégien de 2007.

⁸³⁴ K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 271 et s.

⁸³⁵ Art. VIII du TBI Canada – Uruguay, 1997.

⁸³⁶ Annexe B, paragraphe 4 (b) du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 2012. V. également le modèle de 2004 tel que traduit in P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 676.

Ces mesures, exclues de la qualification d'expropriation indirecte, ne donnent pas lieu à indemnisation. Les droits de l'Etat de réglementer souverainement son territoire sont donc préservés. On remarque alors que la recherche d'un équilibre entre intérêts privés et public a pris le pas sur la protection des intérêts des investisseurs, qui était initialement l'objectif essentiel des traités bilatéraux d'investissement.

Une autre disposition vient préciser le champ de cette exclusion, au regard de l'environnement. Ainsi, l'article 12 du modèle américain de 2012 prévoit que :

« Rien dans ce traité ne pourra être interprété comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs compatible avec le présent traité, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées de manière sensible aux préoccupations environnementales »⁸³⁷.

La portée d'une telle précision est, toutefois, limitée par la référence au fait qu'elle doit nécessairement être compatible avec le traité. Cependant, cette précaution concernant exclusivement l'environnement doit être lue en lien avec cette relative aux expropriations. Elle permet, de plus, de définir plus précisément ce que sont les motifs légitimes qui peuvent animer l'Etat lorsqu'il prend une mesure qui interfère avec les droits des investisseurs.

De même, le Canada met également en garde les arbitres, au regard de ce qu'on a qualifié de « *regulatory expropriation* », sur les mesures non discriminatoires et conçues dans un but légitime d'intérêt public. Celles-ci ne pourront pas être qualifiées d'expropriations indirectes et ne pourront donc donner lieu à indemnisation même si elles interfèrent avec les droits des investisseurs. Le Canada fournit quelques exemples de ces motifs légitimes, comme la santé, la sécurité ou l'environnement, mais en rappelant que cette liste n'est pas exhaustive :

« c) Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement »⁸³⁸.

Plus récemment, le modèle colombien reprend exactement la même disposition, précisant que :

« *c. Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied for public purposes or social interest or with objectives such*

⁸³⁷ Art. 12, paragraphe 5, du modèle des Etats-Unis d'Amérique de 2012. V. également l'art. 12, paragraphe 2, du modèle de 2004.

⁸³⁸ Annexe B. 13 « Expropriation » du modèle canadien de 2004.

as public health, safety and environment protection, do not constitute indirect expropriation »⁸³⁹.

La marge de manœuvre des arbitres semble donc extrêmement limitée, au moins dans ces matières. Ces Etats, même s'ils restent minoritaires, ont totalement repris le contrôle de leur politique législative, limitant la liberté laissée aux arbitres et de la même façon les mesures susceptibles d'indemnisation.

Ces nouveaux modèles, qui n'ont pas encore donné lieu à jurisprudence ou interprétation, révèlent en tout cas la défiance des Etats à l'égard des tribunaux arbitraux et leur volonté de contrôler, grâce aux accords bilatéraux relatifs aux investissements, le *corpus* normatif du droit international des investissements. Par ces clauses, les Etats impriment les nouvelles directions du droit international des investissements.

*

Conclusion de la section. Le renouveau du droit des expropriations s'inscrit dans l'évolution générale du droit international des investissements, qui a révélé sa capacité d'évoluer et son ouverture. En effet, ce système juridique, défini avant tout par son champ *ratione materiae*, s'ouvre de plus en plus à de nouveaux domaines et devient même un vecteur de développement du droit international, insistant sur le besoin d'une approche globale, en matière d'environnement et de droits de l'homme notamment, et sur la nécessaire liberté dont doivent jouir les Etats pour réguler ces matières.

*

Conclusion du chapitre. Les normes relatives aux expropriations sont intéressantes, car elles révèlent autant les origines du droit international des investissements, que sa modernité et les nouvelles directions qu'il emprunte. Au travers de notions polysémiques et d'actes polymorphes, le droit international des investissements se trouve à la croisée des chemins

⁸³⁹ Art. VI du modèle colombien de 2008.

entre un droit de la protection des étrangers, fondé sur la sécurité de leurs biens, et un droit international renouvelé, où la personne privée trouve entièrement sa place, mais où l'Etat occupe également un rôle fondamental dans la mise en place d'une régulation globalisée.

*

CONCLUSION DU TITRE. Le droit international des investissements se fonde sur un socle minimal de normes, semblant désormais appartenir au droit international général et constitué non seulement de la limitation du droit d'exproprier, mais également de l'obligation de traitement justement et équitable et de pleine et entière protection et sécurité.

Ce socle minimal constitue un tout, sans qu'on puisse réellement distinguer ses différentes composantes, une certaine confusion régnant entre la limitation des expropriations et les standards. Ainsi, une expropriation sera souvent un traitement injuste et inéquitable et cette qualification pourra être plus facile à mettre en œuvre. Quelques tribunaux ont alors préféré se placer sur le terrain du traitement juste et équitable plutôt que de prouver la qualification d'expropriation, comme l'a révélé l'affaire *MTD* :

*« the issue in this case is not of expropriation but unfair treatment by the State when it approved an investment against the policy of the State itself. The investor did not have the right to the amendment of the PMRS. It is not a permit that has been denied, but a change in a regulation. It was the policy of the Respondent and its right not to change it. For the same reason, it was unfair to admit the investment in the country in the first place »*⁸⁴⁰.

Cette confusion joue parfois également en faveur des expropriations, comme l'a montré l'affaire *Metalclad*, dans laquelle le Tribunal a admis que le manque de transparence avec lequel un investisseur avait été traité pouvait être qualifié d'expropriation⁸⁴¹. L'appréhension des attentes légitimes peut ainsi autant permettre la qualification de traitement injuste ou inéquitable que d'expropriation⁸⁴².

⁸⁴⁰ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. Et MTD Chile S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 21 mai 2004, paragraphe 214.

⁸⁴¹ CIRDI, *Metalclad Corp. contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 107 : « These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation ».

⁸⁴² A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

Pourtant, il existe un critère de distinction, qui s'attache à la gravité de l'action de l'Etat et au degré d'interférence avec les droits de l'investisseur, imposant des conséquences sur le niveau de la preuve.

Cet enchevêtrement normatif ressort également des traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, la disposition relative aux expropriations contient également souvent l'obligation de pleine et entière protection et sécurité et celle d'indemnisation des pertes en cas de guerre ou de catastrophe naturelle, appelée en anglais clause de « *Compensation for Damages and Losses* ». C'est le cas, en particulier, du modèle français, qui dans son article 6, relatif à la « Dépossession et indemnisation », prévoit dans un premier paragraphe que les investissements jouissent d'une protection et d'une sécurité pleines et entières ; et, dans le troisième paragraphe, que :

« Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence nationale ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la Nation la plus favorisée »⁸⁴³.

Le modèle allemand de 2005 suit exactement le même schéma, consacrant le premier paragraphe de l'article 4, relatif à l'« Indemnisation en cas d'expropriation », à la pleine protection et sécurité⁸⁴⁴, alors que les paragraphes 3 et 4 traitent l'indemnisation des pertes⁸⁴⁵.

Le modèle turc, quant à lui, ne fait référence qu'à l'indemnisation des pertes et pas à la pleine et entière protection et sécurité dans sa disposition relative à l'expropriation⁸⁴⁶.

Alors que l'inclusion de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité en lien avec l'expropriation paraît finalement assez logique, les expropriations étant la principale cause d'insécurité des investissements, la référence à l'indemnisation des pertes paraît plus étrange. Certes, est en jeu une indemnisation, mais l'objet d'une telle clause n'est pas de l'imposer, mais bien d'interdire les discriminations en obligeant l'Etat à appliquer les clauses de traitement national ou de traitement de la nation la plus favorisée. C'est pourquoi une telle inclusion est étonnante, à moins de penser que la disposition relative aux expropriations ne fait que refléter le droit coutumier et que l'indemnisation des pertes en fait partie. Cette hypothèse est confirmée par le fait que les Etats-Unis aient inclus cette obligation dans la

⁸⁴³ Art. 6, paragraphe 3, du modèle français de 2006.

⁸⁴⁴ V. le premier paragraphe de l'art. 4 – « Compensation in case of expropriation » - du modèle allemand de 2005 : « *Investments by investors of either Contracting State shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting State* ».

⁸⁴⁵ V. les paragraphes 3 et 4 de l'art. 4 – « Compensation in case of expropriation » - du modèle allemand de 2005.

⁸⁴⁶ V. l'art. IV – « Expropriation and Compensation » - du modèle turc de 2000.

clause relative au standard minimum de traitement, dans leur modèle de 2012, qui soumet l'indemnisation des pertes à la condition de non-discrimination :

« chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie, et aux investissements couverts, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra concernant les pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire »⁸⁴⁷.

On assiste ainsi à un renouveau du standard minimum, qui comprendrait désormais le traitement juste et équitable, la pleine et entière protection et sécurité, la limitation du droit d'exproprier et l'interdiction des mesures arbitraires et discriminatoires. Ce socle minimal aurait acquis valeur coutumière et pourrait s'appliquer en l'absence d'assise conventionnelle.

Il demeure, en tout cas, que les traités bilatéraux d'investissement ne consacrent aujourd'hui que peu de place à ces standards de protection et de sécurité, qui sont intégrés par automatisme. Ils se concentrent sur de nouvelles questions, plus ou moins en lien avec les investissements, qui participent à l'évolution du droit international des investissements et à son intégration dans l'ordre juridique international.

⁸⁴⁷ Art. 5, paragraphe 4, du modèle américain de 2012. V. également les paragraphes 5 et 6. V. encore le modèle de 2004.

TITRE 4

LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

L'ordre juridique international relatif aux investissements est avant tout un système de protection et de sécurité, basé sur le présupposé qu'il s'agit là des conditions nécessaires à la promotion des mouvements de capitaux et, ainsi, au développement harmonieux des Etats. Le droit international des investissements s'est donc initialement construit sur ces normes fondamentales relatives à la protection et à la sécurité des investissements, dont la récurrence systématique a pu faire douter de leur qualification juridique, en tant que normes coutumières ou conventionnelles.

Cependant, si la protection et la sécurité sont des conditions nécessaires à l'encouragement des investissements internationaux, ces normes ne sont nullement suffisantes. L'ordre juridique relatif aux investissements a ainsi dû évoluer au rythme des exigences des opérateurs économiques, à savoir tant les investisseurs que les Etats. Ce développement du droit international des investissements, même s'il pouvait trouver une impulsion dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI, passait nécessairement par l'apparition des nouvelles obligations conventionnelles. Ces normes, qui ne peuvent donc s'appliquer en l'absence de leur inclusion dans un traité bilatéral d'investissement, participent au développement du droit international des investissements en lui imposant ses directions et impulsions.

Ces normes conventionnelles, même si elles révèlent moins la relation qu'entretiennent la jurisprudence du CIRDI et les conventions bilatérales d'investissement, ne doivent pas faire douter de son existence. En effet, étant donné la jeunesse du droit international des investissements et le faible succès du CIRDI durant ses premières années d'existence, il est normal que toutes les questions du droit international des investissements n'aient pas donné lieu à une jurisprudence fournie – et parfois même à une seule décision. De même, certains éléments très techniques, qui font l'objet de nombreuses précisions dans les traités,

n'appellent pas nécessairement une interprétation. Mais ces normes et principes participent, toutefois, à la construction d'un système juridique et méritent donc une attention particulière.

Parmi ces règles, il existe, d'une part, des clauses traditionnelles, systématiquement incluses dans les traités bilatéraux d'investissement, et qui apparaissent nécessaires à la conduite paisible des relations économiques et à l'opération d'investissement. Elles se fondent sur la notion de libre concurrence¹ et apparaissent alors fondamentales pour tout investisseur. Même si l'on ne pourrait les déduire du droit international général, leur caractère nécessaire aboutit à une inclusion systématique. C'est le cas, notamment, des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, mais également de l'obligation de libre-transfert ou de l'interdiction des contraintes d'exploitation. La jurisprudence des tribunaux arbitraux sera alors utile pour déterminer le contenu exact de ces dispositions, qui manquent parfois de précision.

D'autre part, il existe des obligations plus modernes et étonnantes qui, plutôt que de nécessiter l'interprétation des tribunaux arbitraux, viennent y répondre et en donner les directions à venir. La jurisprudence du CIRDI n'intervient alors plus – ou pas encore – pour donner l'interprétation de ces nouvelles normes, mais a eu sa place en amont en mettant en lumière les imperfections du droit international des investissements et en occasionnant une réaction des traités bilatéraux. Ces nouvelles normes ont alors vocation à restaurer l'équilibre du droit international des investissements et agissent comme vecteur d'influence sur la politique, tant des Etats que des investisseurs.

Le marché des investissements étant un marché hautement concurrentiel², certains Etats – du Nord – ont rapidement compris qu'ils pouvaient conditionner la signature de leurs traités bilatéraux d'investissement à l'inclusion de certaines clauses, dépassant de loin le champ des investissements et ayant vocation à modifier en profondeur la politique des Etats. Se fondant sur l'idée de concurrence loyale entre les entreprises, les Etats ont pu imposer des obligations relevant du droit social, du droit de l'environnement ou encore des droits de l'homme. Cette ingérence consentie dans les affaires intérieures pousse à s'interroger sur la souveraineté de l'Etat, car si seule sa souveraineté lui permet de ratifier les traités³, la question de la contrainte économique continue de se poser.

Parallèlement, la crise de légitimité subie par le CIRDI a rendu nécessaire de réorienter le droit international des investissements. Cela ne pouvait se faire par la simple œuvre prétorienne, les conventions bilatérales d'investissement étant trop déséquilibrées – au profit des investisseurs – pour autoriser une nouvelle interprétation en faveur des Etats. Suite à

¹ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

² N. Baccouche, "Incitations aux investissements et concurrence entre Etats" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 61-71.

³ CPJI, Affaire du *Vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, *Rec. A*, n° A01, p. 15.

certaines affaires mettant en cause les pays développés, les traités bilatéraux d'investissement ont commencé à inclure un certain nombre de droits au profit des Etats et d'obligations s'imposant aux investisseurs. De nouveaux principes sont donc intégrés à la nouvelle génération de conventions bilatérales d'investissement et vont probablement avoir une grande influence sur la jurisprudence arbitrale.

Ces nouvelles obligations aboutissent à l'extension du champ du droit international des investissements, qui embrasse de plus en plus de domaines, et qui s'intègre ainsi naturellement dans le droit international économique, mais aussi dans le droit international général, ce qui contribue à lui rendre une partie de sa légitimité. Les arbitres doivent, en effet, tenir compte, dans leur interprétation, des règles de droit international⁴, comme le rappelle la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui précise que pour l'interprétation :

« Il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »⁵.

Le droit international des investissements va ainsi puiser ses directions dans d'autres branches du droit international. Est-ce dire que cette discipline manque d'autonomie pour être qualifiée d'ordre juridique ? Certainement pas ! Même si, pour exister, un ordre juridique doit jouir d'une certaine spécificité, celle-ci ne doit pas relever du cloisonnement ou de la séparation totale⁶. Il apparaît d'ailleurs opportun que chaque système juridique soit attentif à l'évolution de ceux qui l'entourent afin de permettre un développement harmonieux du droit international dans son ensemble et d'éviter sa fragmentation. Ainsi, l'émergence d'un ordre juridique international relatif aux investissements, loin d'entraîner une fragmentation du droit international, a su s'y intégrer harmonieusement grâce à l'action conjointe des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, qui sont restés attentifs à l'évolution de la société internationale.

Ces obligations conventionnelles incluses dans les traités bilatéraux d'investissement, qu'elles interviennent à l'appui ou en réaction à la jurisprudence du CIRDI, contribuent ainsi au développement du droit international des investissements en l'ancrant dans le droit international économique et en lui donnant ses impulsions (Chapitre 7), mais surtout en lui permettant d'accroître sa légitimité par un rééquilibrage des obligations pesant sur les Etats et les investisseurs (Chapitre 8).

⁴ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 153.

⁵ Art. 31, paragraphe 3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁶ V., en particulier, M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p.

Chapitre 7. Un droit ancré par ses obligations conventionnelles dans l'ordre juridique international

Chapitre 8. Vers un droit international des investissements plus équilibré

CHAPITRE 7

UN DROIT ANCRE PAR SES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Le droit international des investissements ne peut se fonder sur la seule protection de ces derniers. L'opération d'investissement est avant tout une opération économique, la considération de la rentabilité possible étant la raison essentielle dans toute décision d'investir. Or, afin d'assurer la rentabilité de ces investissements, la mise en œuvre d'un certain traitement est nécessaire, en particulier pour organiser une situation de concurrence loyale⁷ et mettre en œuvre certains débouchés.

Au fur et à mesure que la protection de l'investissement s'affirmait comme une obligation générale du droit international des investissements, ces clauses de traitement ont pris une place de plus en plus importante, ce qui justifie qu'on les retrouve systématiquement dans les traités bilatéraux d'investissement. Elles n'ont, toutefois, pas la même valeur : alors que certaines, comme le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, apparaissent comme les véritables clés de voûte du droit international des investissements ; d'autres, telles que l'interdiction des contraintes d'exploitation ou les facilités pour l'embauche du personnel, sont plus conjoncturelles. Il n'en demeure pas moins qu'elles sont toutes essentielles à la bonne conduite de l'opération d'investissement. Dès lors, l'application qu'en font les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI sera primordiale pour l'investisseur et pourra être plus déterminante dans la décision d'investir que la seule protection de l'investissement.

Parallèlement, on a vu apparaître de nouvelles obligations, nées très certainement de considérations humanistes, mais également, en grande partie, de la volonté d'assurer une libre concurrence entre investisseurs nationaux et étrangers. Ces obligations relatives notamment à l'environnement, au droit social ou aux droits de l'homme font leur entrée dans le droit international des investissements, afin de ne pas placer les investisseurs subissant des standards plus contraignants dans une position défavorable. Il n'empêche que même si les Etats consentent à ces obligations, celles-ci constituent une ingérence non négligeable dans leurs affaires intérieures, mais permettent parallèlement une application efficace de certaines

⁷ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

normes que l'on voudrait universelles. Dès lors, le droit international des investissements devient un vecteur de développement du droit international.

Face à la diversité de ces obligations conventionnelles, la jurisprudence du CIRDI n'aura pas le même rôle et la relation qui s'établit avec les traités pourra diverger. Alors que pour les clauses précises et techniques, le rôle des arbitres demeure limité ; ils ont, sans nul doute, été à l'origine de l'intégration de nouvelles préoccupations plus humaines dans les traités bilatéraux d'investissements, tout en contribuant à préciser le sens et le contenu de certaines clauses, dont la portée était largement indéterminée, comme le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée. Ainsi, même si la relation qu'entretiennent ces obligations conventionnelles avec le CIRDI est inégale, il existe quand même un véritable mouvement de va-et-vient entre la jurisprudence et les traités bilatéraux d'investissement. Les traités imposent certaines obligations que la jurisprudence précise et applique ; mais aussi qu'elle complète en donnant les impulsions et les directions de l'évolution du droit international des investissements, que reprennent ensuite les accords.

Qu'ils empruntent des voies traditionnelles (Section 1) ou qu'ils s'orientent vers de nouvelles obligations (Section 2), les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI participent ainsi au développement du droit international des investissements, qui s'affirme de plus en plus comme un ordre juridique évolutif qui s'intègre harmonieusement au droit international et à l'évolution de sa société.

SECTION 1. TRAITEMENT NATIONAL ET TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE, CLES DE VOUTE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Les clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée apparaissent comme les véritables clés de voûte du droit international des investissements et même, aujourd'hui, du droit international économique. Pourtant, même si ces clauses sont anciennes et si leur inclusion dans les traités bilatéraux d'investissement est particulièrement fréquente, rendant leur application générale, il est impossible, à l'heure actuelle, de considérer que ces principes font partie du droit international coutumier et n'ont plus besoin de leur assise conventionnelle. Comme le notait le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales au regard du traitement national :

« *There is, however, no universally accepted principle of national treatment in international law* »⁸.

Leur inclusion systématique pousse, toutefois, à s'interroger sur l'évolution qu'ont connue ces clauses depuis l'affirmation faite en 1988 par le Centre des Nations Unies, leur répétition dans toutes les conventions de droit international économique ayant peut-être pu leur donner valeur coutumière. Toutefois, même s'il existe une pratique générale des Etats, qui ressort de l'ensemble des traités bilatéraux d'investissement, on ne peut considérer qu'il existe une *opinio juris sive necessitatis* au regard de l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée⁹, étant donné les réticences exprimées par la communauté internationale, qui ressortent, en particulier, des nombreuses exceptions prévues à l'application de ces clauses¹⁰. A l'opposé, il appartient à l'Etat de décider souverainement d'accorder des avantages ou privilèges à un autre Etat ou à ses ressortissants, en conformité avec le droit international général. Dès lors, l'octroi du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée dépend de la volonté de l'Etat, sans que le droit international l'impose¹¹.

Ces standards doivent donc avoir nécessairement un fondement conventionnel pour pouvoir s'appliquer. Ce fondement conventionnel ne pose pas problème, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée se retrouvant pratiquement systématiquement dans les traités bilatéraux d'investissement. Il faut, toutefois, noter que ces clauses varient grandement d'un accord à l'autre, ce qui justifie leur étude.

Même si le mécanisme sous-jacent le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée est simple, son application pose problème notamment du fait de la diversité des clauses et des nombreuses exceptions qui y sont attachées. Les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI ont, toutefois, tenté de parvenir à une jurisprudence équilibrée au regard de ces clauses extensives. Il demeure, cependant, que leur contenu difficilement identifiable (Paragraphe 1) rend leur portée incertaine (Paragraphe 2).

⁸ *Report on Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations in Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, Bilateral Investment Treaties, ST/CTC/65, Publications des Nations Unies, 1988, New York, 194 p., p. 173, paragraphe 58.*

⁹ V. not., l'art. 7 du Projet d'articles de la Commission du droit international sur la clause de la nation la plus favorisée, 8 juillet 1976.

¹⁰ V. not., CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne contre Danemark ; République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas)*, arrêt du 20 février 1969, *CIJ Rec.* 1969, p. 3 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, p. 226. V. également P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., p. 352 et s.

¹¹ C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

PARAGRAPHE 1. UN CONTENU EXTENSIF

Les clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée sont apparues dans les accords de commerce comme des instruments de non-discrimination. Leur application a été peu à peu étendue aux investissements, au point qu'on les retrouve aujourd'hui dans la très grande majorité des traités bilatéraux d'investissement, en général dans une même disposition relative au traitement de l'investissement. Parfois, les standards de traitement juste et équitable ou de pleine et entière protection et sécurité sont également inclus dans une telle clause ; mais dans la plupart des cas, ces deux normes font l'objet d'une disposition autonome. Cette référence conjointe au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, mais séparée des autres standards, se justifie aisément du fait que ces deux clauses fonctionnent selon le même mécanisme. Il s'agit dans les deux cas d'étendre le traitement accordé à une catégorie d'investisseur à une autre catégorie. Cette extension liée à la nature même des clauses (A) va varier en fonction des objets qu'elles visent (B).

A. Un extension du fait de la nature même des clauses

Que ce soit le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, ces clauses agissent par référence, empêchant ainsi l'Etat de connaître, au moment où il ratifie le traité bilatéral d'investissement, la nature exacte de ses obligations. La nature même des clauses, agissant comme des traitements par référence – au traitement accordé à une autre catégorie d'individu – laisse ouverte la possibilité d'imposer l'application de nouvelles règles de comportement à l'Etat, ce qui rend leur portée difficilement déterminable. Ainsi, même si ces clauses sont systématiquement incluses, leur formulation diverge (2°) du fait de la volonté des Etats d'en contrôler la portée extensive (1°).

1°) Des règles par nature extensives

Qualifiées de clauses « indirectes » ou « contingentes », ces clauses sont toujours définies suivant le même modèle dans les traités bilatéraux d'investissement. Claire Crépet Daigremont l'explique ainsi :

« le traitement national oblige (...) l'Etat concédant à accorder aux ressortissants de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants, et le traitement de la nation la plus favorisée implique (...) que tous les avantages plus favorables accordés à un Etat tiers soient automatiquement et inconditionnellement étendus à l'Etat bénéficiaire ou à ses ressortissants »¹².

Cette définition négative du traitement, qualifié de « non moins favorable », permet ainsi d'accorder un traitement préférentiel aux bénéficiaires du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.

Les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée se fondent toutes deux sur l'interdiction des discriminations et constituent des standards relatifs, n'ayant pas de contenu propre. Elles dépendent du traitement accordé par l'Etat hôte, soit aux investisseurs nationaux, soit aux investisseurs d'un Etat tiers, et n'imposent en tout cas pas de principes de traitement spécifiques. Leur contenu reste donc difficilement identifiable. Si elles se fondent sur l'interdiction des discriminations, les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée s'en éloignent également. Etant des standards relatifs, elles se fondent sur une comparaison des traitements ; alors que la non-discrimination en droit international constitue un standard absolu visant les mesures injustifiées ou arbitraires¹³. Cela étant dit, il convient de les étudier séparément.

i) Le traitement national

La plupart des traités bilatéraux d'investissement impose à l'Etat l'obligation d'accorder aux investisseurs étrangers le même traitement que celui accordé aux investisseurs nationaux. Cette clause de traitement national, qui trouve ses origines dans le droit du commerce international¹⁴, a eu une place ambivalente dans l'histoire du droit international des

¹² *Id.*

¹³ CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, XVI-141 p.

¹⁴ Ses origines remonteraient ainsi au XII^{ème} et XIII^{ème} siècle, la clause de traitement national étant intégrée par la Ligue hanséatique.

investissements. D'une part, certains Etats considéraient que le traitement national devait bien s'appliquer aux investisseurs étrangers, qui, cependant, n'avaient aucun droit à un traitement plus favorable ou à un règlement internationalisé des différends. Cette position était en particulier défendue par les pays d'Amérique latine, favorables à la doctrine Calvo, qui souhaitaient que l'investisseur étranger soit soumis aux mêmes règles que l'investisseur national, même si ce traitement était inférieur au standard minimum¹⁵. Le traitement national constituait alors un rejet du droit international. Cette doctrine n'a, toutefois, jamais connu un réel succès – en dehors des pays d'Amérique latine – les pays du Nord exigeant systématiquement l'application du standard minimum de traitement. Le traitement national ne pouvait alors s'appliquer que si les garanties qu'il proposait étaient supérieures à celle du standard¹⁶.

D'autre part, certains considèrent que l'application systématique du traitement national serait injuste à l'égard des pays en développement, les pays développés ayant eux-mêmes usé, dans leur histoire, de discriminations afin de se développer. Cela justifierait ainsi de larges exceptions au traitement national afin d'accorder des privilèges aux nationaux dans certains domaines clés du développement économique, position par ailleurs confirmée par certains économistes¹⁷.

Le traitement national, du fait de son caractère extensif, a ainsi entraîné quelques réticences, en particulier de la part des pays en développement. Dès les années 1970, les discussions autour du Code des Nations Unies sur les entreprises transnationales ont révélé ces dissensions, les Etats du Sud refusant une application générale du traitement national qui entraînerait pour eux la perte de contrôle de leurs économies nationales¹⁸. C'est pourquoi le traitement national est très souvent entouré d'exceptions¹⁹.

De plus, aujourd'hui, en période de crise économique, certains pays du Nord ont pu partager ces vues, comme par exemple les Etats-Unis d'Amérique, dont le Congrès a exprimé ses inquiétudes au regard des droits accordés aux investisseurs étrangers. En effet, beaucoup reprochent au traitement national de ne pas mettre l'investisseur étranger sur un pied d'égalité avec l'investisseur national, mais de le placer dans une situation plus avantageuse liée à la reconnaissance de ses droits par un instrument international et à la possibilité de recourir à un règlement internationalisé des différends.

¹⁵ V. *supra*, p. 544 et s.

¹⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 202 et p. 335.

¹⁷ H. J. Chang, *Kicking Away the Ladder*, Anthem Press, Londres, 2002, 187 p.

¹⁸ V. *Report on Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations in Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, Bilateral Investment Treaties*, ST/CTC/65, Publications des Nations Unies, 1988, New York, 194 p., pp. 172-174.

¹⁹ V., par ex., la Déclaration de l'OCDE sur l'Investissement international et les entreprises multinationales.

L'acceptation du traitement national est, cependant, une nécessité pour tout Etat souhaitant importer des capitaux étrangers, son absence mettant les investisseurs étrangers dans une situation de désavantage concurrentiel qu'ils ne peuvent accepter. Cette obligation ne vaut, cependant, bien évidemment, que dans les cas où le traitement national est plus favorable que les obligations conventionnelles contenues dans le traité, ce qui est en général le cas.

Ainsi, malgré les crises que cette clause a toujours traversées, le traitement national s'est rapidement imposé, s'intégrant vite dans les Traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique²⁰. Même aujourd'hui, la crise de légitimité que traverse le droit international des investissements n'a pas remis en cause son application, les débats concernant davantage les possibilités de traitement préférentiels ou le traitement accordé aux entreprises transnationales. L'Etat pourra, en effet, décider d'accorder certains avantages en vue d'attirer les investisseurs étrangers conformément à la formulation négative des clauses.

Cette disposition étant au bénéfice de l'investisseur étranger, on comprend que les Etats l'entourent de conditions. Ainsi, le traitement national ne vaudra que lorsque l'investisseur étranger est dans une situation similaire ou identique à celle de l'investisseur ressortissant de l'Etat en cause. Il est également parfois fait référence au fait que l'investisseur étranger doit conduire le même type d'investissement, d'activité économique ou d'entreprise²¹. L'appréciation de tels critères rendra parfois difficile l'application du traitement national²².

Le traitement national est souvent accompagné du traitement de la nation la plus favorisée, qui fonctionne suivant le même mécanisme.

ii) Le traitement de la nation la plus favorisée

La clause de la nation la plus favorisée, quant à elle, est l'un des principes les plus anciens du droit international économique²³. Apparue avant même les traités de commerce, elle servait au

²⁰ W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162.

²¹ V., par ex., l'art. 10 du TBI Allemagne – Kenya, 1964. Le protocole de l'accord précise : « *The term « any similar investment » as referred to in Article 2 shall be deemed to comprise any investment of a like nature in the territory of the Contracting Party concerned regardless of whether such investments have been made by nationals or companies of any third State or by other individual or company ».*

²² R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 63.

²³ V. en particulier les deux cours donnés à l'Académie de droit international de La Haye : B. Nolde, "La Clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels", *RCADI*, t. 39, 1932, p. 25 et s. ; D. Vignes, "La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine: problèmes posés par la Communauté économique européenne", *RCADI*, t. 130, n° II, 1970, pp. 207-349. V. également OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p. ; C. Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2009, 791 p. ; CNUCED,

Moyen-Âge d'instrument de pacification des relations entre cités du bassin méditerranéen. On retrouve ainsi un exemple dès 1055 lorsque l'empereur Henri III accorde à la ville de Mantoue la jouissance des coutumes obtenues « par quelque ville que ce soit »²⁴. Elle a ensuite été incluse dans les traités de commerce du XII^{ème} et XIII^{ème} siècle²⁵. En 1417, le roi Henri IV l'utilisait au sujet des droits de navigation²⁶. Son importance est allée grandissante dans l'histoire, sa pratique s'étant généralisée à partir du XVII^{ème} siècle. Initialement conditionnée à l'octroi des mêmes avantages par l'autre partie et par une stricte condition de réciprocité²⁷, elle s'est transformée en clause inconditionnelle dès la moitié du XVIII^{ème} siècle²⁸, même si des conditions pouvaient réapparaître, suivant les tendances protectionnistes des Etats²⁹. Règle fondamentale du commerce international, son champ s'est peu à peu étendu, en particulier au droit international des investissements, une clause de la nation la plus favorisée étant incluse dans les Traités d'amitié, de commerce et de navigation des Etats-Unis³⁰, puis dans le premier traité bilatéral d'investissement conclu entre le Pakistan et l'Allemagne en 1959. Elle a, en tout cas, suscité l'intérêt de la communauté internationale, la Société des Nations s'y étant intéressée lors des conférences économiques et financières dans les années 1920 et 1930, mais aussi l'Institut de droit international³¹ ou le Comité français de droit international privé et, enfin, la Commission du droit international³² qui a proposé un Projet d'articles en 1978, qui n'a jamais abouti³³, même si le projet a été récemment repris, notamment au regard des accords d'investissement, par le Groupe McRae et Perera³⁴. Elle a également occupé la jurisprudence, la Cour internationale de Justice ayant

Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, XVI-141 p.

²⁴ B. Nolde, "La Clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels", *RCADI*, t. 39, 1932, p. 25 et s. ; C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

²⁵ Y. Radi, "The application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"", *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774.

²⁶ S. Suvedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 68.

²⁷ CDI, *Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du Groupe de Travail*, A/CN.4/L.719, Publication des Nations Unies, 2007, Genève, 16 p.

²⁸ V., par ex., le traité de commerce conclu entre le Royaume-Uni et la France et 1869 (traité Chevalier-Codben).

²⁹ V. les traités conclus suite à la crise économique de 1929. V. également CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, XVI-141 p.

³⁰ V. not., les traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec la France (1778) et le Royaume-Uni (1794). Ce dernier est connu sous le nom de traité Jay.

³¹ L'Institut de droit international s'est beaucoup intéressé au traitement de la nation la plus favorisée en 1936, puis en 1969, en particulier du fait des travaux du Baron Boris Nolde et de Pierre Pescatore.

³² C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

³³ OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p. ; CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, XVI-141 p.

³⁴ CDI, *Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du Groupe de Travail*, A/CN.4/L.719, Publication des Nations Unies, 2007, Genève, 16 p.

eu à connaître de deux affaires, qui ont mis en lumière les difficultés de mise en œuvre du traitement de la nation la plus favorisée³⁵.

La Commission du droit international définit ainsi la clause de la nation la plus favorisée comme :

« une disposition conventionnelle par laquelle un Etat assume à l'égard d'un autre Etat l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations »³⁶.

Dans le domaine des investissements internationaux, la clause de la nation la plus favorisée apparaît ainsi comme une technique d'uniformisation des règles et principes applicables, permettant d'éviter les discriminations entre les investisseurs étrangers qui empêchent une concurrence libre et loyale³⁷. Elle a pour objet d'étendre le traitement le plus favorable accordé par l'Etat hôte dans le cadre de son réseau conventionnel à tous les autres investisseurs étrangers ressortissants d'autres Etats. Les investisseurs étrangers sont donc assurés de bénéficier du traitement le plus favorable accordé par l'Etat hôte. Pour reprendre les propos de la Cour internationale de Justice :

« les clauses de la nation la plus favorisée avaient pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés »³⁸.

Ce rétablissement de l'égalité est, toutefois, soumis au principe de l'identité de genre ou *ejusdem generis*, qui « est la règle selon laquelle une clause NPF ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie d'objets que ceux auxquels elle se réfère »³⁹. Plus précisément, cette condition impose que les questions soumises à la clause

³⁵ CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni contre Iran)*, exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 93 ; CIJ, *Droit des ressortissants des Etats-Unis au Maroc (France contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 176. V. également S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189.

³⁶ Art. 4 du Projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée adopté par la Commission du droit international à sa trentième session, en 1978.

³⁷ G. Schwarzenberger, "The Most-Favored-Nation Standard in British State Practice", *BYBIL*, vol. 22, 1945, p. 96 et s., pp. 99-100 : selon lui, la clause de la nation la plus favorisée « consists of forming an agency of equality. It prevents discrimination and establishes equality of opportunity on the highest possible plane: the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third State (...). It is clear that MFN clauses serve as insurance against incompetent draftsmanship and lack of imagination on the part of those who are responsible for the conclusion of international treaties. While it is thus that the standard of MFN treatment has the effect of putting the services of the shrewdest negotiator of the third country gratuitously at the disposal of one's country, another aspect of the matter is more significant. (...) As long as a country is content to enjoy treatment equal to that of the most-favoured country, and that subject matter of the treaty lends itself to such treatment, the use of the MFN standard leads to the constant self-adaptation of such treaties and greatly contributes to the rationalisation of international affairs ». V. également P. Acconci, "Most-Favoured-Nation Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 363-406.

³⁸ CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis)*, arrêt du 27 août 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 176, p. 192. V., sur ce point, C. Rossillion, "La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *J.D.I.*, 1955, pp. 76-107.

³⁹ OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p., p. 10.

appartiennent à la même catégorie et que les traités – de base et le traité tiers – portent sur la même matière⁴⁰. Cette règle a fait l'objet de nombreuses interrogations dans la jurisprudence internationale⁴¹. La Commission du droit international a d'ailleurs inclus une telle condition dans son Projet de codification. A l'article 9, elle précise :

« En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause » ; et ajoute à l'article 10 :

« En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui ressortit à la matière objet de la clause ».

La clause a également fait l'objet d'une certaine réticence chez des Etats, en particulier ceux d'Amérique latine, mais elle semble aujourd'hui faire l'unanimité, celle-ci étant incluse, de façon systématique, dans les traités bilatéraux d'investissement. Il demeure, toutefois, qu'elle doit être précisément formulée pour éviter une application qui surprenne les Etats, comme ce fut le cas dans l'affaire *Maffezini*⁴². Même si le principe *ejusdem generis* permet de limiter l'extension des dispositions aux traités portant sur les mêmes matières⁴³, ce tempérament ne semble pas devoir suffire et les rédacteurs des traités doivent donc porter une attention particulière à la portée qu'ils souhaitent donner à cette clause.

L'inclusion systématique du traitement de la nation la plus favorisée ne rend pas son application plus aisée. En effet, l'évolution de la clause de la nation la plus favorisée et sa systématisation correspondent mal à sa nature, comme le note Patrick Juillard :

« La clause N.P.F. (...) s'est développée au XIXe siècle. Elle a été pratiquée au XIXe siècle entre quelques Etats européens qui se surveillaient féroce et jalousement, une demi-douzaine peut-être. Qu'en dire lorsque vous trouvez la clause N.P.F. dans deux mille et quelques traités, tous plus techniques les uns que les autres et conclus

⁴⁰ Cette règle traditionnelle se retrouve dans la jurisprudence tant interne qu'internationale. V. not. : C.cass., *Braunkolhen Briket Verkaufsverein Gesellschaft contre Goffard*, arrêt du 22 décembre 1913. V., au niveau international : Commission d'arbitrage, *Ambatelios*, 6 mars 1956 ; CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni contre Iran)*, exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 93. V. le Rapport de la Commission du droit international sur la clause de la nation la plus favorisée, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, 2^{ème} partie, pp. 10-81. V. également W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162 ; S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189.

⁴¹ Commission d'arbitrage, *Ambatelios*, 6 mars 1956 : « La clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que les matières relevant du même ordre de sujets que celui auquel se rapporte la clause elle-même ». V. également CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni contre Iran)*, exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 93 ; CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (France contre Etats-Unis), arrêt du 27 août 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 176.

⁴² CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000. Dans cette affaire, le Tribunal a appliqué la clause du traitement de la nation la plus favorisée pour faire profiter l'investisseur d'une disposition relative au règlement des différends plus favorable.

⁴³ V., par ex., *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/08), sentence du 25 avril 2005.

entre deux cents Etats différents ? Il est impossible, dans ces conditions, de savoir avec précision ce qu'est le traitement le plus favorable et par conséquent il est bien difficile de discerner de ce fait ce qu'est l'obligation conventionnelle de l'Etat »⁴⁴.

Il est vrai que la portée de ces clauses est limitée par l'interprétation de la règle *ejusdem generis* qui oblige à établir d'identité des clauses, mais aussi des traités ; mais cette dernière condition semble particulièrement facile à satisfaire en ce qui concerne le réseau très dense de traités bilatéraux d'investissement. Si tous les traités portent sur le même objet – les investissements – alors il faudra rechercher le traitement le plus favorable parmi ce réseau conventionnel particulièrement dense. Dès lors, les Etats ne peuvent avoir réellement conscience de la portée de leurs engagements.

Le caractère extensif du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée oblige les Etats à formuler précisément leur intention quant au champ d'application de ces clauses, ce qui explique les nombreuses divergences dans les traités bilatéraux d'investissement, qui incluent souvent un certain nombre de conditions, voire d'exceptions.

2°) Une variété de clauses dans les traités bilatéraux d'investissement

La pratique conventionnelle a beaucoup évolué concernant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Si le second a moins posé de problème, le premier n'était pas toujours inclus dans les traités bilatéraux d'investissement, en particulier par les pays en développement, qui avaient une réticence naturelle face à l'impossibilité de soutenir leurs entreprises nationales contre la concurrence des sociétés étrangères⁴⁵. Même si le débat subsiste toujours, ces clauses se sont désormais imposées.

L'exemple de la Chine est à cet égard intéressant, cet Etat refusant initialement d'accorder le traitement national aux investisseurs étrangers. Elle incluait donc, dans ses traités bilatéraux d'investissement, une simple obligation de moyen, limitée par la réserve du droit national. Par exemple, dans le traité entre la Chine et le Royaume-Uni, il était prévu que :

« chaque Partie contractante accorde, dans la mesure du possible, conformément aux dispositions de ses lois et règlements, le même traitement aux investissements de

⁴⁴ B. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 192.

⁴⁵ V., en particulier, les traités conclus par le Cambodge, la Chine, l'Indonésie, l'Iran, la Malaisie et le Sri Lanka.

ressortissants ou de sociétés de l'autre Partie contractante qu'à ses propres ressortissants ou sociétés »⁴⁶.

Une telle réticence s'explique par l'économie communiste, la Chine souhaitant attirer des capitaux étrangers tout en conservant les privilèges accordés aux entreprises publiques. Même si cette pratique continue parfois officieusement aujourd'hui⁴⁷, il semble que la Chine ait changé de position pour ses traités bilatéraux d'investissement dès la fin des années 1980⁴⁸. Dans son modèle de 1997, le traitement national s'applique pleinement. Par exemple, l'accord conclu avec l'Allemagne en 2003 prévoit qu' :

« Aucune Partie contractante n'accordera aux investissements ni aux activités liées à des investissements réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements et aux activités liées à ses propres investisseurs »⁴⁹.

Cela est sans nul doute lié au changement de position de la Chine, qui devient un pays exportateur de capitaux et souhaite donc protéger ses propres investissements à l'étranger⁵⁰. Par ailleurs, l'entrée de cet Etat dans l'Organisation Mondiale du Commerce⁵¹, pour laquelle le traitement national reste une pierre angulaire, a probablement contribué à cette évolution.

Cela ne signifie pas pour autant que certaines limitations ne subsistent pas. En effet, la Chine inclut encore systématiquement une liste d'exceptions, soit dans le corps de l'accord, soit dans un protocole additionnel ; mais cela ne diffère finalement pas de la pratique générale des Etats. Ces clauses sont souvent construites sous la forme de clauses de « *standstill* », à savoir qu'elles prévoient le maintien des mesures non-conformes à l'obligation de traitement national, même si l'Etat s'engage à les éliminer progressivement. Par exemple, dans l'accord de 2003 entre l'Allemagne et la Chine, il est prévu que :

« S'agissant de la République populaire de Chine, le paragraphe 3 de l'Article 2 et le paragraphe 2 de l'Article 3 [le traitement national] ne s'appliquent pas :

⁴⁶ Art. 3, paragraphe 3, du TBI Chine – Royaume-Uni, 1986. V. également les traités conclus par la Chine avec l'Islande (31 mars 1994) et la Slovénie (13 septembre 1993).

⁴⁷ S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Bepress Legal Series*, 1928, 2007, 41 p., p. 21.

⁴⁸ Dès 1988, le TBI Chine – Japon, 1988, prévoyait que : « Le traitement accordé sur son territoire par l'une des Parties contractantes aux ressortissants et sociétés de l'autre Partie contractante concernant les investissements, revenus et activités industrielles ou commerciales découlant des investissements n'est pas moins favorable que celui accordé aux ressortissants et sociétés de la première Partie contractante » (art. 3, paragraphe 2). Toutefois, le Protocole attaché à l'accord donnait au traitement national une portée beaucoup plus limitée : « Aux fins des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3 de l'Accord, le fait pour l'une ou l'autre des Parties contractantes d'accorder un traitement discriminatoire, conformément à ses lois et règlements, aux ressortissants et sociétés de l'autre Partie contractante, ne sera pas interprété comme un « traitement moins favorable » dans le cas où il se révèle nécessaire pour des raisons d'ordre public, de sécurité nationale ou de développement rationnel de l'économie nationale ».

⁴⁹ Art. 3, paragraphe 2, du TBI Chine – Allemagne, 2003.

⁵⁰ S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Bepress Legal Series*, 1928, 2007, 41 p., p. 23.

⁵¹ La République Populaire de Chine est devenu un pays membre de l'Organisation Mondiale du Commerce en décembre 2001.

- (a) A toutes les mesures non conformes existantes, mises en œuvre dans le territoire ;
 - (b) A la poursuite de cette mesure non conforme ;
 - (c) A tout amendement à cette mesure non conforme, dans la mesure où cet amendement ne renforce pas la non-conformité de ces mesures.
- La République de Chine prendra toutes les dispositions appropriées en vue de supprimer progressivement toutes ces mesures non conformes »⁵².

La clause du traitement de la nation la plus favorisée n'a, quant à elle, pas réellement posé de problème à la Chine, qui l'a incluse dans ses premiers traités bilatéraux d'investissement sans difficulté⁵³. Toutefois, l'application du traitement de la nation la plus favorisée a aujourd'hui des conséquences du fait de l'inclusion, dans la nouvelle génération de traités bilatéraux d'investissement, d'une clause relative au traitement national. Par l'effet du traitement de la nation la plus favorisée, les investisseurs étrangers ressortissants d'Etats avec lesquels le traitement national n'était pas prévu peuvent maintenant en bénéficier. De même, on peut se demander si l'interprétation retenue dans l'affaire *Maffezini*, qui étend l'application du traitement de la nation la plus favorisée aux obligations procédurales⁵⁴, permet de passer outre les restrictions contenues dans certains traités bilatéraux conclus par la Chine au regard de la clause de règlement des différends. En effet, ces clauses limitaient la compétence du tribunal arbitral aux différends nés du montant de l'indemnisation en cas d'expropriation. Est-ce que ce consentement restreint pourrait alors être étendu par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée ? La question s'est posée dans l'affaire *Plama contre Bulgarie* et le tribunal a refusé une telle interprétation⁵⁵. Dans le traité bilatéral d'investissement entre Chypre et la Bulgarie, il était prévu que seuls les différends relatifs au montant de l'indemnisation pourraient être soumis à l'arbitrage ; alors que les autres traités conclus par la Bulgarie avaient des clauses de règlement des différends plus larges. A la différence du tribunal dans l'affaire *Maffezini*, les arbitres ont considéré que pour que le traitement de la nation la plus favorisée s'applique au règlement des différends, il fallait que la clause le prévoie expressément⁵⁶. Cette approche a été très bien accueillie dans la doctrine et dans la jurisprudence arbitrale⁵⁷, mais certains se demandent si le refus d'étendre l'application du traitement de la nation la plus favorisée aux

⁵² Protocole à l'Accord entre l'Allemagne et la Chine, Pékin, 2003.

⁵³ V., pour un commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

⁵⁴ CIRDI, *Emilio Augustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphes 38 et s.

⁵⁵ V., pour commentaire, C. Crépet Daigremont, "Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ARB/03/24) - The Most-Favoured-Nation Clause Issue", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 4 p. ; N. Gallus, "Plama v. Bulgaria and the Scope of the Investment Treaty MFN Clauses", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 20 p.

⁵⁶ CIRDI, *Plama Consortium Limited contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence du 8 février 2005, paragraphes 183 et s. Au paragraphe 200, le tribunal note : « *the reference must be such that the parties' intention to import the arbitration provision of the other agreement is clear and unambiguous* ».

⁵⁷ V., par ex., CIRDI, *Telenor Mobile Communications A.S. contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006, paragraphes 81 et s.

obligations procédurales est opportun, étant donné que sans cette protection, les autres droits accordés par le traité aux investisseurs n'ont qu'une moindre valeur⁵⁸.

Désormais, les standards de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée⁵⁹ sont systématiquement intégrés dans les traités bilatéraux d'investissement, sans que leur inclusion ne crée de difficulté. Cependant, la modélisation conventionnelle semble moins bien fonctionner dans ce domaine où il existe une grande variété de clauses. Certains ont d'ailleurs pu considérer qu'il ne fallait pas parler de la clause de la nation la plus favorisée ou de traitement national, mais bien « des clauses »⁶⁰. C'est là l'une des différences notables avec le droit du commerce international. Même si l'on admet que le droit international des investissements a emprunté les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée au GATT, leurs régimes demeurent très différents, étant donné que dans un cas une même clause s'applique à tous, alors que dans l'autre, il existe une multiplicité de clauses divergentes, contenues dans une multiplicité de traités, laissant ainsi place à de nombreuses possibilités de contradictions dans l'interprétation⁶¹. Il demeure, en tout cas, qu'en l'absence de multilatéralisation du droit international des investissements, ces clauses restent la clé de voûte du droit international économique et au cœur des accords d'investissement⁶², même si tant leur champ d'application que leur objet diffèrent.

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée sont en général réunis dans les traités bilatéraux d'investissements. Ils peuvent faire l'objet d'une disposition autonome dans le traité ou être rattachés à d'autres standards de traitement, comme le traitement juste et équitable et la pleine et entière protection et sécurité. Ainsi, dans le traité unissant la Suisse et la Chine, une seule disposition traite de la protection et du traitement, conformément à la pratique chinoise :

⁵⁸ S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Bepress Legal Series*, 1928, 2007, 41 p., p. 27. V. également, CIRDI, *Gas Natural SDG contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur les questions préliminaires de compétence, 17 juin 2005, paragraphe 49 : « *We remain persuaded that assurance of independent international arbitration is an important – perhaps the most important – element in investor protection. Unless it appears clear that the state parties to a BIT of the parties to a particular investment agreement settled on a different method for resolution of disputes that may arise, most-favored-nation provisions in BITs should be understood to be applicable to dispute settlement* ».

⁵⁹ P. Acconci, "Most-Favoured-Nation Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 363-406.

⁶⁰ Anzilotti serait le premier à avoir insisté sur la diversité des clauses de la nation la plus favorisée : D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p. V. également N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, Editions Internationales, Paris, 1930, 425 p., qui notait toutefois que « la diversité des stipulations ne fait pas obstacle à l'existence d'un concept juridique de la clause de la nation la plus favorisée » (p. 16). V., enfin, C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

⁶¹ S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189.

⁶² CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III), Publications des Nations Unies, 1999, Genève, VIII-54 p.

« (1) Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie contractante se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable, et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie contractante. Aucune des Parties contractantes n'entravera d'une quelconque manière, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ni l'aliénation de tels investissements.

(2) Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investissements et aux revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements et aux revenus de ses propres nationaux (traitement national) ou aux investissements et aux revenus des investisseurs d'un quelconque Etat tiers (traitement de la nation la plus favorisée), le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant.

(3) Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ou l'aliénation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs (traitement national) ou aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers (traitement de la nation la plus favorisée), le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant »⁶³.

La question se pose de savoir quel traitement sera appliqué en cas de conflit entre les résultats obtenus par l'application du traitement juste et équitable, de la pleine et entière sécurité et protection ou du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Certains accords précisent que le traitement le plus favorable s'appliquera⁶⁴ et l'on imagine que ce sera le cas, même en l'absence de référence expresse.

En tout cas, dans la très grande majorité des cas, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée seront réunis, montrant le lien spécifique qui les unit. Seuls les modèles américain, canadien et norvégien⁶⁵ les placent dans deux clauses distinctes, l'article 3 pour le traitement national et l'article 4 pour le traitement de la nation la plus favorisée.

La clause du modèle américain relative au traitement national est, toutefois, très classique, avec une définition négative imposant un traitement non moins favorable des investissements et investisseurs étrangers. Il est simplement précisé que le traitement national ne s'applique que dans des situations comparables :

« 1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde sur son territoire, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne

⁶³ Art. 4 du TBI Suisse – Chine, 2009, Berne. V. également l'art. 3 du TBI Allemagne – Chine, 2003. V., également l'art. 3 du modèle néerlandais de 1997, tel qu'il est notamment utilisé dans le TBI Pays Bas – Mali, 2003.

⁶⁴ V. not., les modèles français, suisse et néerlandais.

⁶⁵ V. les art. 3 et 4, Section 2 – *Treatment and protection of investors and investments* – du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007.

l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissement.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements couverts un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués sur son territoire par ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements »⁶⁶.

La réelle particularité d'une telle disposition tient à l'application du traitement national dans la phase pré-établissement, à savoir pour l'établissement ou l'acquisition de l'investissement.

Construite sur le même modèle que celle relative au traitement national, la clause de traitement de la nation la plus favorisée dans le modèle des Etats-Unis est également très simple, donnant une définition négative du traitement, qui ne doit pas être moins favorable que celui accordé aux investisseurs ressortissant d'Etats tiers, et incluant le tempérament des circonstances similaires :

« 1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de tout pays non partie, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissement.

2. Chacune des Parties accordera aux investissements couverts un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de tout pays non partie à l'accord, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissement »⁶⁷.

L'originalité de cette clause vient finalement de son silence sur la question des accords régionaux, en particulier au regard de l'ALENA. Aucune exception n'est mentionnée et l'on pourrait dès lors imaginer un investisseur d'un Etat tiers profiter de cet accord. Toutefois, il convient de noter que cela ne semble guère créer de difficulté, étant donné que les droits des investisseurs en vertu de l'ALENA ou du modèle américain sont très proches. L'enjeu n'est donc pas le même que pour les pays appartenant à l'Union européenne, par exemple.

Ensuite se pose la question de savoir si seul l'investissement ou si seul l'investisseur ou encore si les deux jouiront du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Ainsi, le modèle français ne fait référence qu'aux investisseurs :

« Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui

⁶⁶ Art. 3 – Traitement national – du modèle des Etats-Unis de 2004.

⁶⁷ Art. 4 du modèle de traité des Etats-Unis, 2004.

accordé à ses nationaux ou sociétés, ou le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux »⁶⁸.

A l'opposé, le modèle colombien de 2008 ne fait référence qu'aux investissements :

« *Each Contracting Party shall grant to the investments of investors of the other Contracting Party made in its territory, a not less favourable treatment than that accorded, in like circumstances, to investments of its own investors or to investors of any other third State, whichever is more favourable to the investor* »⁶⁹.

D'autres accords insistent, quant à eux, sur leur application tant aux investissements qu'à leurs revenus. C'est le cas du modèle indien de 2003 :

« (1) Chacune des Parties contractantes accordera aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre Partie contractante le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, suivant le traitement le plus favorable pour l'investisseur concerné.

(2) En outre, chacune des Parties contractantes accordera aux investisseurs de l'autre Partie contractante, y compris en ce qui concerne les revenus de leurs investissements, le traitement de la nation la plus favorisée »⁷⁰.

La plupart des modèles prévoient, quant à eux, l'application du traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée s'appliquent tant à l'investisseur, qu'à l'investissement, en distinguant les deux hypothèses. C'est notamment le cas du modèle allemand de 2005 :

« (1) Aucun des Etats contractants ne soumet, sur son territoire, les investissements dont des investisseurs de l'autre Etat sont propriétaires ou qui sont soumis à leur influence, à un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements de ses propres investisseurs ou de ceux d'Etats tiers.

(2) Aucun des Etats contractants ne soumet, sur son territoire, les investisseurs de l'autre Etat contractant, en ce qui concerne l'activité qu'ils exercent en relation avec des investissements, à un traitement moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux d'Etats tiers »⁷¹.

⁶⁸ Art. 5 du modèle français de 2006. Cette pratique semble, toutefois, devoir être limitée dans certains cas. Par ex., dans son accord avec l'Arabie Saoudite, la France fait référence tant aux investissements, qu'aux investisseurs et à leurs revenus. V. l'art. 3 du TBI France – Arabie Saoudite, 2002.

⁶⁹ Art. IV du modèle colombien d'accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements de 2008. Il n'existe pas actuellement, au 1^{er} juin 2012, de traduction en français, les traités conclus sur la base de ce modèle n'ayant pas encore été soumis à publication.

⁷⁰ Art. 4 du modèle indien de 2003. V. également, par ex., l'art. 4 du TBI UE BL – Inde, 1997.

⁷¹ Art. 3 du modèle allemand de 2005. V. également l'art. 3 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

Il en est de même des modèles américain, anglais, autrichien, canadien⁷², danois et néerlandais. Le champ d'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée est alors étendu au maximum. Toutefois, il n'est pas certain qu'en l'absence de référence expresse à l'investisseur ou à l'investissement, le champ d'application soit plus restreint, étant donné la définition – et l'interprétation – extensive donnée à ces termes et l'obscurité de la ligne qui les départage⁷³. Le seul impact pourrait naître de la nationalité de l'investisseur, qui peut diverger de celle de l'investissement, mais l'argument semble difficilement acceptable et a été rejeté dans l'affaire *Siemens*, notant que cela ne correspondrait pas au but du traité et que :

« *for purposes of applying the MFN clause there is no special significance to the differential use of the terms investor or investment in the Treaty* »⁷⁴.

Enfin se pose la question du champ d'application du traitement national, qui aura une définition plus ou moins compréhensive. Certaines clauses ont vocation à s'appliquer de façon générale, celles-ci ne qualifiant pas les activités qui y sont soumises :

« Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses nationaux ou sociétés, ou le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la Nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux »⁷⁵.

D'autres, au contraire, vont préciser le champ d'application, limitant ainsi parfois l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée aux activités mentionnées. La liste pourra être exhaustive ou avoir une simple vocation illustrative, ce qui justifie une particulière attention aux termes employés. Cette précision peut, toutefois, avoir son importance au regard de la possible application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée à la phase pré-établissement. Plusieurs traités mentionnent ainsi les activités concernées. Ce sont les Principes directeurs de la Banque mondiale qui ont commencé à préciser le champ d'application, sans lien avec l'admission des investissements :

« Pour la protection et la sécurité de leur personne, de leurs droits de propriété et intérêts, de la délivrance de permis, de licences d'importation et d'exportation et l'autorisation de recruter du personnel, la délivrance à leur personnel étranger des indispensables visas d'entrée et de séjour et autres questions juridiques relevant du traitement des investisseurs étrangers (...), ce traitement doit être non seulement juste

⁷² Avant le modèle de 2004, les accords conclus par le Canada prévoyaient que le traitement de la nation la plus favorisée s'appliquait tant aux investisseurs qu'aux investissements, alors que le traitement national ne s'appliquait qu'aux investissements, révélant la réticence de certains Etats à octroyer ce standard aux personnes.

⁷³ C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

⁷⁴ CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence, 3 août 2004, paragraphe 92.

⁷⁵ Art. 5 du modèle français de 2006.

et équitable (...), mais aussi favorable que celui accordé par l'Etat aux investisseurs nationaux placés dans les mêmes conditions »⁷⁶.

La Suisse a également préféré indiquer le champ d'application exact, afin d'exprimer son rejet de l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée dans la phase pré-établissement :

« Chaque Partie contractante accordera aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne l'exploitation, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers, le traitement le plus favorable à l'investissement étant déterminant »⁷⁷.

Le modèle chinois apparaît également très précis, attachant un Protocole à ses accords, afin de mentionner explicitement que :

« Sont notamment, mais non exclusivement, considérés comme des « activités » au sens du paragraphe 2 de l'article 3 : la gestion, l'affectation, l'utilisation, la jouissance, la vente et la cession d'un investissement. Sont notamment, mais non exclusivement considérés comme « traitement moins favorable » au sens de l'Article 3 : tout traitement inégal en cas de restrictions à l'achat de matières premières ou de matières auxiliaires, d'énergie ou de combustibles, ou de moyens de production ou d'exploitation de tout type, ainsi que toutes les autres mesures ayant des effets analogues »⁷⁸.

De même, les modèles américain et canadien de 2004 et 2012 préfèrent déterminer le champ exact du fait de l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée à la phase pré-établissement. Ainsi est-il fait référence non seulement à « la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire », mais surtout à « l'établissement, l'acquisition, l'expansion »⁷⁹.

La variété des clauses de traitement national se constate surtout au regard de leur champ d'application, limité à la phase post-établissement ou intégrant la phase pré-établissement.

⁷⁶ Art. 3, paragraphe 3 (a) des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étrangers de la Banque mondiale, 1992, tels que traduits *in* P. Juillard, T. Flory et D. Carreau, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. XXXVIII, 1992, pp. 757-807.

⁷⁷ Art. 5 du TBI Suisse – Syrie, 2007. V. également l'art. 3 du modèle du Royaume-Uni de 2006. V. également, par ex., l'art. 3 de l'Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie relatif à la promotion réciproque et à la protection des investissements, 6 novembre 2002, Belgrade : « Aucune Partie contractante ne soumet sur son territoire les investisseurs de l'autre Partie contractante, s'agissant de la gestion, du maintien, de l'usage, de la jouissance ou de la disposition de leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou à ceux des investisseurs d'un quelconque Etat tiers ».

⁷⁸ Point 4 du Protocole au TBI Allemagne – Chine, 2003.

⁷⁹ V., not., les art. 3 et 4 du modèle canadien de 2004.

B. Une extension du fait de leur objet

La question du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée va se poser avec une particulière acuité concernant la constitution de l'investissement, définie comme :

« l'ensemble des opérations qui concourent à l'expatriement et à l'immobilisation des apports ; la liquidation s'entend de l'ensemble des opérations qui concourent à la mobilisation et au rapatriement de ces apports »⁸⁰.

L'Etat dispose d'une entière discrétion pour admettre la constitution d'un investissement sur son territoire et pourra en décider en opportunité. C'est une conséquence même de sa souveraineté, tel que cela ressort du point 2 de la résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, réputée exprimer la coutume internationale en la matière :

« La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités ».

Cela ne signifie pas pour autant que les Etats ne puissent consentir à des limitations de souveraineté dans les conventions bilatérales d'investissement, et c'est ce qu'ils ont fait au travers de deux modèles, constituant probablement la majeure opposition entre Etats – du Nord. Ainsi, même si la jurisprudence du CIRDI a moins vocation à s'exprimer concernant ces clauses, qui ne donnent pas vraiment lieu à interprétation, celles-ci sont essentielles dans l'appréhension des modèles conventionnelles et méritent d'être étudiées. Il faut alors distinguer les clauses d'encouragement, qui respectent le pouvoir souverain de l'Etat d'admettre les investissements (1^o), et les clauses d'admission⁸¹ (2^o).

⁸⁰ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 39.

⁸¹ G. Sacerdoti, "The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 1, n° 1, 2000, pp. 105-126 ; I. Gómez-Palacio et P. Muchlinski, "Admission and Establishment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 227-258.

1°) Les clauses d'encouragement

La plupart des traités bilatéraux d'investissement exigent simplement des Etats qu'ils encouragent et mettent en place des conditions favorables aux investissements étrangers. Ils n'accordent aucun droit aux investisseurs quant à l'entrée sur le territoire. L'Etat sera libre de réguler les conditions d'admission et seuls les investissements autorisés par celui-ci pourront jouir des avantages accordés par le traité. L'Etat pourra même renforcer les contrôles exercés. Cette approche correspond à celle adoptée par l'OCDE dans sa Décision sur le Traitement national de 1976, dans laquelle il est expressément mentionné que l'instrument ne s'applique pas à l'entrée des investissements ou aux conditions d'établissement des entreprises étrangères⁸².

La question de l'admission des investissements occupe généralement un article placé en début de traité, dans les dispositions générales, concernant l'encouragement ou la promotion des investissements. Il se peut, toutefois, que la question de l'admission soit traitée en même temps que la définition de l'investissement.

L'obligation de promotion des investissements, même si elle n'inclut aucune obligation directe d'admission des investissements sur le territoire, implique un certain nombre de conséquences. Il semble que l'Etat soit obligé d'admettre l'investissement, tant que celui-ci est fait conformément à sa législation. De même, l'Etat devra faire un effort pour rendre accessible et transparente sa législation en la matière, comme le montrent les lignes directrices de la Banque mondiale :

« Chaque Etat est invité à publier, sous forme de manuel ou sous toute autre forme aisément accessible aux autres Etats et à leurs investisseurs, toute l'information nécessairement et régulièrement mise à jour concernant ses lois, règlements et procédures intéressant l'investissement étranger, ainsi que toute autre information relative à ses politiques d'investissement, comprenant notamment une indication des catégories d'investissement visés aux Section 4 et 5 »⁸³.

Si l'Etat doit informer les potentiels investisseurs sur sa législation, il reste, toutefois, libre d'édicter de nouvelles obligations, même si l'on peut imaginer que ces obligations doivent être définies avec bienveillance et bonne foi, l'Etat s'étant engagé à la promotion des investissements.

⁸² V. le Paragraphe 2, point 4, de la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, 1976.

⁸³ V. le paragraphe 6 de la Section II sur l'Admission des Lignes Directrices sur le traitement de l'investissement direct étranger, Banque mondiale, 1992, tel que traduit par P. Juillard *in* P. Juillard, T. Flory et D. Carreau, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. XXXVIII, 1992, pp. 757-807.

Les clauses d'encouragement sont toutes similaires, même si elles peuvent connaître quelques variantes⁸⁴. En général, elles se lisent ainsi :

« Chaque Partie contractante encourage dans toute la mesure du possible les investissements sur son territoire de ressortissants ou de sociétés de l'autre Partie et admet lesdits investissements conformément à ses lois. Elle accorde en tout état de cause un traitement juste et équitable auxdits investissements »⁸⁵.

La clause contenue dans les accords conclus par la France semble avoir une portée davantage contraignante, étant donné l'emploi de l'indicatif et l'utilisation du verbe « admettre » :

« Chacune des Parties contractantes encourage et admet, 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 et dans sa zone maritime »⁸⁶.

La formulation est assez malencontreuse. En effet, l'utilisation du présent de l'indicatif traduit une obligation de l'Etat d'admettre les investissements, qui semblent, par ailleurs, déjà « effectués ». La France paraît ainsi opter pour une politique de porte ouverte ; mais il n'en est rien. En effet, cette position est directement contredite par l'inclusion du tempérament de la conformité à la législation nationale. En imposant que la constitution de l'investissement se fasse « dans le cadre de la législation », la France ne prend aucun engagement quant à la teneur de cette loi nationale, si ce n'est qu'elle devra encourager les investissements étrangers. L'Etat conserve donc une grande liberté d'appréciation et sa responsabilité internationale ne pourra être engagée qu'en cas de découragement manifeste des investissements.

D'autres accords, comme ceux conclus par le Royaume-Uni, insistent sur les conditions favorables que l'Etat doit mettre en place afin d'encourager les investissements :

« Chacune des Parties contractantes prendra les mesures d'encouragement et créera les conditions favorables nécessaires pour inciter les ressortissants et sociétés de l'autre Partie contractante à investir des capitaux sur son territoire et, sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs que lui confèrent ses lois et règlements, accueillera lesdits capitaux »⁸⁷.

L'autre problème concernant l'admission des investissements tient aux démarches administratives parfois nécessaires pour constituer l'investissement⁸⁸. Certains accords

⁸⁴ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 50

⁸⁵ Art. 2(1) du TBI Allemagne – Guyane, 1989. V. également les accords conclus avec Sainte Lucie (1985), Saint Vincent et Grenadines (1986) et le Swaziland (1990),

⁸⁶ Art. 3 « Encouragement et admission des investissements » du modèle français de 2006. V. également le TBI France – Algérie, 1990 ; l'art. 2 de l'accord conclu avec le Nigeria (1990) ou les accords conclus avec la Hongrie (1987), le Koweït (1989) ou la Bulgarie (1989).

⁸⁷ Art. 2(1) du modèle du Royaume-Uni de 2005. V. également, par ex., l'art. 2(1) du TBI Royaume-Uni – Barbade, 1993, et l'art. 2 (1) du TBI Royaume-Uni – Turkménistan, 1995.

⁸⁸ R. DOLZER et M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 53.

conclus par l'Allemagne traitent ainsi de la question des permis. Dans sa disposition relative au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, le modèle allemand prévoit de façon très large l'examen des demandes de permis et d'autorisations des investisseurs étrangers :

« (6) Les Etats contractants examinent avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour introduites par des nationaux de l'un des Etats contractants qui désirent entrer sur le territoire de l'autre Etat contractant en relation avec un investissement. Il en est de même pour les salariés relevant de l'un des Etats contractants et qui désirent, en relation avec un investissement, entrer sur le territoire de l'autre Etat contractant et y séjourner en vue d'exercer une activité rémunérée. Les demandes de permis de travail sont également examinées avec bienveillance.

(7) En cas de transport de biens ou de personnes en relation avec un investissement, un Etat contractant n'exclut ni n'entrave les entreprises de transport relevant de l'autre Etat contractant et, en cas de besoin, accorde les autorisations nécessaires »⁸⁹.

Le modèle suisse va encore plus loin, imposant une véritable obligation de délivrance des autorisations nécessaires :

« (2) Lorsqu'elle aura admis un investissement sur son territoire, chaque Partie contractante délivrera, conformément à ses lois et règlements, tous les permis ou autorisations nécessaires en relation avec cet investissement, y compris ceux qui sont requis pour l'exécution des contrats de licence, d'assistance technique, commerciale ou administrative, et pour les activités des cadres dirigeants et des spécialistes choisis par l'investisseur.

(3) Chaque Partie contractante publiera, ou rendra d'une autre façon sans délai accessible au public, ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale, ainsi que les accords internationaux, qui sont susceptibles d'affecter les investissements des investisseurs de l'autre Partie »⁹⁰.

De la même façon, les traités conclus par le Danemark incluent une obligation de faciliter l'établissement de bureaux⁹¹ et les accords signés par la Belgique et le Luxembourg font référence à l'octroi des licences ou à la possibilité d'assistance technique et administrative⁹².

⁸⁹ Art. 3 du modèle allemand de 2005. V. également l'art. du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

⁹⁰ Art. 5 du TBI Suisse – Syrie, 2007. V. également l'art. 3(2) du TBI Suisse – Paraguay, 1992 : « Lorsqu'elle aura admis un investissement sur son territoire, chaque Partie contractante délivrera les autorisations qui seraient nécessaires en relation avec cet investissement, y compris avec l'exécution de contrats de licence, d'assistance technique, commerciale ou administrative. Chaque Partie Contractante veillera à délivrer, chaque fois que cela sera nécessaire, les autorisations requises en ce qui a trait aux activités de consultants ou d'autres personnes qualifiées de nationalité étrangère ». V. également les traités conclus par la Suisse avec l'Argentine, le Cap-Vert et le Ghana en 1991 et avec l'Albanie, la Lettonie, la Lituanie, le Viêt-Nam en 1992.

⁹¹ V. l'art. 2 des traités conclus par le Danemark avec la Lituanie, l'Estonie et la Lettonie (1991).

⁹² V. l'art. 2(2) du TBI UE/BL – Chypre, 1991 : « En particulier, chaque Partie contractante autorisera la conclusion et l'exécution de contrats de licence et de conventions d'assistance commerciale, administrative ou technique, pour autant que ces activités aient un rapport avec les investissements ».

Les dispositions relatives à l'admission diffèrent également par leur portée. Certains accords ne vont traiter que de cette question, comme le modèle néerlandais de 1997 :

« Chaque Partie Contractante s'engage, dans le cadre de ses lois et réglementations, à promouvoir la coopération économique par la protection des investissements effectués sur son territoire par les ressortissants de l'autre Partie Contractante. Sous réserve de son droit à exercer les pouvoirs que lui confèrent ses lois et réglementations, chaque Partie Contractante admettra de tels investissements »⁹³.

Au contraire, d'autres accords vont coupler la disposition relative à l'admission avec celle concernant la protection des investissements. Ainsi, le modèle chinois de 2003 contient une disposition très large et précise sur la promotion et la protection des investissements⁹⁴ faisant référence tant à l'admission des investissements qu'à la facilitation des démarches administratives, en particulier pour les visas et les permis de travail, qu'à la protection de l'investissement au travers du standard de la pleine et entière protection et sécurité et de l'interdiction des discriminations :

« (1) Chacune des Parties contractantes encouragera les investisseurs de l'autre Partie contractante à procéder à des investissements sur son territoire et à les accueillir dans le respect de ses lois et règlements.

(2) Les investissements des investisseurs de chacune des Parties contractantes bénéficieront constamment de la protection et de la sécurité appropriées sur le territoire de l'autre Partie contractante.

(3) Aucune des deux Parties contractantes ne prendra de mesures arbitraires ou discriminatoires à l'encontre de la gestion, de l'affectation, de l'utilisation, de la jouissance et de la cession des investissements réalisés par les investisseurs de l'autre Partie contractante.

(4) Sous réserve de ses lois et règlements, chacune des Parties contractantes examinera avec bienveillance les demandes d'obtention de visa et de permis de travail pour les ressortissants de l'autre Partie contractante occupés dans des activités liées à des investissements réalisés sur le territoire de cette Partie contractante »⁹⁵.

Le champ d'application des dispositions substantielles du traité bilatéral d'investissement se limite donc à la phase post-établissement⁹⁶. La Chine se refuse à une politique de porte ouverte et reconnaît explicitement, dans ses accords, la possibilité de prendre des mesures limitant l'établissement des investissements. Ainsi, l'admission doit se faire conformément aux lois et règlements de cet Etat, ce qui lui donne un pouvoir discrétionnaire dans la

⁹³ Art. 2 du modèle néerlandais de 1997. V. également l'art. 2 du TBI Pays-Bas – Mali, 2003.

⁹⁴ V., pour commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

⁹⁵ Art. 2 « Promotion and Protection des Investissements » du modèle chinois de 2003. V. également le TBI Botswana – Chine, 2000, et le TBI Allemagne – Chine, 2003. Il est intéressant, à cet égard, de noter que c'est l'Allemagne qui a suivi le modèle chinois et non l'inverse.

⁹⁶ V., pour commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

détermination des investissements qu'il souhaite encourager sur son territoire⁹⁷. Cependant, il semblerait que, plus récemment, la Chine mette davantage l'accent sur le volet promotion de l'investissement. Ainsi, même si l'accord prévoit toujours que l'admission des investissements se fait conformément aux lois et règlements de l'Etat en cause, une nouvelle disposition consacrée à la promotion des investissements prévoit la création de conditions favorables au développement de ces activités :

« 2. *Either Contracting Party shall, within the framework of its laws and regulations, create favorable conditions for attraction of investments of investors of the other Contracting Party in its territory* »⁹⁸.

Simple obligation de moyen, une telle disposition révèle quand même un changement de politique.

Le modèle allemand de 2005 suit la même démarche, incluant dans sa disposition relative à l'admission des investissements, certains standards de protection comme le traitement juste et équitable ou la pleine et entière protection, ainsi que l'interdiction des discriminations et la protection des bénéficiaires réinvestis⁹⁹.

La clause relative à l'admission contient ainsi une obligation générale de promotion et d'encouragement des investissements étrangers. Il semble que seule la Suède et la Colombie conditionnent la promotion des investissements au regard de leur politique économique, précisant que :

« Chacune des Parties contractantes, sous réserve de sa politique générale en matière d'investissements étrangers, encouragera sur son territoire les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante et les admettra conformément à sa législation »¹⁰⁰.

Il demeure que la grande majorité des Etats adhère à une politique de promotion des investissements. Cela ne signifie pas pour autant que les investisseurs pourront s'établir

⁹⁷ S. W. Schill, *Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China*, 2007, 41 p., p. 12.

⁹⁸ Art. 2 – « *Promotion of investments* » - et 3 – « *Admission of investments* » - du TBI Chine – Iran, 2000.

⁹⁹ V. l'art. 2 « *Promotion et protection des investissements* » du modèle allemand de 2005 : « (1) Chaque Etat contractant encourage dans la mesure du possible les investissements des investisseurs de l'autre Etat contractant sur son territoire et admet ces investissements en conformité avec sa législation. (2) Dans chaque cas, chaque Etat contractant traite les investissements des investisseurs de l'autre Etat contractant de façon juste et équitable et leur accorde la pleine protection prévue par le présent Accord. (3) Aucun des Etats contractants ne doit entraver, moyennant des mesures arbitraires ou discriminatoires, l'administration, le maintien, l'usage, la jouissance ou la disposition des investissements des investisseurs de l'autre Etat contractant sur son territoire. (4) Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement ».

¹⁰⁰ Art. 2(1) du TBI Suède – Lituanie, 1992. V. également l'art. III du modèle colombien d'accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements de 2008 : « *Each Contracting Party, subject to its general policy on foreign investments, shall promote in its territory investments of investors of the other Contracting Party and shall admit them in accordance with its law* ». Il n'existe pas actuellement, au 1^{er} juin 2012, de traduction, les traités ayant été conclus sur la base de ce modèle n'ayant pas encore été soumis à publication.

librement sur le territoire. Plusieurs procédures pourront être exigées, allant de la simple notification aux autorités compétentes à l'obligation d'autorisation à l'issue d'un contrôle au cas par cas¹⁰¹. Cela dépendra du droit interne de l'Etat en cause. La plupart des traités bilatéraux d'investissement n'incluent pas de telles précisions, même s'il existe certaines exceptions¹⁰².

Enfin, certains accords traitent de la question de l'admission et de l'encouragement des investissements dans leur clause relative au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée. Cela laisserait alors à penser que l'on assiste à une politique de porte ouverte, où les investissements pourraient entrer librement sur le territoire, comme le prônent les modèles contenant une clause d'admission. Pourtant, le modèle turc a trouvé une position de compromis. Ainsi, dans sa clause relative au traitement des investissements, il prévoit :

« Chaque Partie autorise, sur son territoire, les investissements et les activités qui y sont liées, sur une base qui n'est pas moins favorable que celle accordée dans des circonstances similaires aux investissements d'investisseurs d'un pays tiers, dans le cadre de sa législation et de sa réglementation »¹⁰³.

La Turquie se refuse ainsi à accorder un droit d'entrée aux investissements, en n'incluant dans cette disposition que le traitement de la nation la plus favorisée – et non le traitement national – et en ajoutant le tempérament lié à la conformité avec sa législation. Toutefois, l'on sent que certains modèles s'orientent désormais davantage vers une libéralisation des investissements, réduisant ainsi la source principale d'opposition entre pays du Nord, qui empêchait l'aboutissement d'un traité multilatéral en matière d'investissements internationaux.

En effet, le Projet d'Accord Multilatéral sur l'investissement (AMI) prévoyait :

« 1. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs de l'autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion,

¹⁰¹ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 54.

¹⁰² V., par ex., l'art. 2(1) du TBI Royaume-Uni – Nigeria, 1990 : « Chacune des Parties contractantes encouragera, dans la limite de ses ressources, les ressortissants et sociétés de l'autre Partie contractante à investir des capitaux sur son territoire, créera les conditions favorables à ces investissements et, sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs que lui confère sa législation, acceptera lesdits capitaux lorsqu'un agrément écrit sera exigé pour tels ou tels investissements, le présent Accord ne s'appliquera qu'à ceux, effectués avant ou après son entrée en vigueur, qui auront été expressément agréés par écrit par la Partie contractante sur le territoire de laquelle ils l'ont été, ou qui seront subordonnés aux lois en vigueur sur ce territoire ainsi qu'aux conditions essentiellement imposées à leur agrément ». V. également l'art. 1 (2) du TBI Suisse – Singapour, 1978 : « Si une procédure d'admission est requise par l'une des Parties Contractantes, les investissements effectués par des ressortissants ou sociétés d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante y seront soumis. Les investissements ne bénéficient des avantages et de la protection de la présente Convention que s'ils ont été admis par cette procédure et, au cas où une approbation écrite serait nécessaire, que s'ils ont été expressément approuvés par écrit par l'autre Partie Contractante ».

¹⁰³ Art. III, paragraphe 1, du modèle turc de 1997. V. également, par ex., l'art. III, paragraphe 1, du TBI Turquie – Syrie, Ankara.

l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements.

2. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] aux investisseurs d'une autre partie contractante ou d'une partie non contractante, ainsi qu'aux investissements des investisseurs de toute autre partie contractante ou d'une partie non contractante, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation d'investissements.

3. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements celui des traitements exigés en vertu des articles 1.1 et 1.2 qui est le plus favorable à ces investisseurs ou investissements »¹⁰⁴.

C'est cette même disposition qui a probablement été à l'origine de l'échec rencontré par l'AMI¹⁰⁵, les Etats-Unis et le Canada étant favorables à une telle clause, incluant la phase pré-établissement et entraînant une libéralisation totale des investissements ; alors que les pays européens souhaitaient n'appliquer le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée qu'une fois l'investissement constitué.

2°) Les clauses d'admission ou la libéralisation des investissements

Le traitement national apparaît, dans les conventions bilatérales d'investissement récentes, comme particulièrement essentiel, les Etats réservant souvent certains avantages ou certains secteurs économiques à leurs nationaux. Ainsi, les clauses d'admission se différencient des clauses d'encouragement, du fait qu'elles ne distinguent pas entre le traitement et l'admission de l'investissement en imposant l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée dans la phase pré-établissement, donc à la constitution de l'investissement¹⁰⁶. Les nationaux n'étant soumis à aucune obligation pour l'admission de leur investissement, c'est une politique de porte ouverte qui est mise en place, impliquant nécessairement la libre admission des investissements étrangers. Les modèles du Nord de

¹⁰⁴ Art. 1 « Traitement national et régime de la nation la plus favorisée » de la partie III « Traitement des investisseurs et des investissements » du Projet d'Accord Multilatéral sur l'Investissement, 1998. V. OCDE, *L'Accord Multilatéral sur l'Investissement - Projet de texte consolidé*, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p.

¹⁰⁵ P. Juillard, "À propos du décès de l'AMI", *AFDI*, vol. 44, n° 1, 1998, pp. 595-612.

¹⁰⁶ I. Gómez-Palacio et P. Muchlinski, "Admission and Establishment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 227-258.

l'Amérique adoptent une telle approche, ayant vocation à entraîner une libéralisation totale des investissements et des mouvements de capitaux conforme à une perspective néolibérale.

Le modèle américain est le premier à avoir appliqué le traitement national et le traitement de la nation plus favorisée dans la phase pré-établissement, l'article II du modèle de 1994 prévoyant en effet que le traitement national s'applique à l'établissement, l'acquisition et l'expansion des investissements. Dans les modèles de 2004 et de 2012, les dispositions relatives au traitement national – à l'article 3 – ou au traitement de la nation la plus favorisée – à l'article 4 – font ainsi expressément référence à l'établissement ou à l'acquisition de l'investissement.

Alors que les Etats-Unis d'Amérique appliquent le traitement national à la phase pré-établissement depuis longtemps, ce n'est que récemment que d'autres Etats ont suivi cette approche. Le Canada l'a adopté au milieu des années 1990 et le Japon en 2000. Plusieurs modèles de la dernière génération, comme celui de la Norvège (2007), l'intègrent. Dans les articles relatifs au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, ils font référence à l'établissement des investissements.

Le modèle norvégien est particulièrement moderne et mérite de s'y intéresser. Il insiste particulièrement sur le caractère essentiel de la non-discrimination, tant au regard des investisseurs locaux qu'étrangers. Dans son commentaire du modèle de 2007, il est précisé que :

« The obligation regarding non-discrimination (national treatment and most favoured nation treatment) is the very basis of investment agreements, and is of decisive importance for Norwegian investors abroad ».

Ainsi, le modèle d'accord de la Norvège commence par rappeler, au titre des obligations de traitement et de protection, le traitement national :

« Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like circumstances to its own investors and their investments, in relation to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and disposal of investments »¹⁰⁷.

Cette disposition est, somme toute, assez traditionnelle. Il est, néanmoins, pris soin de rappeler que l'objet de cette disposition est de combattre les discriminations infondées et arbitraires, mais qu'il pourra être autorisé de traiter des investisseurs de façon différente s'il existe des motifs légitimes ou s'ils ne sont pas dans des situations similaires. Seules les

¹⁰⁷ Art. 3, Section 2 – *Treatment and protection of investors and investments* – du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007. Il n'existe pas de traduction en langue française du modèle d'accord, la Norvège n'ayant signé aucun traité bilatéral d'investissement depuis la fin des années 1990.

discriminations sur la base de la nationalité seront alors sanctionnées ou celles n'ayant pas de justification objective, étant disproportionnées ou déraisonnables. A l'opposé, ne seront pas considérées comme des discriminations les différences de traitement pour des secteurs économiques différents ou lorsqu'il existe des fondements objectifs les justifiant. Dans le souci de parvenir à plus de précision et à un meilleur équilibre entre les droits des investisseurs et la liberté de l'Etat, il est précisé dans une note que :

« The Parties agree/ are of the understanding that a measure applied by a government in pursuance of legitimate policy objectives of public interest such as the protection of public health, safety and the environment, although having a different effect on an investment or investor of another Party, is not inconsistent with national treatment and most favoured nation treatment when justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign owned investment »¹⁰⁸.

L'originalité réelle de cette disposition relative au traitement national est sa portée très large, étant donné qu'elle s'applique également dans la phase pré-établissement. Une telle disposition est traditionnelle dans les accords conclus par les Etats-Unis d'Amérique, mais apparaît rarement en Europe. Cela révèle donc un changement de position intéressant, en ce que cette divergence de politique d'ouverture aux investissements était probablement la principale raison de l'échec des accords multilatéraux en la matière. Cela ne signifie pas, pour autant que la Norvège appliquera automatiquement une politique de porte ouverte ou *open-door policy*. En effet, l'alinéa 2 de l'article 3 prévoit que :

« National treatment shall not apply to the reservations set out in Annex A »¹⁰⁹.

Ainsi, même si le principe est désormais l'ouverture totale de l'économie, certaines exceptions sont encore prévues, selon la technique de la liste négative. Par exemple, l'accès au marché des bateaux de pêche ou des propriétés récréatives pourra être limité pour les investisseurs étrangers, ces domaines figurant au titre des exceptions de l'annexe A et n'étant dès lors pas soumis au traitement national dans la phase pré-établissement.

De nombreux accords régionaux prévoient également l'application du traitement national dans la phase pré-établissement et ainsi la libéralisation des mouvements de capitaux. C'est le cas, bien évidemment, de l'ALENA, du MERCOSUR, mais aussi de l'Accord global sur l'investissement conclu en 2009 par les pays de l'Association des nations du Sud-Est Asiatique¹¹⁰ (ASEAN selon le sigle en anglais).

¹⁰⁸ Note de bas de page attachée à l'art. 3 du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007.

¹⁰⁹ Alinéa 2 de l'art. 3, Section 2 – *Treatment and protection of investors and investments* – du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007.

¹¹⁰ Pour application de ce traité, voir *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd contre Myanmar* (ARB/01/1), 31 mars 2003.

De telles dispositions ne sont pas sans créer de difficultés. En effet, l'application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée est beaucoup plus compliquée lorsqu'il s'agit de l'entrée d'investissement et non de commerce de biens, d'autant plus que celle-ci est fondée sur la notion de « situations similaires », difficile à évaluer dans le cas de l'admission d'investissements¹¹¹.

L'autre problème tient au fait que les Etats, même s'ils s'engagent à libéraliser l'entrée des investissements, conservent en général quelques exceptions. L'Etat fera réserve, en général, de son droit à déroger à l'obligation de libre admission pour certains secteurs clés de son économie. Ainsi, par exemple, dans le traité entre les Etats-Unis et le Panama de 1982 est-il prévu que :

*« [national/MFN treatment is] subject to the right of each Party to make or to maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Annex to this Treaty or resulting from laws and regulations in effect on the date that this Treaty enters into force. Each Party agrees to notify the other Party before or on the date of entry into force of this Treaty of all such laws and regulations of which it is aware »*¹¹².

Les accords plus récents ne contiennent plus de telles dispositions, mais on constate, à la lecture des annexes, que cette possibilité subsiste. Ainsi, par exemple, le modèle canadien fait-il référence dans son Annexe I aux « Réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation ». De même, le commentaire du modèle norvégien mentionne qu'il peut exister des exceptions à l'application du traitement national en ce qui concerne l'établissement, même si celui-ci est censé concerner tous les secteurs de l'économie¹¹³. Cette approche qualifiée de « *negative listing* » autorise une très large application de la politique de porte ouverte, même s'il existe des dérogations.

Ces exceptions et la diversité des solutions adoptées montrent bien qu'il existe une gradation dans la libéralisation des investissements, les traités pouvant les combiner ou prévoir des régimes dérogatoires. Dans tous les cas, la perspective d'un traité multilatéral semble moins éloignée, dès lors qu'une solution de compromis, comme celle ayant gouvernée la conclusion du Traité sur la Charte de l'Energie, est possible.

Les exceptions systématiquement incluses dans les traités bilatéraux d'investissement révèlent bien la portée difficilement déterminable des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, qu'elles s'appliquent ou non à la phase pré-établissement.

¹¹¹ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 57.

¹¹² Art. II (1) du traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et le Panama.

¹¹³ Voir « Comments on the Model for Future Investment Agreements », 19 décembre 2007.

PARAGRAPHE 2. UNE PORTEE ENCORE INDETERMINEE

Les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, même si elles sont systématiquement incluses dans les traités bilatéraux d'investissement, ont une portée difficile à appréhender, étant donné qu'on ne connaît pas à l'avance les obligations qui seront imposées à l'Etat. Cela justifie que de nombreuses exceptions soient, en général, incluses et la possibilité d'interprétations divergentes. Il demeure que, comme le note Muthucumaraswamy Sornarajah,

« *Perfect national treatment is an objective that is seldom achieved* »¹¹⁴.

Qu'il s'agisse de réelles exceptions ou de simples tempéraments (A), les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée seront toujours conditionnées et leur portée ne sera réellement déterminable qu'au travers de la jurisprudence des tribunaux arbitraux (B).

A. Des exceptions systématiques

Les traités bilatéraux d'investissement incluent, tout aussi souvent qu'ils imposent le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, des exceptions ou des tempéraments à ces obligations de traitement. Celles-ci peuvent même faire l'objet d'une disposition spécifique, comme le montrent certains accords conclus par la Colombie, dont l'article 4 impose le traitement national, mais dont l'article 5 précise les exceptions :

« Les dispositions du présent Accord relatif à l'octroi d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux ressortissants ou entreprises de l'une des Parties contractantes ou de tout Etat tiers ne peuvent être interprétées comme obligeant une Partie contractante à étendre aux ressortissants ou entreprises de l'autre Partie contractante le bénéfice d'un traitement, d'une préférence ou d'un privilège qui peut être accordé en raison :

¹¹⁴ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 338.

a) d'une union douanière, d'un marché commun, d'une zone de libre-échange ou d'un accord international ayant des effets similaires, présents ou futurs, auxquelles l'une ou l'autre des Parties contractantes est ou pourrait devenir Partie ; ou

b) de tout Accord ou arrangement international portant en totalité ou principalement sur la fiscalité, ou de toute législation interne portant en totalité ou principalement sur la fiscalité »¹¹⁵.

Qu'elles soient contenues dans la même disposition que les obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée ou dans une clause spéciale, ou encore dans un protocole, on constate que des limitations sont toujours attachées à ces clauses de traitement. Qu'il s'agisse de simples tempéraments (1°) ou de réelles exceptions (2°), leur inclusion systématique¹¹⁶ révèle bien que tant le traitement national que le traitement de la nation la plus favorisée ne peuvent être des obligations absolues, mais sont davantage des objectifs qu'il faut atteindre progressivement.

1°) De nécessaires tempéraments

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée ne peuvent être imposés de façon absolue et doivent nécessairement être soumis à des tempéraments. Cela vaut en particulier pour le traitement national lorsque celui-ci s'applique à la phase pré-établissement, les Etats ne pouvant libéraliser les investissements sans un régime dérogatoire transitoire.

Ainsi, encore plus que le traitement de la nation la plus favorisée, le standard du traitement national ne peut être un absolu, mais sera systématiquement soumis à des tempéraments, comme le note la CNUCED :

*« the national treatment standard is perhaps the single most important standard of treatment enshrined in international investment agreements (IIAs). At the same time, it is perhaps the most difficult standard to achieve as it touches upon economically (and politically) sensitive issues. In fact, no single country has so far seen itself in a position to grant national treatment without qualifications, especially when it comes to the establishment of an investment »*¹¹⁷.

¹¹⁵ Art. 5 du TBI Colombie – Pérou, 1994. V. également l'art. IV du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010, qui prévoit au titre des exceptions, non seulement les unions régionales et les accords d'imposition, mais aussi la sécurité intérieure, l'ordre public ou la politique monétaire.

¹¹⁶ OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p.

¹¹⁷ CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, 1999, Genève, X-85 p., p. 1.

En effet, beaucoup reconnaissent qu'une certaine différenciation entre les entreprises nationales et étrangères est nécessaire afin d'assurer le développement économique. De même, la recherche de la libre concurrence peut aller à l'encontre de l'application du traitement national¹¹⁸, les entreprises du pays en cause n'étant parfois pas en état de supporter la concurrence d'un investisseur étranger, qui se retrouvera alors *de facto* en position dominante. Ces exceptions ménagent également un minimum de flexibilité pour les Etats, pour lesquels les investissements constituent un véritable instrument de politique économique.

Il faut alors distinguer les tempéraments liés au champ d'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée et les réelles exceptions. Ainsi, plusieurs techniques sont utilisées pour soustraire – au moins temporairement – certains domaines à l'application de ces clauses de traitement.

La première technique permet de limiter le champ d'application aux domaines spécifiquement prévus sur une liste, qualifiée de liste positive. Cette technique est surtout utilisée pour permettre une libéralisation graduelle des investissements, en appliquant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée dans la phase pré-établissement seulement aux domaines mentionnés sur la liste. Leur portée est alors fortement limitée, la présomption jouant en leur défaveur. Comme le note la CNUCED, ce choix n'est pas anodin :

« there may be choice between granting a general right to national treatment subject to a « negative list » of excepted industries and areas to which national treatment does not apply, and proceeding on the basis of a « positive list » where no a priori general right to national treatment is granted and national treatment extends only to those industries and areas specifically included in the positive list »¹¹⁹.

La deuxième technique consiste à procéder par « listes négatives », en accordant un droit au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, mais en le soumettant à certaines exceptions prévues dans ces listes. Le champ du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée ne va pas seulement différer du fait de leur application pré- ou post-établissement, mais aussi *ratione materiae*, en fonction du secteur d'activité concerné. Cette technique de la liste négative est souvent utilisée, autant dans les traités internationaux que dans les lois nationales.

Les Etats auront tendance à prévoir des exceptions sectorielles dans des domaines stratégiques de leur économie. Ainsi, ils s'accordent souvent sur des listes de domaines, qui échapperont à l'application du traitement national. Par exemple, les Etats-Unis d'Amérique, pionniers dans l'application du traitement national dans la phase pré-établissement, prévoient systématiquement, des exceptions qu'ils incluent dans un protocole attaché à leurs traités

¹¹⁸ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

¹¹⁹ CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, 1999, New York et Genève, X-85 p., p. 4.

bilatéraux d'investissement. Par exemple, dans le traité qui les unit à Grenade, sont notamment exclus de l'application du traitement national le transport aérien et maritime, la banque, l'assurance, les programmes gouvernementaux, les secteurs de la télévision et de la radio, les secteurs téléphoniques et l'exploitation de ressources naturelles¹²⁰. Assez étonnamment, alors qu'on aurait pu penser que les pays en développement seraient plus enclins à inclure des exceptions afin de protéger leurs industries nationales de la concurrence, on constate que la majorité des exceptions vient des pays du Nord. L'exemple de l'Annexe à l'accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Jamaïque révèle bien cette tendance :

« 1. The United States reserves the right to make or maintain limited exceptions to national treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below :

Air transportation; ocean and coastal shipping; banking, insurance; government grants; government insurance and loan programs; energy and power production; customhouse brokers; ownership of real property; ownership and operation of broadcast or common carrier radio and television stations; ownership of shares in the Communication Satellite Corporation; the provision of common carrier telephone and telegraph services; the provision of submarine cable services; use of land and natural resources; mining on the public domain; maritime services and maritime-related services; and primary dealership in the United States government securities.

2. The United States reserves the right to make or maintain limited exceptions to most favored nation treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below:

Ownership of real property; mining on the public domain; maritime services and maritime-related services; and primary dealership in United States government securities.

3. Jamaican reserves the right to make or maintain limited exceptions to national treatment, as provided in Article II, paragraph 1 in the sectors or matters it has indicated below :

Civil aviation; real estate; banking; shipping; communications (including postal and telegraph services, and broadcasting); mining and natural resources; government grants and other assistance to small-scale enterprises with total assets of U.S. \$ 50,000 or less; customs brokerages; car rental; real estate agencies; travel agencies; gaming; betting and lotteries.

4. Jamaica reserves the right to make or maintain limited exceptions to most favored nation treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below :

¹²⁰ V. le TBI Etats-Unis d'Amérique – Grenade, 1986. L'Annexe précise, en effet, que : « *Consistent with Article II paragraph 1, each Party reserves the right to maintain limited exceptions in the sectors or matters it has indicated below :*

The United State of America: Air transportation; ocean and coastal shipping; banking, insurance; government grants; government insurance and loan programs; energy and power production; custom housebrokers; ownership of real estate; ownership and operation of broadcast or common carrier radio and television stations; ownership of shares in the Communication Satellite Corporation; the provision of common carrier telephone and telegraph services; the provision of submarine cable services; use of land and natural resources.

Grenada: Air transportation; government grants; government insurance and loan programs; ownership of real estate; use of land and natural resources ».

Shipping »¹²¹.

Alors que les Etats-Unis incluent 17 exceptions au traitement national et 13 au traitement de la nation la plus favorisée, la Jamaïque n'en prévoit que quatre dans le premier cas et une pour le second.

En plus de ces exceptions sectorielles, certains domaines peuvent être exclus de l'application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. C'est en particulier le cas en matière d'imposition, mais d'autres branches peuvent aussi être exclues comme les droits de propriété intellectuelle, les services culturels et financiers ou les services publics¹²². Il s'agit alors de préserver la marge de manœuvre de l'Etat, qui pourra utiliser ces domaines pour aider certaines industries essentielles pour une conduite plus efficace de sa politique économique.

La question de l'exclusion de certains secteurs ou domaines se pose avec une particulière acuité lorsque le traitement national s'applique à la phase pré-établissement et entraîne une libre admission des investissements. Ainsi, même si certains Etats pratiquent une politique de porte ouverte, on constate que celle-ci ne s'applique pas encore de façon absolue, mais est mise en place progressivement en protégeant les industries stratégiques de l'Etat.

Enfin, une dernière technique consiste à laisser subsister des mesures non conformes, tout en prévoyant une obligation de moyen à la charge de l'Etat qui s'engage à les supprimer progressivement. C'est le cas du modèle chinois, qui inclut un Protocole prévoyant que :

« S'agissant de la République populaire de Chine, le paragraphe 3 de l'Article 2 et le paragraphe 2 de l'Article 3 ne s'appliquent pas :

- (a) A toutes les mesures non conformes existantes, mises en œuvre dans le territoire ;
- (b) A la poursuite de cette mesure non conforme ;
- (c) A tout amendement à cette mesure non conforme, dans la mesure où cet amendement ne renforce pas la non-conformité de ces mesures.

La République populaire de Chine prendra toutes les dispositions appropriées en vue de supprimer progressivement toutes ces mesures non conformes »¹²³.

De même, le Vietnam a fait inclure, dans son Accord avec le Royaume-Uni, que :

« Nonobstant les dispositions des paragraphes (1) et (2) du présent article, le Gouvernement du Vietnam peut maintenir en vigueur les mesures prévues par la législation vietnamienne à la date à laquelle le présent Accord a été signé et énoncées dans l'annexe au présent Accord, ce à titre d'exceptions à l'octroi du traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres entreprises ou ressortissants. Le Gouvernement du Vietnam peut supprimer n'importe quelle exception citée dans l'annexe au présent Accord en notifiant par écrit le Gouvernement du Royaume-Uni.

¹²¹ Annexe au TBI Etats-Unis d'Amérique – Jamaïque, 1994.

¹²² CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, 1999, Genève, X-85 p.

¹²³ Point 3 du Protocole au TBI Allemagne – Chine, 2003.

En conséquence, toute notification de ce type faite par le Gouvernement du Vietnam aura pour effet immédiat d'amender l'annexe au présent Accord »¹²⁴.

De même, l'accord global relatif aux investissements de l'ASEAN prévoit une liste de domaines soustraits à l'application du traitement national, mais également l'obligation que ces domaines soient peu à peu ouverts, selon un calendrier spécifique. La liste des secteurs exclus a donc vocation à s'amenuiser rapidement.

Si ces régimes dérogatoires ne sont que transitoires, de réelles exceptions accompagnent également les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, évitant une extension à l'infini des obligations de l'Etat.

2°) De réelles exceptions

Si certains tempéraments n'ont qu'une vocation temporaire, de réelles exceptions sont systématiquement incluses. Elles font parfois l'objet d'une disposition spéciale, appelée « Exceptions », mais elles sont, dans la majorité des cas, prévues dans la clause de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée. Elles recouvrent différents domaines.

Il existe, tout d'abord, des exceptions traditionnelles, appelées exceptions générales, inspirées en particulier par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce¹²⁵. Elles seront parfois incluses dans la clause concernant le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, mais pourront également s'appliquer à l'ensemble des dispositions de l'accord. Elles concernent la sécurité nationale, l'ordre public, la santé publique ou la morale. Par exemple, l'article 3 du modèle allemand de 2005 précise que :

« Les mesures prises pour des raisons de sécurité, d'ordre et de santé publics ou de moralité ne sont pas considérées comme « traitement moins favorable » »¹²⁶ pour l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée.

De même, le Protocole attaché au modèle chinois précise que :

¹²⁴ Art. 3, paragraphe 3, de l'Accord entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République socialiste du Vietnam relatif à la promotion et à la protection des investissements, 1^{er} août 2002, Hanoï.

¹²⁵ V. les art. XX et XXI du GATT. Ces exceptions sont qualifiées de « générales », parce qu'elles autorisent l'Etat à adopter des mesures contraires au traité, à condition qu'elles poursuivent un but d'intérêt général. Voir C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

¹²⁶ Art. 3 du modèle allemand de 2005. V. également l'article 3 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

« Ne sont pas considérées comme « traitement moins favorable » au sens de l'Article 3, les mesures prises en vue de protéger la sécurité et l'ordre public, la santé publique ou les bonnes mœurs »¹²⁷.

Ainsi, ces exceptions au traitement national seront admises lorsqu'il s'agit de préserver l'ordre public ou la sécurité intérieure ou si elles sont exigées par le système socio-économique ou encore lorsqu'elles découlent de mesures prises par la législation nationale afin de faciliter le développement économique¹²⁸.

Le traitement national sera, par exemple, exclu afin de permettre la mise en œuvre de programmes de développement. Les Etats importateurs de capitaux peuvent ainsi accorder à leurs nationaux un traitement préférentiel, en vue de leur développement économique. On trouve un exemple dans l'accord entre l'Italie et le Maroc :

« Les investisseurs des deux Parties contractantes ne pourront invoquer le traitement national pour bénéficier des aides, subventions, prêts, assurance et garanties accordés par le Gouvernement de l'une des Parties contractantes exclusivement à ses ressortissants et entreprises dans le cadre des activités menées pour les programmes nationaux de développement »¹²⁹.

Toutefois, ces clauses de développement ont tendance à disparaître de la pratique conventionnelle. Leurs contours flous et leur contenu extensible rendait leur interprétation difficile et ne permettaient pas une application efficace.

Ensuite, les Etats sont également attentifs à ce que les droits accordés en vertu d'autres accords, non relatifs aux investissements, ne soient pas systématiquement étendus. C'est en particulier le cas en matière fiscale, la grande majorité des traités précisant que :

« Le traitement accordé par le présent article ne s'étend pas aux avantages accordés par un Etat contractant aux investisseurs d'Etats tiers en vertu d'un accord sur la double imposition ou de tout autre arrangement dans le domaine fiscal »¹³⁰.

De même, la clause de la nation la plus favorisée ne pouvant s'appliquer de façon absolue, on comprend bien que les Etats accordent certains avantages à ceux avec lesquels ils entretiennent des relations privilégiées, comme les pays limitrophes ou ceux liés à l'histoire coloniale. De telles exceptions sont ainsi systématiquement prévues lorsque l'un des Etats fait partie d'une union économique, sous forme d'organisation régionale, d'union douanière ou de

¹²⁷ Point 4 du Protocole au TBI Allemagne – Chine, 2003.

¹²⁸ V. *Report on Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* in Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *Bilateral Investment Treaties*, ST/CTC/65, Publications des Nations Unies, 1988, New York, 194 p., paragraphe 59, p. 173.

¹²⁹ Traduction libre de l'art. 3, alinéa 3, du TBI Italie – Maroc 1990. L'original se lit ainsi : « *Gli investitori di entrambe le Parti Contraenti non possono avvalersi del trattamento nazionale al fine di beneficiare degli aiuti, doni, prestiti, assicurazioni e garanzie esclusivamente concesse dal Governo di una delle Parti Contraenti ai suoi concittadini o società nell'ambito della attività dei programmi di sviluppo nazionale* ».

¹³⁰ Art. 3 du modèle allemand de 2005. V. également l'art. 3 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

zone de libre échange. Elles ont vocation à éviter l'effet pervers qu'occasionnerait le traitement de la nation la plus favorisée en cas de création d'une organisation régionale, qui deviendrait alors inutile et contreproductive si la clause devait être appliquée. Par exemple, dans l'accord entre la Suisse et la Syrie, il est mentionné à l'article 5, après les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée que :

« Si une Partie contractante accorde des avantages particuliers aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers en vertu d'un accord établissant une zone de libre-échange, une union douanière ou un marché commun, ou en vertu d'un accord pour éviter la double imposition, elle ne sera pas tenue d'accorder de tels avantages aux investisseurs de l'autre Partie »¹³¹.

Le modèle norvégien de 2007 prévoit également explicitement, à l'alinéa 2 de son article 4, le cas de ces organisations régionales et les exclut de l'application du traitement de la nation la plus favorisée :

*« If a Party accords more favourable treatment to investors of any other State or their investments by virtue of a free trade agreements, customs union [or similar agreement that also provides for substantial liberalisation of investments] or by a labour market integration agreements, it shall not be obliged to accord such treatment to investors of the other Party or their investments. However, upon request from another Party, it shall afford adequate opportunity to negotiate the benefits granted therein »*¹³².

La question se pose, toutefois, avec moins d'acuité, la Norvège n'étant pas membre de l'Union européenne. Les Etats membres de l'Union européenne¹³³ prennent toutes leurs précautions. Ainsi, l'Allemagne précise que :

« Ce traitement ne s'étend pas aux privilèges consentis par un Etat contractant aux investisseurs d'Etats tiers en raison de son appartenance ou de son association à une union douanière ou économique, un marché commun ou une zone de libre échange »¹³⁴.

Il en est de même dans le modèle français de 2006¹³⁵ et, d'ailleurs, dans tous les modèles des Etats membres de l'Union européenne¹³⁶. A cet égard, il est intéressant de remarquer que la possible adhésion de la Turquie l'a poussée à intégrer une telle clause :

¹³¹ Art. 5 du TBI Suisse – Syrie, 2007. V. également l'art. 4 « Traitement », paragraphe 2, du TBI Suisse – Ghana, 1991 : « (2) Le traitement de la nation la plus favorisée ne s'appliquera pas aux privilèges qu'une Partie Contractante accorde aux investisseurs d'un Etat tiers en vertu de sa participation présente ou future à une zone de libre échange, une union douanière ou économique ou une organisation régionale analogue ».

¹³² Alinéa 2 de l'art. 4, Section 2 – *Treatment and protection of investors and investments* – du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007.

¹³³ L. G. Jahnke, "The European Economic Community and the Most-Favoured-Nation Clause", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1963, pp. 252-271.

¹³⁴ Art. 3 du modèle allemand de 2005. V. également l'art. 3 du TBI Allemagne – Guinée, 2006.

¹³⁵ V. l'art. 5 du modèle français de 2006 : « Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une

« Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux privilèges octroyés aux termes des accords suivants que les Parties peuvent avoir contractés :

(a) Ceux concernant une union douanière, présente ou future, une organisation économique régionale ou tout accord international similaire »¹³⁷.

Toutefois, les pays de l'Union européenne – ou souhaitant appartenir à cette organisation – ne sont pas les seuls à inclure une telle disposition. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 4 du modèle indien de 2003 précise que :

« Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ci-dessus ne pourront être interprétées comme obligeant l'une des Parties contractantes à étendre aux investisseurs de l'autre Partie le bénéfice de tout traitement, préférence ou privilèges résultant :

(a) d'une union douanière, d'une zone de libre-échange, d'un marché commun, ou d'un accord international analogue, existant ou futur, auquel l'une des Parties contractantes est ou deviendrait partie, ou

(b) de toute matière concernant principalement ou exclusivement l'imposition »¹³⁸.

Les pays d'Amérique latine ne sont pas en reste, comme le montre le modèle colombien de 2008 :

*« The provisions of this Agreement concerning the granting of a no less favourable treatment than that accorded to investments of investors of any of the Contracting Parties or of any third state shall not be construed so as to bind a Contracting Party to extend to investments of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from : Any existing or future free trade area, customs union, common market, economic union or any other kind of economic or regional organization or any international agreement intended at facilitating border trade, which a Contracting Party is or becomes a Party to »*¹³⁹.

L'inclusion systématique d'une telle disposition révèle bien l'impact du mouvement de régionalisation qui traverse le monde entier. Elle a également poussé à s'interroger sur le possible caractère coutumier d'une telle exception, que certains soutenaient¹⁴⁰. Toutefois, la

zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale ».

¹³⁶ V. not., l'art. 3, paragraphe 3, du modèle néerlandais de 1997 : « Si une Partie Contractante a accordé des avantages spéciaux à des ressortissants d'un Etat tiers en vertu d'accords instaurant des unions douanières, des unions économiques, des unions monétaires ou des institutions analogues ou sur la base d'accords visant à l'instauration de telles unions ou institutions, cette Partie Contractante ne sera pas obligée d'accorder ces avantages aux ressortissants de l'autre Partie Contractante ». V., par ex., le TBI Pays Bas – Mali, 2003.

¹³⁷ Art. III, paragraphe 4, du modèle turc de 1997. V. également, par ex., l'article III, paragraphe 4, du TBI Turquie – Syrie, 2004.

¹³⁸ Art. 4 du modèle indien de 2003. V. également, par ex., l'art. 4 du TBI UE BL – Inde, 1997.

¹³⁹ Art. IV, paragraphe 3, du modèle colombien d'accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements de 2008. Il n'existe pas actuellement, au 1^{er} juin 2012, de traduction, les traités ayant été conclus sur la base de ce modèle n'ayant pas encore été soumis à publication.

¹⁴⁰ B. Nolde, "Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation", *Annuaire français de l'Institut de Droit international*, 1934, pp. 414-472 ; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*,

Commission du droit international a renoncé à l'inclure dans son Projet et les incertitudes planant sur cette exception font douter qu'elle ait pour le moment valeur coutumière¹⁴¹.

D'autres exceptions, plus rares, peuvent également figurer dans les traités bilatéraux d'investissements, comme celles autorisant les discriminations positives¹⁴² ou celles liées aux avantages accordés dans le cadre d'une organisation internationale¹⁴³ – comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ou des institutions financières pour le développement.

Etant donné la portée difficilement identifiable des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, ces exceptions sont les bienvenues et permettent de mieux identifier la volonté des Etats, tout en autorisant ces derniers à adopter des mesures d'intérêt général dans les domaines qui y sont soumis. Cela est d'ailleurs d'autant plus essentiel au regard de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, qui semble également osciller entre une interprétation extensive ou l'imposition de nouvelles limites.

Presses universitaires de Grenoble, Saint-Martin-d'Hères, 1972, IV-372 p. ; D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2003, XI-706 p., p. 499 et s.

¹⁴¹ E. Ustor, "The Law of the Most-Favoured-Nation Clauses - Its Codification - Some Contested Issues" in *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, A. Giuffrè, Milan, 1987, pp. 491-503 ; CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III), Publications des Nations Unies, 1999, Genève, VIII-54 p. ; C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162. V. également les travaux récents de la Commission du droit international sur la clause de la nation la plus favorisée, avec le Groupe de travail de Donald McRae et Rohan Perera, notamment in CDI, *Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du Groupe de Travail*, A/CN.4/L.719, Publication des Nations Unies, 2007, Genève, 16 p.

¹⁴² C'est not. le cas de l'Afrique du Sud, qui inclut parfois dans ses traités une disposition l'autorisant à mettre en place des discriminations positives, insistant sur le fait que le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée ne s'appliquent pas aux préférences et privilèges résultant : « des lois internes ou toute autre mesure dont l'objectif consiste à promouvoir la réalisation de l'égalité sur son territoire ou conçue pour protéger ou promouvoir le développement d'individus ou catégories d'individus défavorisés par une discrimination injuste sur son territoire ». V. par ex. l'art. 4, paragraphe 4 (c) du TBI Madagascar - Afrique du Sud, 2006, et l'art. 3, paragraphe 3 (c) du TBI République Tchèque – Afrique du Sud, 1998.

¹⁴³ V. not. les accords conclus par l'Afrique du Sud, la Bolivie ou la République mauricienne. Par ex., dans le TBI France – Afrique du Sud, 1995, il est prévu que : « Si une Partie contractante accorde des avantages particuliers à des institutions financières de développement à participation étrangère et établies avec pour seul but l'assistance au développement par des activités essentiellement non lucratives, cette Partie contractante n'est pas obligée d'accorder de tels avantages aux institutions financières de développement ou aux autres investisseurs de l'autre Partie contractante » (art. 4, paragraphe 4). V. également l'art. 3, paragraphe 5, des Accords entre la Suisse (Berne, 27 juin 1995) et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (Pretoria, 14 août 1998), d'une part, et la République d'Afrique du Sud concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, d'autre part.

B. Une application large des tribunaux CIRDI, mais demeurant soumise aux Etats

Longtemps ignorées, les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée ont, ces dernières années, été le fondement de nombreux arbitrages, en particulier concernant l'ALENA¹⁴⁴. Loin de simplement reprendre la jurisprudence développée dans le cadre de l'OMC en matière de commerce international et d'échanges¹⁴⁵, les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI ont forgé leur propre raisonnement permettant de vérifier la conformité d'un comportement à ces clauses de traitement. Ayant une interprétation mesurée de ces clauses, il semble que :

« les arbitres adaptent intensément l'interprétation des clauses indirectes aux nécessités du droit international des investissements »¹⁴⁶.

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée se fondant sur l'idée de discrimination, le tribunal commence par comparer le traitement accordé aux deux types d'investisseur, se trouvant dans la même situation pour établir la discrimination *prima facie* (1°) et, le cas échéant, s'attache par la suite à vérifier s'il existe une justification, modulant ainsi le champ des obligations (2°). Cependant, même si les tribunaux ont largement contribué à définir le sens et la portée des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, leur interprétation demeure soumise à la volonté des Etats, qui pourront toujours reprendre le contrôle de ces clauses (3°).

¹⁴⁴ V. not., S.A. CNUDCI, *S.D. Myers contre Canada*, 13 novembre 2000 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002 ; S.A. CNUDCI, *UPS contre Canada*, sentence sur les mérites, 24 mai 2007 ; CIRDI, *ADF contre Etats-Unis* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003 à propos des contraintes d'exploitations concernant la loi « Buy American », considérée comme une violation du traitement national.

¹⁴⁵ Cela est conforme à la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui impose d'interpréter les dispositions conformément aux termes utilisés, à leur contexte et à leur objet et but (art. 31, paragraphe 1^{er}). Or, les clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée en matière de commerce et d'investissement divergent grandement, tant sur les termes employés que quant à leur contexte, objet ou but. V. également, sur la distinction entre l'appréhension de la discrimination en matière d'investissement et de commerce international, K. von Moltke, "FDI in Mining : Discrimination and Non-discrimination" in OCDE, *Foreign Direct Investment and the Environment. Lessons from the Mining Sector*, Publications de l'OCDE, Paris, 2002, pp. 141-156.

¹⁴⁶ C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162, p. 111.

1°) La vérification de la discrimination

L'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée n'a pas semblé créer trop de difficultés dans la jurisprudence CIRDI, le chemin ayant été tracé dans le cadre du GATT et de l'OMC ; mais un certain nombre d'affaires dans le cadre de l'ALENA ont permis aux tribunaux de tirer certains enseignements, également valables pour les traités bilatéraux d'investissement. L'interprétation des clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée est, à cet égard, essentielle, car en fonction du degré d'exigence dans la vérification, par exemple, des « circonstances analogues » ou de la règle *ejusdem generis*, le résultat pourra être complètement différent.

Le test suivi par les tribunaux arbitraux pour l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée se fonde essentiellement sur la comparaison pour vérifier la discrimination en fonction de la nationalité.

Il consiste, tout d'abord, à identifier les sujets de la comparaison, puis à comparer les traitements reçus par chacun d'eux pour évaluer lequel est le plus favorable et, enfin, à vérifier s'il existe des raisons pouvant justifier des différences de traitement¹⁴⁷.

En fonction de l'étroitesse ou du caractère extensif des critères de comparaison, la violation du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée sera plus ou moins facilement reconnue, ce qui pousse à s'interroger sur les critères retenus par les arbitres, même si, comme l'ont noté les tribunaux, l'analyse est fondamentalement casuistique, dépendant d'une étude au cas par cas¹⁴⁸.

On considérera traditionnellement que ne peuvent être pris en compte que les sujets se trouvant dans des situations similaires, ce qui pour les investisseurs signifie être dans le même secteur économique¹⁴⁹, entendu plus ou moins largement en fonction des parties à l'affaire¹⁵⁰. Les traités bilatéraux d'investissement incluent souvent une telle condition, à laquelle il

¹⁴⁷ Ce test est appelé le test *Pope & Talbot*, du fait de son utilisation dans l'affaire CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, pp. 9-37. V. également CIRDI, *Champion Trading Company contre Egypte* (ARB/02/9), sentence du 27 octobre 2006 ; CIRDI, *RFCC contre Maroc* (ARB/00/6), sentence du 22 décembre 2003. V. également C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162, p. 145 : « Deux éléments sont ainsi constitutifs de la discrimination : l'élément nécessaire, la différence de traitement au détriment des étrangers (ou d'une catégorie d'étrangers), et l'élément complémentaire, l'absence de motifs légitimes ».

¹⁴⁸ V., par ex., *S. D. Myers Inc. contre Canada* (CNUDCI), première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 249 ; *Pope & Talbot Inc. contre Canada* (CNUDCI), sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphe 75.

¹⁴⁹ CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada* (CNUDCI), sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, p. 35 ; CIRDI, *ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, paragraphe 72.

¹⁵⁰ Le tribunal a semblé suivre les directives des parties pour déterminer les sujets à comparer dans l'affaire CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

faudra prêter attention en s'attachant aux formules employées, certaines faisant référence à des situations identiques, alors que d'autres insistent sur le caractère analogue ou similaire. S'il est fait référence aux mêmes circonstances ou à des conditions identiques, alors le champ du traitement national sera nécessairement très limité. Cette rédaction, qui avait notamment été utilisée par le Royaume-Uni¹⁵¹, semble aujourd'hui avoir disparu. Si sont seulement visées des circonstances comparables, le champ sera alors plus large. Par exemple, le modèle turc fait référence aux « situations similaires »¹⁵², le modèle colombien aux « circonstances analogues » et les modèles américain et canadien prévoient l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée « dans des circonstances semblables » ou « dans des circonstances analogues ». La majorité des modèles restent, toutefois, silencieux sur cette question, comme les modèles chinois, français, allemand et néerlandais, qui laissent les arbitres déterminer librement le champ de l'analyse ; mais même en l'absence de référence expresse, la comparaison se fera nécessairement entre des situations analogues¹⁵³.

Les tribunaux arbitraux considèrent généralement que les investisseurs sont dans des situations comparables s'ils agissent dans le même secteur économique, entendu *lato sensu* :

*« The concept of “like circumstances” invites an examination of whether a non-national investor complaining of less favourable treatment is in the same “sector” as the national investor. The Tribunal takes the view that the word “sector” has a wide connotation that includes the concepts of “economic sector” and “business sector” »*¹⁵⁴.

Il semble que cette position ait fait jurisprudence, seul le tribunal dans l'affaire *Loewen contre Etats-Unis* semblant s'être éloigné de cette approche¹⁵⁵. Cette détermination des circonstances analogues est essentielle, en ce qu'elle permettra la qualification ou non d'une discrimination¹⁵⁶. Il faut, à cet égard, noter qu'il n'est pas nécessaire que la comparaison s'effectue entre un grand nombre d'investissement, mais qu'un seul suffit¹⁵⁷.

¹⁵¹ Ainsi, dans le TBI Belize – Royaume-Uni, l'art. 3 (1) prévoyait que « *Neither Contracting Party shall (...) subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords in the same circumstances to investments or returns of its own nationals* » (1982). Voir R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p., p. 63.

¹⁵² V. l'art. III du modèle turc de 1997. V. également, par ex., l'art. III du TBI Turquie – Syrie, 2004.

¹⁵³ CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphe 369 : « *The essential condition of the violation of a MFN clause is the existence of a different treatment accorded to another foreign investor in a similar situation. Therefore, a comparison is necessary with an investor in like circumstances. The notion of like circumstances has been broadly analysed by Tribunals* ».

¹⁵⁴ *S. D. Myers Inc. contre Canada* (CNUDCI), première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphe 250.

¹⁵⁵ CIRDI, *The Loewen Group, Inc et Raymond L Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/93/3), 26 juin 2003, paragraphes 119 et 140. Il a, cependant, semblé que, parfois les tribunaux s'attachaient trop attentivement à cette question, les situations n'étant de toutes façons pas similaires étant donné la taille ou les moyens à la disposition de nombreux investisseurs étrangers : CIRDI, *Consortium RFCC contre Maroc* (ARB/00/6), sentence du 23 décembre 2003.

¹⁵⁶ V. également CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, dans laquelle le Tribunal a fait la distinction entre les producteurs et les distributeurs de cigarettes ; CIRDI, *Champion*

Par exemple, dans l'affaire *Methanex*, le Tribunal a conclu que l'entreprise n'avait pas reçu un traitement moins favorable que les producteurs locaux en considérant que seuls les producteurs de méthanol se trouvaient dans une même situation, distincte de celle des producteurs d'éthanol¹⁵⁸. Cette conception stricte des circonstances similaires a été le fondement du rejet de la discrimination.

Les tribunaux dans les affaires *ADM* et *CPI contre Mexique* ont explicité la démarche en insistant sur la nécessité d'appartenir au même secteur économique¹⁵⁹ et de produire des biens interchangeables du point de vue du consommateur :

« *where the products at issue are interchangeable and indistinguishable from the point of view of the end-users, the products, and therefore the respective investments, are in like circumstances. Any other interpretation would negate the effect of non-discriminatory provisions* »¹⁶⁰.

Ensuite, il faut déterminer si le traitement est plus ou moins favorable. Il ne s'agira pas d'évaluer réellement si le traitement est similaire dans les mêmes circonstances, mais plutôt d'essayer de parvenir à une égalité effective au regard de la concurrence, en s'attachant plus aux résultats du traitement suivi plutôt qu'à sa nature. Ce test de l'égalité effective, utilisé dans le cadre du GATT et de l'OMC¹⁶¹ a été repris dans les affaires *ALENA*¹⁶² et sera également appliqué aux traités bilatéraux d'investissement. Il faudra alors être attentif à la rédaction des traités, qui peuvent prévoir un traitement égal ou un traitement non moins favorable – autorisant ainsi l'Etat à accorder certains privilèges aux investisseurs étrangers.

L'évaluation des traitements soulève également la question de la nature des discriminations en cause. Faut-il s'arrêter aux discriminations *de jure* ou faut-il également intégrer les discriminations *de facto* ? Les différences de traitement *de facto* sont bien plus répandues et

Trading Company Ameritrade International contre Egypte (ARB/02/09), sentence du 27 octobre 2006, dans laquelle le Tribunal a distingué les opérateurs privés jouant sur un marché concurrentiel et les opérateurs intégrés à un marché dont les prix étaient fixés par le gouvernement ; *UPS contre Canada*, sentence du 24 mai 2007, où la distinction entre service postal et service de courrier a été faite ; CIRDI, *ADF contre Etats-Unis* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, distinguant les producteurs d'acier en général et ceux pouvant participer à la construction d'une autoroute etc...

¹⁵⁷ CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

¹⁵⁸ S.A. CNUDCI, *Methanex contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005, partie IV, chapitre B, 10.

¹⁵⁹ CIRDI, *Archer Daniels Midland Company contre Mexique* (ARB(AF)/04/05), sentence du 21 novembre 2007 : « *Both are part of the same sector, competing face to face in supplying sweeteners to the soft drink and processed food markets* ».

¹⁶⁰ CIRDI, *Corn Products International Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/04/01), décision sur la responsabilité, 15 janvier 2008. V. également CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007 ; CIRDI, *Bayindir Insaar Turizm Ticaret Ve Sanayi AS contre Pakistan* (ARB/03/29), sentence sur les mérites du 27 août 2009.

¹⁶¹ GATT, Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930*, 7 novembre 1989 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, affaire DS 8, 4 octobre 1996 ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, affaire DS 75, 18 janvier 1999 ; Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, affaire DS 139, 11 février 2000.

¹⁶² CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphe 63 ; CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphes 252-254.

ont le même effet sur la concurrence, justifiant que soient considérées, dans le cadre du test d'une violation du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, non seulement les lois et règlements, mais également toutes les actions et omissions de l'Etat pouvant avoir un effet discriminatoire.

De la même façon, il faudra déterminer la nature de la différence de traitement. Etant donné que le traitement ne doit pas être égal, mais non moins favorable, on peut se demander s'il faut admettre une différence mineure ou raisonnable de traitement. L'argument avait été soulevé par le Canada dans l'affaire *Pope & Talbot*, mais le Tribunal l'a rejeté, considérant que :

*« Applying Canada's proposed [disproportionate disadvantage test] to de facto cases could quickly undermine that principle. The result would be inconsistent with the investment objectives of NAFTA, in particular Article 102 (1) (b) and (c), to promote conditions of fair competition and to increase substantially investment opportunities »*¹⁶³.

Une fois prouvée la différence de traitement, il faudra encore que ce traitement soit considéré comme moins favorable. Cela peut paraître facile quand la différence de traitement est objective ou quantifiable ; mais si celle-ci relève de considérations subjectives, il faut déterminer selon quels critères sera évalué le traitement le plus favorable. Il semble qu'il appartienne à l'investisseur, qui se plaint du traitement moins favorable, de démontrer qu'il a subi un préjudice du fait de ce traitement. La preuve de ce traitement moins favorable est importante et l'absence de démonstration convaincante pourra, par exemple, empêcher l'investisseur de se prévaloir, au titre de la clause de la nation la plus favorisée, d'une clause soi-disant plus favorable comme ce fut le cas dans l'affaire *AAPL contre Sri Lanka*. C'est également ce qu'a noté le Tribunal dans l'affaire *Plama contre Bulgarie* au sujet des modes de règlement des différends :

*« The Claimant argues that it is obviously more favorable for the investor to have a choice among different dispute resolution mechanisms, and to have the entire dispute resolved by arbitration as provided in the Bulgaria-Finland BIT, than to be confined to ad hoc arbitration limited to the quantum of compensation for expropriation. The Tribunal is inclined to agree with the Claimant that in this particular case, a choice is better than no choice. But what if one BIT provides for UNCITRAL arbitration and another provides for ICSID ? Which is more favorable ? »*¹⁶⁴.

¹⁶³ CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphe 70.

¹⁶⁴ CIRDI, *Plama Consortium Ltd contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005, paragraphe 208.

Enfin, il faut noter qu'il n'est pas nécessaire de démontrer la moindre intention discriminatoire¹⁶⁵. Seul l'impact de la mesure serait important, sans que son objectif soit pris en compte. En effet, la preuve de l'intention de l'Etat est difficile à apporter, *a fortiori* pour les discriminations *de facto*, et retenir une telle condition enlèverait tout effet utile aux clauses de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée¹⁶⁶. Il faudra donc que l'investisseur prouve qu'il a reçu un traitement moins favorable que les investisseurs locaux – s'il se fonde sur le traitement national – ou étrangers – dans le cas du traitement de la nation la plus favorisée – sans qu'il ne soit nécessaire qu'il démontre que ce traitement moins favorable était la conséquence de son statut d'étranger ou qu'il fournisse une analyse économique comparative entre sa situation et celle de ses concurrents¹⁶⁷.

Il faut, toutefois, nuancer cette affirmation, l'intention pouvant jouer dans la détermination d'une possible justification, l'Etat pouvant, en vertu de sa liberté normative, prendre des mesures légitimes ayant un effet discriminatoire¹⁶⁸.

Même si le raisonnement aboutissant à reconnaître une violation du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée implique de prouver l'existence d'investisseurs comparables, l'existence d'une différence de traitement et le caractère moins favorable du traitement reçu, la violation de ces clauses indirectes a été reconnue par les tribunaux arbitraux dans plusieurs affaires, concernant par exemple la politique d'un Etat sur les déchets dangereux¹⁶⁹ ou l'octroi d'avantages fiscaux¹⁷⁰. Ces motifs soulèvent, toutefois, la question de savoir si des justifications légitimes peuvent permettre d'échapper à une condamnation.

¹⁶⁵ CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphes 252-254 ; CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004. V. également B. Sabahi, "National Treatment : is Discriminatory Intent Relevant?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 269-297 ; S. Tabet, "Beyond The Smoking Gun - Is A Discriminatory Objective Necessary to Find a Breach of National Treatment ?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 299-314.

¹⁶⁶ CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 183 : « Requiring a foreign investor to prove that discrimination on his nationality could be an insurmountable burden to the Claimant, as that information only available to the government. It would be virtually impossible for any claimant to meet the burden of demonstrating that a government's motivation for discrimination is nationality rather than some other reason ».

¹⁶⁷ CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphes 75-76.

¹⁶⁸ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 339.

¹⁶⁹ Sentence CNUDCI, *S.D. Myers contre Canada*, sentence du 21 octobre 2002.

¹⁷⁰ LCIA, *Occidental contre Equateur*, sentence du 1^{er} juillet 2004.

2°) Une modulation jurisprudentielle des obligations

Les tribunaux arbitraux ont, par leur jurisprudence, modifier les champs du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée¹⁷¹, soit en les réduisant par la découverte de motifs justifiant des différences de traitement, soit en les élargissant à de nouveaux objets.

Alors que les obligations de traitement national ou de traitement de la nation la plus favorisée excluent toute discrimination entre les investisseurs nationaux et étrangers ou entre investisseurs étrangers entre eux, même si celle-ci est justifiée par des raisons économiques valables¹⁷², les arbitres ont découvert des circonstances excluant la qualification de traitement moins favorable ou l'application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée.

Ainsi, une fois que la discrimination a été établie *prima facie*, le fardeau de la preuve incombe à l'Etat qui devra alors tenter de justifier cette différence de traitement. Il s'agira en particulier de démontrer que les deux investisseurs ne se trouvaient pas dans des situations similaires¹⁷³.

Ainsi, même si aucune exception n'est explicitement reconnue à l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, la vérification que les investisseurs se trouvaient dans des situations similaires se fera avec plus ou moins d'indulgence en fonction du fait qu'il existe ou non une politique publique non discriminatoire justifiant la différence de traitement. Cela a été affirmé avec force, dans le cadre de l'ALENA, dans l'affaire *Pope & Talbot* :

*« Differences in treatment will presumptively violate Article 1102 (2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of the NAFTA »*¹⁷⁴.

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée se rapprochent alors du standard du traitement juste et équitable et de la bonne foi, étant donné que le tribunal vérifiera que la différence de traitement est conforme à ces standards. Ce raisonnement est directement emprunté à celui adopté dans le cadre de l'OMC. La phrase introductive de

¹⁷¹ P. Acconci, "Most-Favoured-Nation Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 363-406.

¹⁷² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 202.

¹⁷³ CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphes 35-36.

¹⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 78.

l'article XX du GATT, où figurent les exceptions générales, précisent ainsi qu'elles doivent être mises en œuvre, conformément à la bonne foi¹⁷⁵ :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent »¹⁷⁶.

Ainsi, les tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI ont considéré que, dès lors que la différence de traitement n'avait pas pour objet de créer une discrimination arbitraire ou injustifiable, et qu'elle permettait un exercice des droits juste et équitable, sans procurer à l'une des parties un avantage injuste, alors celle-ci pouvait être acceptée et ne serait pas considérée comme une violation du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée.

Cette prise en compte de la bonne foi dans la détermination de l'illicéité du comportement de l'Etat est la bienvenue du fait qu'elle permet de mieux équilibrer les standards conventionnels et le droit de l'Etat de légiférer et de mener à bien ses politiques.

Il peut, en effet, exister des raisons légitimes aboutissant à un traitement discriminatoire. Ainsi, dans l'affaire *Marvin Feldman contre Mexique*, l'incapacité à accorder un traitement équivalent au niveau des rabais fiscaux se justifiait par le fait que l'investisseur étranger ne pouvait fournir les mêmes justificatifs¹⁷⁷. Parallèlement, le tribunal a considéré que seules les distinctions « déraisonnables » tombaient sous le coup de l'interdiction des discriminations. Or, il s'agissait ici de mieux contrôler l'imposition et les fraudes, tout en protégeant les droits

¹⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, DS 58, 12 octobre 1998, paragraphe 158 : « Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les Etats. L'une de ses applications, communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit « empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable » (B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (Stevens and Sons, Ltd., 1953), chapitre 4, en particulier page 125 : ... L'exercice raisonnable et de bonne foi d'un droit en pareil cas est approprié et nécessaire à l'objet du droit (c'est-à-dire à la satisfaction des intérêts que le droit est censé protéger). Il devrait en même temps être juste et équitable pour toutes les parties et ne pas être modulé de façon à procurer à l'une d'elles un avantage injuste au regard de l'obligation assumée. L'exercice raisonnable du droit est considéré comme compatible avec l'obligation. Mais l'exercice du droit d'une manière telle qu'il porte préjudice aux intérêts de l'autre partie contractante au regard du traité est déraisonnable et considéré comme incompatible avec l'exécution de bonne foi de l'obligation conventionnelle, et comme une violation de la convention (V. aussi, par ex., *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, volume I (Longman's, 1992), pages 407-410, publié sous la direction de Jennings et Watts, *Border and Transborder Armed Actions Case*, (1988), recueil 105 de la CIJ ; *Rights of Nationals of the United States in Morocco Case* (1952), recueil 176 de la CIJ ; *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, (1951), recueil 142 de la CIJ) ».

¹⁷⁶ Art. XX – Exceptions générales - de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce – GATT de 1947. V. également W. Ben Hamida, "MFN and Procedural Rights : Solutions from WTO Experience?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 231-246.

¹⁷⁷ CIRDI, *Marvin Feldman contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 70. V. également CIRDI, *Loewen contre Etats-Unis* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

de propriété intellectuelle. En effet, il semble que des considérations politiques légitimes puissent justifier une discrimination¹⁷⁸.

De même, dans l'affaire *Methanex*, les considérations de politique environnementale ont permis de justifier un traitement considéré par le plaignant comme étant en violation du traitement national¹⁷⁹. Le Tribunal insiste, en particulier, sur la condition que les investisseurs soient dans des situations comparables, pour considérer que dès lors qu'un motif légitime de différenciation existe, alors les investisseurs ne sont plus dans des situations comparables. C'est le même raisonnement que celui adopté dans l'affaire *Pope & Talbot*, dans laquelle le Tribunal a considéré que :

« A formulation focusing on the like circumstances question, on the other hand, will require addressing any difference in treatment, demanding that it be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign investments. That is, once a difference in treatment between a domestic and a foreign-owned investment is discerned, the question becomes, are they in like circumstances? It is in answering that question that the issue of discrimination may arise »¹⁸⁰.

L'Etat disposera alors d'une certaine marge d'appréciation pour accorder un traitement plus favorable à certaines catégories d'individus, au titre de l'intérêt général, sans que cette différence de traitement ne puisse être considérée comme une discrimination sur le fondement de la nationalité. Si l'Etat met en place des discriminations positives ou des mesures en faveur des minorités, l'investisseur n'aura le droit à ces avantages que s'il tombe dans les catégories visées ; sinon, ne se trouvant pas dans les mêmes conditions, il jouira du régime de droit commun.

De même, dans l'affaire *S.D. Myers*, le Tribunal a considéré que l'existence d'une politique en vue de l'intérêt public ne permettait plus la qualification de « circonstances analogues » :

« The Tribunal considers that the interpretation of the phrase “like circumstances” in Article 1102 must take into account the general principles that emerge from the legal context of the NAFTA, including both hits concern with the environment and the need to avoid trade distortions that are not justified by environmental concerns. The assessment of “like circumstances” must also take into account circumstances that would justify governmental regulations that treat them differently in order to protect the public interest »¹⁸¹, ce raisonnement étant totalement valable pour les traités bilatéraux d'investissement.

¹⁷⁸ CNUDCI, *Gami Investments Inc. contre Mexique*, sentence du 15 novembre 2004.

¹⁷⁹ CNUDCI, *Methanex contre Mexique*, sentence du 3 août 2005.

¹⁸⁰ CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Gouvernement du Canada*, sentence sur les mérites, phase 2, 10 avril 2001, paragraphe 79.

¹⁸¹ CNUDCI, *SD Myers Inc contre Canada*, première sentence partielle, 13 novembre 2000, paragraphes 250. V. également T. Weiler, "A First Look at the Interim Merits Award in *SD Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance*

La poursuite d'objectifs légitimes permet alors de distinguer les circonstances dans lesquelles se situent les investissements, justifiant ainsi la différence de traitement.

Enfin, les tribunaux arbitraux ont découvert une nouvelle limite à l'application du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, en précisant ses conditions d'application. En effet, certains arbitres ont considéré que l'obtention du bénéfice d'une clause d'un autre traité par le traitement de la nation la plus favorisée emportait l'application de l'ensemble du traité tiers¹⁸², ce qui aura sans nul doute pour effet de dissuader l'invocation des clauses de traitement dans un certain nombre de cas. Le champ de cette limite demeure, cependant, réduit.

Ces causes justificatives sont, toutefois, très circonscrites. Aujourd'hui, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée ont un rôle essentiel à jouer en droit international des investissements et l'interprétation qu'en font les tribunaux arbitraux, loin d'être restrictive, a surtout élargi la portée des obligations.

L'exemple le plus flagrant est probablement l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends¹⁸³. La jurisprudence, tant en droit international général

Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 24, 2000, pp. 173-187.

¹⁸² CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004. V. également T. W. Wälde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 193-236.

¹⁸³ V. *supra*, p. 298 et s. Sur l'embarras posé par cette question, v. également CIRDI, *Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd contre Myanmar* (ARB/01/1), sentence du 31 mars 2003 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales TecMed S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003 ; CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004 ; CIRDI, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 15 novembre 2004 ; CIRDI, *Plama Consortium Limited contre Bulgarie* (ARB/03/24), sentence du 8 février 2005 ; CIRDI, *Camuzzi International contre Argentine* (ARB/03/7), décision sur la compétence, 10 juin 2005 ; CIRDI, *Gas Natural SDG contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur la compétence du 17 juin 2005 (en particulier paragraphe 31) ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA contre Argentine* (ARB/03/17), décision sur la compétence du 16 mai 2006 ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine* (ARB/03/19), décision sur la compétence du 3 août 2006 ; Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm (SCC), *Vladimir et Moïse Berschader contre Russie*, 21 avril 2006 ; CIRDI, *Telenor Mobile Communications contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006 ; CIRDI, *Tza Yap Shum contre Pérou* (ARB/07/6), décision sur la compétence du 19 juin 2009. V. également, sur ce « feuillet jurisprudentiel », S. Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 136-151 ; E. Gaillard, "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", *New York Law Journal*, vol. 233, n° 2, 2005, p. 1 et s. ; N. Gallus, "Plama v. Bulgaria and the Scope of the Investment Treaty MFN Clauses", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 20 p. ; W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162 ; B. Poulain, "Clauses de la nation la plus favorisée et clauses d'arbitrage investisseur-Etat : est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini?", *ASA Bulletin*, vol. 25, n° 2, 2007, p. 279 et s. ; Y. Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'", *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774 ; S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189 ; S. Suvedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p. ; C. G. Mekpo, "La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes", *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9.

qu'en matière d'investissement, demeure hésitante. Si l'on s'intéresse aux décisions rendues par la Cour internationale de Justice¹⁸⁴ sur la question, on constate qu'elles ont pu donner lieu à des interprétations fort divergentes, même s'il en ressort que la clause de la nation la plus favorisée ne peut, en général, être invoquée pour étendre les dispositions juridictionnelles d'un traité. La question a, en tout cas, trouvé une nouvelle actualité en droit international des investissements.

Ainsi, alors que la clause de la nation la plus favorisée n'avait pas créé de difficulté particulière dans la jurisprudence¹⁸⁵, son application étant relativement aisée, elle a finalement été l'objet de toutes les attentions suite à l'interprétation donnée dans l'affaire *Maffezini contre Espagne*. Dans cette affaire, un ressortissant chilien se plaignait de la violation par l'Espagne du traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Argentine. Il introduisit une requête devant le CIRDI, sans respecter la condition préalable, posée par le traité, d'avoir saisi un tribunal local et d'avoir attendu dix-huit mois sans qu'une décision soit rendue. En utilisant la clause de la nation la plus favorisée contenue dans le traité, il se fondait sur une disposition plus favorable contenu dans un traité bilatéral conclu par l'Espagne avec le Chili, qui imposait seulement un délai de six mois avant le recours au CIRDI, sans qu'il soit nécessaire de saisir les juridictions internes. Le Tribunal, se fondant sur les affaires de l'*Anglo-Iranian Oil Company*¹⁸⁶, des *Droits des ressortissants des Etats-Unis au Maroc*¹⁸⁷ ou de l'*Ambatelios*¹⁸⁸, a admis un tel raisonnement, considérant que le règlement des différends faisait pleinement

¹⁸⁴ CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (compétence) (Royaume-Uni contre Iran)*, Arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ Recueil* 1952, p. 93 ; CIJ, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis)*, Arrêt du 27 août 1952, *CIJ Recueil* 1952, p. 176 ; CIRDI, *Ambatielos (Grèce contre Royaume-Uni)*, arrêt du 19 mai 1953, *CIJ Recueil* 1953, p. 10. V., pour commentaire, Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p., pp. 344-362.

¹⁸⁵ La clause de la nation la plus favorisée fut certes étudiée dans la première affaire sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement (CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd contre Sri Lanka (ARB/87/3)*, sentence du 27 juin 1990), mais même si le Tribunal a considéré que « *the most-favored-nation provision contained in Article 3 (...) may be invoked to increase the host State's liability in case a higher standard of international protection becomes granted to investments pertaining to nationals of a Third State* » (paragraphe 43), il n'a pas trouvé de traitement plus favorable accordé aux ressortissants d'un Etat tiers, mettant ainsi fin à l'argument.

¹⁸⁶ CIJ, *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume-Uni contre Iran)*, exception préliminaire, arrêt du 22 juillet 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 93.

¹⁸⁷ CIJ, *Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis)*, arrêt du 27 août 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 176.

¹⁸⁸ Commission d'arbitrage, *Ambatelios*, sentence du 6 mars 1956. Dans cette affaire, le Tribunal s'était interrogé sur le lien entre la clause de la nation la plus favorisée et l'administration de la justice et avait noté : « *It is true that the « administration of justice », when viewed in isolation, is a subject-matter other than « commerce and navigation », but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by treaties of commerce and navigation. Therefore it cannot be said that the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the field of application of the most-favoured-nation clause, when the latter includes « all matters relating to commerce and navigation ». The question can only be determined in accordance with the intention of the Contracting Parties as deduced from a reasonable interpretation of the Treaty* ». Cet extrait a été repris in CIRDI, *Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)*, sentence du 13 novembre 2000, paragraphe 49. V., sur l'affaire *Ambatelios*, G. Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Points of Substantive Law, Part II", *BYBIL*, vol. 32, 1955, p. 20 et s.

partie de la protection des investissements¹⁸⁹ et que, dès lors, le principe *ejusdem generis*, selon lequel la « clause NPF ne peut attirer que les questions relevant du même objet ou de la même catégorie juridique que ceux auxquels elle se réfère »¹⁹⁰, ne s'opposait pas à l'extension des dispositions relatives au règlement des différends plus favorables à la protection des investissements¹⁹¹. Cette interprétation apparemment extensive¹⁹² a pu être décriée, tant dans la doctrine considérant qu'elle aboutissait à un nivellement des conditions de saisine du CIRDI ou à nier un peu plus la condition du consentement de l'Etat¹⁹³, que dans la

¹⁸⁹ CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphes 54 et 55. Après s'être posé la question de savoir « *whether the provisions on dispute settlement contained in a third-party treaty can be considered to be reasonably related to the fair and equitable treatment to which the most favoured nation clause applies under basic treaties on commerce, navigation or investments* » (paragraphe 46), le tribunal a répondu en considérant que : « Indépendamment du fait que le traité de base qui énonce la clause ne se réfère pas expressément au règlement des différends tel qu'il est visé par la clause de la nation la plus favorisée, le Tribunal considère qu'il y a de bonnes raisons de conclure que les accords de règlement des différends sont aujourd'hui indissociablement liés à la protection des investisseurs étrangers, comme ils le sont à la protection des droits des commerçants dans les traités de commerce. La juridiction consulaire et les autres formes de juridiction extraterritoriale étaient naguère considérées comme indispensables à la protection des droits des commerçants et, par conséquent non pas simplement des instruments procéduraux, mais comme des accords conçus pour mieux protéger les droits de ces personnes à l'étranger (...). Il s'ensuit que ces accords, même s'ils ne constituaient pas strictement un des aspects essentiels de la politique commerciale et d'investissement recherchée par les traités de commerce et de navigation, étaient indispensables à la protection appropriée des droits qu'ils devaient garantir.

L'arbitrage international et les autres accords de règlement des différends ont remplacé ces pratiques plus anciennes, souvent abusives. Ces évolutions modernes sont toutefois indispensables à la protection des droits visés par les traités en question ; elles font étroitement partie des aspects essentiels du traitement accordé » (traduction de l'OCDE in OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p., p. 14).

A contrario, voir Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm, *Vladimir et Moïse Berschader contre Russie*, 21 avril 2006.

¹⁹⁰ V. la définition proposée par l'OCDE in OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p.

¹⁹¹ La défense considérait, en effet, qu'« en vertu du principe *ejusdem generis*, la clause de la nation la plus favorisée peut s'appliquer seulement à l'égard (...) des questions de fond ou des aspects essentiels du traitement accordé aux investisseurs, et non des questions procédurales ou juridictionnelles » (CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 15). La Tribunal considéra, toutefois, que « si un traité avec une tierce partie contient des dispositions relatives au règlement des différends qui sont plus favorables à la protection des droits et des intérêts des investisseurs que celles qui sont contenues dans le traité de base, ces dispositions pourraient être étendues au bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée car elles sont entièrement compatibles avec le principe *ejusdem generis* » (traduction de l'OCDE in OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p., p. 14). V. également CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, paragraphe 102 : « *the Tribunal finds that the Treaty itself, together with so many other treaties of investment protection, has a distinctive feature special dispute settlement mechanisms not normally open to investors. Access to these mechanisms is part of the protection offered under the Treaty. It is part of the treatment of foreign investors and investments and of the advantages accessible through a MFN clause* » (CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 56).

¹⁹² CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), sentence du 13 novembre 2000, paragraphe 49 : « *Unless it appears clearly that the state parties to a BIT or the parties to a particular investment agreement settled on a different method for resolution of disputes that may arise, most-favoured-nation provisions in BITs should be understood to be applicable to dispute settlement* ».

¹⁹³ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p. Walid Ben Hamida notait à cet égard que l'extension de la clause de la nation la plus favorisée aux problèmes procéduraux découlait « de l'absence d'un règlement judiciaire international capable d'harmoniser les procédures de règlement des différends transnationaux » et n'avait « qu'un rapport indirect avec l'extension de la clause de la nation la plus favorisée à l'arbitrage ». V. également pour plus de détails S. Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 136-151 ; W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162 ; C. Crépet Daigremont, "Traitement national et

jurisprudence subséquente. Ainsi, par exemple dans l'affaire *Plama*, le Tribunal a refusé d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends en considérant que les parties au traité bilatéral d'investissement devaient être présumées avoir exclu le mécanisme d'arbitrage, qui constitue un accord spécifique en soit :

« *this matter can also be viewed as forming part of the nowadays generally accepted principle of the separability (autonomy) of the arbitration clause. Dispute resolution provisions constitute an agreement on their own, usually with interrelated provisions* »¹⁹⁴.

Cette position se justifie aisément du fait que l'investisseur se fondait sur la clause de la nation la plus favorisée, non pas pour passer outre un délai, mais pour fonder son recours au CIRDI. En effet, le traité bilatéral d'investissement en cause ne l'autorisait à recourir à l'arbitrage que pour les différends relatifs au montant de l'indemnisation d'une expropriation et seulement devant un tribunal arbitral *ad hoc* statuant en application du règlement de la CNUDCI. Le Tribunal conclut, dès lors, que :

« *Dispute resolution provisions in a specific treaty have been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty. Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions can be enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context.* »¹⁹⁵.

Se fondant sur la dimension consensuelle de l'arbitrage et sur l'autonomie des clauses de règlement des différends, le tribunal refuse de considérer que la clause de la nation la plus

traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162 ; P. Acconci, "Most-Favoured-Nation Treatment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 363-406 ; W. Ben Hamida, "MFN and Procedural Rights : Solutions from WTO Experience?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 231-246 ; N. Rubins, "MFN Clauses, Procedural Rights and a Return to the Treaty Text" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 213-229 ; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p., p. 345 et p. 357 ; C. G. Mekpo, "La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes", *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9. Ce dernier note que : « Grâce à la prolifération des TBI dont la plupart incorporent les clauses « indirectes », la clause NPF contribue à renforcer le recours systématique contre l'Etat institué par l'arbitrage unilatéral. Comme un nain juché sur des épaules d'un géant, l'extension de la clause NPF aux règles de procédure permet à l'arbitrage transnational unilatéral d'exercer un effet additionnel sur l'élargissement du champ de compétence des tribunaux arbitraux. Dès lors, les tempéraments apportés par certains tribunaux quant à l'affirmation du principe d'extension automatique de la clause NPF sont plutôt bienvenus ».

¹⁹⁴ CIRDI, *Plama Consortium Ltd contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005, paragraphe 212. V., pour commentaire, C. Crépet Daigremont, "Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ARB/03/24) - The Most-Favoured-Nation Clause Issue", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 4 p. ; N. Gallus, "Plama v. Bulgaria and the Scope of the Investment Treaty MFN Clauses", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 20 p. V. également S. Schwebel, "The Severability of the Arbitration Agreement" in S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, pp. 1-60, p. 3 : « *the parties to an agreement containing an arbitration clause conclude not one agreement but two: first, the substantive or principal agreement which provides for a certain course of action; second, an additional, separable agreement which provides for arbitration of disputes arising out of the principal agreement* ».

¹⁹⁵ CIRDI, *Plama Consortium Limited contre Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence, 8 février 2005, paragraphe 207.

favorisée dans un traité bilatéral d'investissement incorpore automatiquement les dispositions, plus favorables, relatives au règlement des différends contenues dans un autre accord :

« une clause de la nation la plus favorisée d'un traité de base n'incorpore pas, par référence, en tout ou en partie, les clauses de règlement des différends d'autres traités sauf si la clause de la nation la plus favorisée du traité de base ne laisse aucun doute quant à l'intention des parties contractantes de les incorporer »¹⁹⁶.

Il ne peut en être autrement que si le traité le prévoit expressément, comme le font, par exemple, les accords conclus par le Royaume-Uni¹⁹⁷.

Les décisions dans les affaires *Maffezini* et *Plama* laissent apparaître une jurisprudence incohérente. Par exemple, le Tribunal, dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine*¹⁹⁸, a qualifié la décision *Plama* de « *non-sense exception* »¹⁹⁹. A l'opposé, dans l'affaire *Telenor Mobile Communications AS contre Hongrie* a refusé une extension de la clause de la nation la plus favorisée, considérant que :

*« Those who advocate a wide interpretation of the MFN clause have almost always examined the issue from the perspective of the investor. But what has to be applied is not some abstract principle of investment protection in favour of a putative investor who is not a party to the BIT and who at the time of its conclusion is not even known, but the intention of the States who are the contracting parties. The importance to investors of independent international arbitration cannot be denied, but in the view of this Tribunal its task is to interpret the BIT and for that purpose to apply ordinary canons of interpretation, not to displace, by reference to general policy considerations concerning investor protection, the dispute resolution mechanism specifically negotiated by the parties »*²⁰⁰.

¹⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 223. V. également CIRDI, *Telenor contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 septembre 2006, paragraphe 90 ; CIRDI, *Tecmed contre Mexico* (ARB/00/2), sentence du 29 mai 2003 ; CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence du 9 novembre 2004, paragraphe 119 ; CIRDI, *MCI Power contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007, paragraphe 128 ; CIRDI, *Wintershall contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008, paragraphe 160. V. également l'arbitrage par l'Institut de Stockholm SCC, *Berschader contre Russie*, sentence du 21 avril 2006, paragraphe 181.

¹⁹⁷ Art. 3, paragraphe 3, du modèle anglais de 1991 et de 2005.

¹⁹⁸ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine* (ARB/03/19), décision sur la compétence, 3 août 2006. V. également CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et InterAguas Servicios Integrales del Agua SA contre Argentine* (ARB/03/17), décision sur la compétence, 16 mai 2006.

¹⁹⁹ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine* (ARB/03/19), décision sur la compétence, 3 août 2006, paragraphe 67 : « *Be this as it may, at the end of its reasoning, the Plama tribunal suggested what could be called a « non-sense exception » to the non-application of the MFN clause. Addressing the very requirement at issue here, i.e. that the dispute be tried in local courts during eighteen months, which it called « a curious requirement » the Plama tribunal said it « sympathize[d] with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view » (...). It therefore concluded that the decision in Maffezini is perhaps understandable ».*

²⁰⁰ CIRDI, *Telenor contre Hongrie* (ARB/04/15), sentence du 13 décembre 2006, paragraphe 95. V. également Institut d'arbitrage de Stockholm SCC, *Vladimir et Moïse Berschader contre Russie*, sentence du 21 avril 2006.

En réalité, les faits des affaires *Maffezini* et *Plama* permettent de comprendre la contradiction des décisions et de les réconcilier²⁰¹. Comme le note le Tribunal dans l'arbitrage CNUDCI *National Grid contre Argentine*²⁰², l'affaire *Plama* n'était que l'expression d'un des tempéraments mentionnés dans *Maffezini*²⁰³.

Il faut alors distinguer entre l'utilisation de la clause de la nation la plus favorisée pour les questions de compétence ou de recevabilité. Comme le résume Julien Cazala :

« S'il existe une ouverture concernant l'affirmation de la recevabilité de la requête par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, la question est beaucoup plus controversée en ce qui concerne l'établissement de la compétence du tribunal sur ce seul fondement. Dans les affaires pour lesquelles la clause de la nation la plus favorisée a joué au stade de la recevabilité de la requête, les arbitres relèvent que l'Etat a déjà accepté dans son principe la possibilité de recourir au CIRDI mais avait posé des conditions spécifiques à l'établissement d'un tribunal (conditions de délai le plus souvent ou de saisine préalable des tribunaux internes). Ainsi, on ne peut pas déceler dans le libellé des dispositions du TBI une hostilité de principe de l'Etat à ce qu'un tribunal arbitral CIRDI soit mis en place en cas de différend relatif à un investissement »²⁰⁴.

Par exemple, dans l'affaire *Salini contre Jordanie*, la clause de la nation la plus favorisée était invoquée pour fonder la compétence du tribunal – et non la recevabilité – le différend en cause portant sur une question expressément exclue du traité bilatéral d'investissement entre la Jordanie et l'Italie. Le Tribunal rejette alors logiquement l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends, qui ne pourrait ressortir que de l'affirmation explicite de l'intention des parties :

²⁰¹ V. S.A. CNUDCI, *National Grid plc contre Argentine*, décision sur la compétence, 20 juin 2006, paragraphe 92 : « *The Tribunal concurs with Maffezini's balanced considerations in its interpretation of the MFN clause and with its concern that MFN clauses not be extended inappropriately. It is evident that some claimants may have tried to extend an MFN clause beyond appropriate limits. For example, the situation in Plama involving an attempt to create consent to ICSID arbitration when non existed was foreseen in the possible exceptions to the operation of the MFN clause in Maffezini* ».

²⁰² S.A. CNUDCI, *National Grid plc contre Argentine*, décision sur la compétence, 20 juin 2006.

²⁰³ *Ibid.*, paragraphe 92 : « *The Tribunal concurs with Maffezini's balanced considerations in its interpretation of the MFN clause and with its concern that MFN clauses not be extended inappropriately. It is evident that some claimants may have tried to extend an MFN clause beyond appropriate limits. For example, the situation in Plama involving an attempt to create consent to ICSID arbitration when non existed was foreseen in the possible exceptions to the operation of the MFN clause in Maffezini* ».

²⁰⁴ J. Cazala, "Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral", *Gazette du Palais*, n° 349, 2007. V. également C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162 ; W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162 ; S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189 ; CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, 2010, Genève, XVI-141 p.. V., par ex. l'affaire CIRDI, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence, 15 novembre 2004, dans laquelle l'entreprise a tenté d'invoquer la clause NPF comme fondement de la compétence du Centre. Le Tribunal a, naturellement, rejeté cet argument.

« les défenderesses n'ont rien produit qui soit susceptible d'établir que la commune intention des Parties serait d'étendre la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends. Bien au contraire, l'intention telle qu'exprimée à l'article 9(2) du Traité était d'exclure de la compétence du CIRDI les différends d'ordre contractuel entre un investisseur et une entité d'un Etat partie de façon à ce que de tels différends puissent être réglés en conformité avec les procédures prévues dans les contrats d'investissement »²⁰⁵.

De plus, la jurisprudence *Maffezini*, même lorsqu'elle s'applique, n'a pas un caractère si extensif, renfermant en elle-même une limite à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. En effet, le Tribunal précise que les dispositions d'un traité ne sont invocables que si elles ne sont pas liées à des considérations d'ordre public, qui constituaient une condition essentielle de leur consentement au traité :

« Par principe, le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure d'aller à l'encontre des impératifs de l'action publique que les parties contractantes pourraient ne pas avoir pris en compte comme étant des conditions essentielles de leur acceptation de l'accord en question, en particulier si le bénéficiaire est un investisseur privé (...).

On pourrait envisager un certain nombre de situations autres que celle de l'affaire examinée ici. Premièrement, si une partie contractante a subordonné son acceptation de l'arbitrage à l'épuisement des recours locaux, ce qu'autorise la Convention du CIRDI, elle ne pourrait contourner cette exigence qu'en invoquant la clause de la nation la plus favorisée énoncée dans un accord conclu avec une tierce partie et qui serait exempte de cet élément, étant donné que la condition stipulée reflète une règle fondamentale de droit international. Deuxièmement, si les parties sont convenues d'une procédure de règlement des différends qui permet de choisir de soumettre le différend soit aux tribunaux nationaux, soit à l'arbitrage international, le choix à cet égard étant définitif et irréversible, elles ne peuvent pas contourner cette disposition en invoquant la clause. Cette conclusion s'impose pour ne pas compromettre la finalité de mécanismes que de nombreux pays estiment importants du point de vue de la politique gouvernementale. Troisièmement, si l'accord prévoit une instance d'arbitrage particulier, comme le CIRDI, ce choix ne peut être modifié en invoquant la clause dans le but de renvoyer le différend à un autre système d'arbitrage. Enfin, si les parties sont convenues d'un système d'arbitrage très institutionnalisé qui incorpore des règles de procédure précises, ce qui est le cas, par exemple, de l'Accord de libre-échange nord-américain et des accords similaires, il est évident qu'aucun de ces dispositifs ne peut être modifié par l'application de la clause, étant donné que ces dispositions très spécifiques traduisent la volonté précise des parties. D'autres éléments de la politique gouvernementale ayant pour effet de limiter l'application de la clause seront sans doute identifiés par les parties ou les tribunaux. Il est de toute façon évident qu'il faut faire la distinction entre l'extension légitime des droits et des avantages par le biais de l'application de la clause d'une part, et la recherche systématique du traité le plus

²⁰⁵ CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. contre Jordanie* (ARB/02/13), décision sur la compétence du 9 novembre 2004, paragraphe 118.

favorable [*treaty-shopping*], qui irait à l'encontre des objectifs d'action des dispositions sous-jacentes spécifiques des traités d'autre part »²⁰⁶.

Cette limite a, par la suite, été reprise par plusieurs tribunaux arbitraux, notamment dans l'affaire *Siemens*, dans laquelle le Tribunal a constaté que :

« le bénéficiaire de la clause ne devrait pas être en mesure de faire échec à des considérations d'ordre public que les parties contractantes auraient pu avoir envisagées comme des conditions fondamentales de leur acceptation de l'accord en question »²⁰⁷.

Reprenant la jurisprudence *Maffezini*, le tribunal a considéré que l'obligation de recours préalable aux organes nationaux pendant une période de dix-huit mois n'équivalait pas à une exigence d'épuisement des voies de recours internes et que, dès lors, elle ne constituait pas une question d'ordre public essentielle à l'accord des parties dans le traité bilatéral d'investissement²⁰⁸.

La limite fixée par l'affaire *Maffezini* a également servi de fondement au rejet de l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions relatives à l'application du traité dans le temps dans l'affaire *Tecmed* :

« les questions relatives à l'application de l'Accord dans le temps, qui font intervenir la dimension temporelle de ses dispositions de fond plus que les questions de procédure ou de juridiction sont, en raison de leur signification et de leur importance, des questions essentielles qui doivent être spécifiquement négociées par les parties contractantes. Elles déterminent l'acceptation de l'accord par les parties du fait qu'elles sont directement liées à la définition du régime de protection applicable à l'investisseur étranger et, en particulier, au contexte juridique général (national ou international) dans lequel s'inscrit ce régime et à l'accès de l'investisseur étranger à ses dispositions de fond. Leur application ne peut par conséquent pas être compromise par le principe énoncé dans la clause de la nation la plus favorisée (...).

[Le traité] comporte des prescriptions relatives à l'admissibilité sur le fond des plaintes de l'investisseur étranger, c'est-à-dire à son accès au régime de protection de base visé par l'Accord. Par conséquent, ces prescriptions sont nécessairement placées au centre des négociations des parties contractantes qui, il faut donc le présumer, n'auraient pas

²⁰⁶ CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphes 63 et 64 tels que traduits in OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p., pp. 14-15. V. également S. Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 136-151.

²⁰⁷ CIRDI, *Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), décision sur la compétence du 25 janvier 2000, paragraphe 62 ; CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, paragraphe 109 (traduction de W. Ben Hamida in "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162).

²⁰⁸ CIRDI, *Siemens AG contre Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004. V. également CIRDI, *Camuzzi International SA contre Argentine* (ARB/03/7), décision sur la compétence, 10 juin 2005 ; CIRDI, *Gas Natural SDG SA contre Argentine* (ARB/03/10), décision sur la compétence du 17 juin 2005, en particulier les paragraphes 26 et 30 ; CIRDI, *Suez contre Argentine* (ARB/03/17), décision sur la compétence du 16 mai 2006, en particulier le paragraphe 57. V. également l'affaire devant l'Institut d'arbitrage de Stockholm (SCC), *RosInvest contre Russie*, décision sur la compétence du 1^{er} octobre 2007, paragraphe 130.

conclu l'accord en leur absence. Le tribunal arbitral estime par conséquent qu'elles sont situées hors du champ applicable de la clause de la nation la plus favorisée »²⁰⁹.

Retenue pour le champ d'application *ratione temporis*, cette limite est également valable *ratione materiae*, comme l'a montré le Tribunal dans l'affaire *Société générale contre République dominicaine* :

« *Each treaty defines what it considers a protected investment and who is entitled to that protection, and definitions can change from treaty to treaty. In this situation, resort to the specific text of the MFN clause is unnecessary because it applies only to the treatment accorded to such defined investment, but not to the definition of "investment" itself* »²¹⁰.

Le raisonnement est ici un peu différent : ce n'est pas seulement que ces dispositions sont fondamentales et d'ordre public et qu'elles doivent être négociées précisément par les parties, c'est aussi que si l'investissement n'est pas compris dans la définition du traité, alors il n'est pas couvert par les dispositions substantielles de l'accord et *a fortiori* par la clause de la nation la plus favorisée.

Cette limite a pu être interprétée de façon extensive par certains tribunaux, l'utilisant pour empêcher l'application de la clause de la nation la plus favorisée. Par exemple, dans l'affaire *Wintershall contre Argentine*, le Tribunal a considéré que le consentement ne pouvait être présumé et devait être établi avec certitude :

« *Besides, it is a general principle of international law that international courts and tribunals can exercise jurisdiction over a State only with its consent. The principle is often described as a corollary to the sovereignty and independence of the State. A presumed consent is not regarded as sufficient, because any restriction upon the independence of a State (not agreed to) cannot be presumed by courts* »²¹¹.

Or, la règle selon laquelle le plaignant devait attendre dix-huit mois avant de recourir au CIRDI était bien, selon ce tribunal, la condition de ce consentement et faisait partie de l'offre de recourir à l'arbitrage.

La limite posée dans l'affaire *Maffezini* conduit, en effet, certains à considérer que les dispositions relatives au règlement des différends sont toutes des « dispositions essentielles ». La particularité des conditions d'arbitrage en matière d'investissement et l'impact du consentement différé devraient ainsi faire échapper les questions juridictionnelles à

²⁰⁹ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales TecMed S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphes 69 et 74 tels que traduits in OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, 2004, Paris, 26 p.. V. également CIRDI, *MCI Power Group LC et New Urbine, Inc. contre Equateur* (ARB/03/6), sentence du 31 juillet 2007.

²¹⁰ LCIA, *Société Générale contre République Dominicaine*, sentence relative à la compétence du 19 septembre 2008, paragraphe 41.

²¹¹ CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008, paragraphe 160 (3).

l'application de la clause de la nation la plus favorisée, les arbitres devant retenir une interprétation stricte de l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends.

Il demeure que ces dispositions fondamentales ne pourront être invoquées et que c'est en vertu de cette même limite que l'on ne peut pas appliquer les conditions d'admission d'un traité plus favorable, qui appliquerait le traitement national à la phase pré-établissement, au titre de la clause de la nation la plus favorisée. En effet, en l'absence de toute précision, on aurait pu se demander si la clause de la nation la plus favorisée pouvait étendre les obligations de l'Etat à la phase pré-établissement, l'obligeant à admettre leur constitution. Cependant, l'admission des investissements fait, sans nul doute, partie des considérations d'ordre public, qui sont fondamentales pour les Etats et déterminantes dans leur acceptation de l'accord²¹².

Cette limite, même si elle est la bienvenue, est toutefois difficile à mettre en œuvre du fait de son expression floue et imprécise. Ce caractère peu opérationnel a pu être critiqué, considérant que de telles interprétations aboutissent à modifier l'équilibre général des conventions bilatérales d'investissement, au point de devoir s'interroger sur l'opportunité d'intégrer une clause de la nation la plus favorisée²¹³. Emmanuel Gaillard va jusqu'à considérer que cette limite n'a pas lieu d'être étant donné qu'elle est sans aucun fondement, les parties ne l'ayant pas incluse expressément²¹⁴.

Certains ont ainsi proposé de recourir à une autre limite, afin de réduire le champ de la clause de la nation la plus favorisée. Une décision est récemment venue rappeler que la clause de la nation la plus favorisée ne doit pas permettre de sélectionner les dispositions auxquelles l'investisseur voudrait bien se soumettre et qu'il faut, en tout cas, que s'il se fonde sur une clause, l'ensemble du régime lui soit appliqué :

« The MFN provision does not permit the selective picking of components from each set of conditions, so as to manufacture a synthetic set of conditions to which no State's nationals would be entitled. The Claimant in this case cannot rely upon the lack of an 18-month litigation period in the Argentina-Chile BIT and ignore the fact that Article 10 (2) of the Argentina-Chile BIT imposes a « fork in the road » provision: it must rely upon the whole scheme as set out in either Article 10 of the Argentina-Chile BIT or Article 10 of the Argentina-Germany BIT »²¹⁵.

Il faudra donc être attentif à l'ensemble du régime de règlement des différends prévu par le traité et, en particulier, à une autre condition, parfois contenue dans les clauses, qui impose au

²¹² S. Alexandrov, "Application of the MFN-Clause in Investment Treaties : Replies to Two Questions", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 2, 2004, 3 p.

²¹³ Y. Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"", *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774 ; C. Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2009, 791 p.

²¹⁴ E. Gaillard, "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", *New York Law Journal*, vol. 233, n° 2, 2005, p. 1 et s., p. 3 ; E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2007, p. 298 et s.

²¹⁵ CIRDI, *Hochtief contre Argentine* (ARB/07/31), décision sur la compétence du 24 octobre 2011, paragraphe 98.

requérant d'exercer par son recours un choix définitif sur le mode de règlement du différend²¹⁶.

La découverte d'une nouvelle interprétation de la clause de la nation la plus favorisée par les arbitres révèle en tout cas la relation qui s'instaure entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence. Ainsi, l'affaire *Maffezini* a poussé les Etats à être particulièrement attentifs à la formulation de la clause de la nation la plus favorisée. Le mouvement de va-et-vient apparaît alors en pleine lumière : si ce sont bien les Etats qui ont inclus la clause de la nation la plus favorisée, c'est la jurisprudence qui en a défini – plus ou moins librement – la portée, obligeant les Etats à reprendre leurs modèles d'accords pour préciser la signification qu'ils veulent donner à ces clauses.

3°) Des Etats demeurant maîtres de la portée de leurs obligations

En effet, tant la jurisprudence hésitante des tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI que le caractère potentiellement illimité du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée ont entraîné une certaine réticence des Etats à l'égard de ces clauses. Ainsi, si l'affaire *Maffezini* a permis de mettre en lumière les possibles interprétations de la clause de la nation la plus favorisée, elle a également poussé les Etats à préciser les dispositions des traités bilatéraux d'investissement. Par exemple, le modèle colombien de 2008 insiste sur le fait que :

*« The most favourable treatment to be granted in like circumstances referred to in this Agreement does not encompass mechanisms for the settlement of investment disputes, such as those contained in Article IX and X of this Agreement, which are provided for in treaties or international investment agreements »*²¹⁷.

Le modèle norvégien de 2007 a également préféré ajouter une telle précision face aux contradictions apparues dans la jurisprudence arbitrale sur la question de savoir si le traitement de la nation la plus favorisée ne s'appliquait qu'aux dispositions substantielles ou également aux droits procéduraux. Dans son commentaire, les rédacteurs insistent sur le fait que :

²¹⁶ V. *supra* sur les clauses « *fork in the road* », p. 287 et s.

²¹⁷ Art. IV, paragraphe 2, du modèle colombien d'accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements de 2008. Il n'existe pas actuellement, au 1^{er} juin 2012, de traduction, les traités ayant été conclus sur la base de ce modèle n'ayant pas encore été soumis à publication.

« *Some arbitration awards have found dispute settlement mechanisms to be included on certain terms, while others have arrived at the opposite conclusion. The purpose of the proposed clause is to establish that the MFN clause in this model agreement shall not be regarded as including the right to a separate dispute settlement mechanism so that no doubts concerning this question arise in the event of a dispute* »²¹⁸.

Le modèle norvégien précise alors que les dispositions relatives au règlement des différends ne sont pas incluses dans l'application du traitement national²¹⁹. L'ajout d'une telle précision montre bien la volonté des Etats de reprendre le contrôle sur la jurisprudence arbitrale et d'imposer leur position aux arbitres, permettant ainsi également de parvenir à plus de sécurité juridique.

Mais, une telle interprétation peut également ressortir des travaux préparatoires, comme c'est le cas pour le Traité sur la Zone de libre-échange des Amériques, dont les travaux révèlent que la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas aux mécanismes de règlement des différends ; ou par un accord subséquent. Ainsi, à la suite de l'affaire *Siemens*, l'Argentine et le Panama ont conclu, par un échange de notes diplomatiques constituant une « déclaration interprétative », que la clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquait pas au règlement des différends²²⁰.

Toutefois, l'interprétation extensive adoptée par la jurisprudence *Maffezini* a également pu être relayée par certains traités bilatéraux d'investissement, notamment par le modèle anglais de 2006 qui précise, dans sa disposition relative au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée, que :

« Aux fins d'éclaircissement, il est confirmé que le traitement visé aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus s'applique aux dispositions des articles 1 à 12 du présent Accord »²²¹, incluant ainsi les dispositions relatives au règlement des différends.

²¹⁸ V. le commentaire du modèle norvégien, 19 décembre 2007, p. 20.

²¹⁹ V. l'alinéa 3 de l'art. 4, Section 2 – *Treatment and protection of investors and investments* – du modèle norvégien d'accord bilatéral de promotion des investissements, 2007 : « *For greater certainty, treatment referred to in paragraph [1] does not encompass dispute resolution mechanisms provided for in this Agreement or other International Agreements* ».

²²⁰ Y. Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"", *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774.

²²¹ Art. 3, paragraphe 3, du modèle du Royaume-Uni de 2006. V. également, par ex., l'art. 3 de l'Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie relatif à la promotion réciproque et à la protection des investissements, 6 novembre 2002, Belgrade. Une telle disposition n'est pas récente, l'art. 4 du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre la France et Menelik II, Roi d'Ethiopie, prévoyant déjà en 1908 que « Le Gouvernement éthiopien s'engage à faire bénéficier les ressortissants français de tous les droits, avantages et privilèges qu'il a pu accorder ou qu'il accordera à l'avenir aux ressortissants et protégés d'une tierce Puissance, et notamment en ce qui concerne les douanes, les impôts intérieurs et la juridiction ». V. également l'art. 8 de la Convention de commerce entre la France et l'Angleterre, 1713 ; l'art. 2 de la Convention d'établissement et de commerce entre la Suisse et l'Albanie, 1929 ; l'art. 1^{er} du Traité de commerce entre l'Italie et la Hongrie. Pour plus de détails : W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162.

Faut-il déduire de ces inclusions ou exclusions de la référence au règlement des différends dans les clauses de la nation la plus favorisée une quelconque position des Etats au regard de la présomption d'invocabilité ? Ainsi, la Colombie considérerait qu'en l'absence d'exclusion expresse, le règlement des différends est invocable au titre de la clause ; alors que le Royaume-Uni considérerait qu'en l'absence de référence explicite, tel ne serait pas le cas. Comme le note Walid Ben Hamida, les Etats font simplement œuvre de précision :

« Sans limiter le domaine de la clause NPF, il est possible de considérer que par cette référence, ces Etats insistent *ex abundante cautela* sur l'importance de l'accès [ou non] à un mécanisme de règlement des différends favorable pour la protection des intérêts »²²² de leurs investisseurs.

Au regard de cette évolution des traités bilatéraux d'investissement, on peut espérer que les Etats seront plus précis sur la portée exacte qu'ils veulent donner aux clauses de la nation la plus favorisée et de traitement national dans leurs traités bilatéraux d'investissement²²³. C'est en effet l'absence réelle d'indication ou d'exception prévues dans les accords qui a poussé les arbitres vers cette jurisprudence laborieuse.

Il semble, en tout cas, que la jurisprudence du CIRDI et les traités bilatéraux d'investissement s'accordent sur une application assez extensive du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. Instrument de multilatéralisation du droit international des investissements, ces clauses sont aussi à l'origine de l'échec de toute tentative de mise en place d'un traité universel ; mais, l'interprétation des clauses allant vers leur uniformisation, l'émergence d'un tel accord établissant un régime général des investissements internationaux semble aujourd'hui à portée de main. Une telle évolution serait nécessairement appréciée vu le désordre conventionnel qui règne aujourd'hui en droit international des investissements, du fait du nombre de traités bilatéraux d'investissement contenant tous la clause de la nation la plus favorisée. Une fois l'opposition entre Etats du Nord vaincue concernant l'application pré-établissement du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, rien ne s'opposerait alors à un traité multilatéral, ce qui faciliterait grandement une interprétation cohérente et l'émergence d'un véritable ordre juridique relatif aux investissements internationaux.

*

²²² W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, pp. 1127-1162.

²²³ Y. Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"", *EJIL*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774.

Conclusion de la section. Les clauses du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée ont joué un rôle essentiel dans le développement du droit international des investissements et dans son affirmation comme un droit, non seulement de la protection des investissements, mais aussi de la libéralisation et de la libre concurrence.

Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée apparaissent alors comme les véritables clés de voûte du droit international des investissements. Cette position « architecturale » pousse à s’interroger sur les liens entretenus par ces clauses de traitement avec d’autres obligations, dans la construction du droit international des investissements. Ainsi, si la jurisprudence a utilisé le standard du traitement juste et équitable à l’appui du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, il est également vrai que ces obligations conventionnelles sont à l’origine de plusieurs autres dispositions contenues dans les traités et en recouvrent, en partie, le contenu. Ainsi, par exemple, l’exigence de traitement national oblige à rejeter toute contrainte d’exploitation qui ne s’imposerait pas aux nationaux²²⁴. Il demeure que les traités bilatéraux d’investissement contiennent, en général, des dispositions spécifiques concernant ces obligations essentielles pour la libéralisation des investissements et leur libre concurrence.

SECTION 2. DES AUTRES OBLIGATIONS INTEGRANT LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS A L’ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

La décision d’investir dépend bien davantage de considérations économiques que juridiques et, dès lors, les dispositions sur la libéralisation des investissements font l’objet d’une attention bien plus grande de la part des investisseurs que celles sur la protection. Les traités bilatéraux d’investissement ont pris bonne note de cet état de fait et contiennent un certain nombre de dispositions consacrées à la libre concurrence²²⁵ ou à la rentabilité de l’investissement. Ces dispositions traditionnelles se trouvent à la croisée des chemins du droit international des investissements et du droit du commerce international, ce qui a poussé à

²²⁴ V. CIRDI, *ADF contre Etats-Unis d’Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, dans laquelle était en jeu l’application du traitement national au regard de la loi « *Buy American* », qui constituait une contrainte d’exploitation en violation de ce standard de traitement. Le tribunal rejeta la plainte, en considérant que cette contrainte d’exploitation s’imposait tout autant aux investisseurs étrangers que nationaux.

²²⁵ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

s'interroger sur l'opportunité de changer d'instance de négociation pour parvenir à un accord général sur l'investissement. Les dispositions qui font le lien entre ces deux branches du droit international économique apparaissent comme davantage techniques et précises et n'ont donc pas justifié une jurisprudence particulièrement audacieuse.

Ce n'est pas le cas d'autres dispositions des nouveaux modèles d'accords bilatéraux relatifs aux investissements. En effet, si les liens entre commerce et investissement sont établis depuis longtemps et pointent vers la direction commune de la libéralisation, il n'en est pas de même pour l'investissement privé au regard de considérations d'intérêt général. Les investissements internationaux peuvent être néfastes au développement des droits des travailleurs ou au maintien d'un environnement sain. De trop nombreux scandales ont montré que les sociétés transnationales pouvaient parfois être complices de graves violations des droits de l'homme. Les arbitres ont vite compris que leur légitimité dépendait de leur capacité à ouvrir le champ du droit des investissements internationaux à de nouvelles préoccupations. La jurisprudence a ainsi ouvert la voie aux traités bilatéraux d'investissement, qui ont tenté d'assurer une meilleure coordination entre les intérêts mercantiles des investisseurs et l'intérêt général des populations des Etats hôtes, voire de la communauté internationale dans son ensemble.

Cependant, même si ces considérations humanitaires sont louables, ce ne sont pas les seules qui ont poussé les Etats à intégrer dans leurs accords relatifs aux investissements des dispositions concernant les droits de l'homme, les droits des travailleurs, la santé ou l'environnement. Il s'agit surtout d'assurer une concurrence libre et loyale sur le marché mondial, en obligeant les entreprises à se soumettre à des standards similaires, évitant ainsi certaines pratiques, notamment de *dumping* social.

En tout cas, on constate que même si le droit international des investissements jouit d'une certaine autonomie, il n'est pas imperméable au droit international général et à ses démembrements, qui pourront avoir une influence décisive sur son développement. Ainsi, si ce sont bien les traités bilatéraux d'investissement qui ont largement contribué à faire le lien entre commerce et investissement (Paragraphe 1) et si la jurisprudence du CIRDI a, quant à elle, ouvert le droit international des investissements à de nouvelles préoccupations plus humaines (Paragraphe 2), c'est bien leur relation qui a permis d'intégrer harmonieusement l'ordre juridique international relatif aux investissements à l'ordre juridique international, montrant que l'affirmation de l'autonomie d'un système ne devait pas se faire au prix de la fragmentation du droit.

PARAGRAPHE 1. L'INTEGRATION DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS AU DROIT INTERNATIONAL ECONOMIQUE

Comme l'explique Dominique Carreau :

« Commerce et investissements entretiennent des relations étroites. (...) il est clair que les échanges commerciaux favorisent les investissements étrangers, tandis que ces derniers contribuent au développement du commerce international »²²⁶.

Or, même si les liens entre commerce et investissements sont établis, il a pour l'instant été impossible d'avoir une approche globale et intégrée du droit international économique. Cela explique qu'il existe aujourd'hui plusieurs régimes parcellaires et apparemment parallèles. Il n'empêche que ces régimes sont portés à se rencontrer et à connaître des interactions. Ainsi, si les rapports entre commerce et investissement ont été mis en lumière en particulier avec l'Uruguay Round (A), on se rend de plus en plus compte que l'investissement est aujourd'hui essentiel à l'ensemble de la conduite de la politique économique (B).

A. Des liens établis entre commerce et investissement

Les liens entre commerce et investissements internationaux²²⁷ ont été mis en pleine lumière lors d'un différend entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada à propos d'une loi canadienne de 1973. Cette prise de conscience s'est accompagnée d'une volonté d'adopter une approche intégrée soumettant les investissements et le commerce à un même régime, qui devait relever de l'Organisation Mondiale du Commerce (1°). Cependant, face aux difficultés auxquelles a été confrontée cette organisation, les traités bilatéraux d'investissement ont pris le relais en intégrant certaines dispositions relevant des rapports entre commerce international et investissement (2°).

²²⁶ D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30, p. 19. V. également F. Weiss, "Trade and Investment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182-223.

²²⁷ F. Weiss, "Trade and Investment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182-223.

1°) La recherche d'un régime intégré de l'investissement et du commerce international

Même si l'investissement fait pleinement partie des préoccupations économiques mondiales, sa réglementation n'a pas semblé initialement susciter l'intérêt des Etats. Certes, la Charte de la Havane²²⁸ prévoyait un volet investissement dans le cadre de l'Organisation internationale du Commerce. L'article 11 mentionnait l'investissement au titre des moyens de favoriser le développement économique et la reconstruction, mais surtout l'article 12 lui était consacré, étant reconnu que :

« les investissements internationaux, tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social »²²⁹ et qu'il convient de les stimuler.

Même si cette disposition insistait tout particulièrement sur la souveraineté de l'Etat en la matière²³⁰, elle les encourageait à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux sur la sécurité des investissements²³¹ et les obligeait à accorder des conditions suffisantes de sécurité dans des conditions non-discriminatoires²³². Les rares pays en développement à l'époque étaient, cependant, opposés à un tel régime dont ils considéraient qu'il était davantage favorable aux pays développés²³³.

Cependant, la question de l'investissement a disparu des négociations internationales suite à l'échec de l'Organisation internationale du commerce. Alors que le domaine monétaire devait être soumis au Fonds Monétaire International – ci-après FMI – et que le commerce relevait finalement du succédané d'organisation internationale qu'était le GATT, l'investissement

²²⁸ V. la Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce et l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, 1948. V. également, not., C. Wilcox, *A Charter for World Trade*, Macmillan Co., New York, 1949, XVIII-334 p. ; R. Plaisant, *L'organisation internationale du commerce*, Pedone, Paris, 1950, 224 p. ; J. E. S. Fawcett, *The Havana Charter*, Stevens, London, 1951, 21 p. ; F. Krappel, *Die Havanna Charta und die Entwicklung des Weltrohstoffhandels*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975, 128 p. ; P. Demaret, "The Metamorphoses of the GATT: From the Havana Charter to the World Trade Organization", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 34, 1996, p. 123 et s. ; J.-C. Graz, *Aux sources de l'OMC : la charte de La Havane, 1941-1950*, Droz, Genève, 1999, XXVI-367 p.

²²⁹ Art. 12, paragraphe 1, a) de la Charte de la Havane.

²³⁰ V. l'art. 12, paragraphe 1, de la Charte de la Havane.

²³¹ V. l'art. 12, paragraphe 1, d), et paragraphe 3, de la Charte de la Havane.

²³² V. l'art. 12, paragraphe 2, de la Charte de la Havane.

²³³ C. Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, Berkeley, 1985, XVII-332 p. ; T. L. Brewer et S. Young, "Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes", *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 3, 1998, pp. 457-470 ; P. S. Watson, J. E. Flynn et C. C. Conwell, *Completing the World Trading System: Proposals for a Millennium Round*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, XXVI-427 p. ; E. C. Nieuwenhuys, *Multilateral Regulation of Investment*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, VI-244 p.

semblait être le grand oublié, aucun régime international global n'étant mis en place et aucune organisation internationale spécifique n'étant créée²³⁴.

Les liens entre commerce et investissements devaient, cependant, vite réapparaître. Dès 1955, une résolution est adoptée dans le cadre du GATT sur les investissements internationaux destinés au développement économique²³⁵, dans laquelle les Parties contractantes encourageaient les Etats à conclure des accords bilatéraux afin d'assurer la protection et de garantir la sécurité des investissements étrangers. Par la suite, l'intégration et la libéralisation de l'économie mondiale ont développé ces liens, « l'investissement étranger [étant] à la fois le produit du commerce international et un facteur de son développement »²³⁶.

Pourtant, les interactions entre commerce et investissement peuvent tourner à l'opposition. En effet, le régime de l'investissement international pourra parfois entrer en contradiction avec les obligations internationales souscrites dans le cadre du GATT ou de l'OMC. Cela se justifie aisément du fait que, l'investissement présentant pour les Etats un intérêt commercial majeur en leur permettant d'améliorer leur balance commerciale, ils vont souvent avoir des politiques très favorables à l'investissement étranger, adoptant des mesures incitatives diverses et même des subventions. Ces mesures, qui se heurtent aux obligations commerciales des pays membres de l'OMC, ont donné lieu à un lourd contentieux sur les aides d'Etats en faveur des investisseurs étrangers.

Ainsi, la question de la coordination des régimes du commerce international et de l'investissement est surtout réapparue lors d'un différend concernant une loi canadienne de 1973 relative aux investissements étrangers, qui contenaient un certain nombre de contraintes d'exploitations, aussi qualifiées d'obligations de résultats ou de réalisation²³⁷. Elles peuvent se définir comme :

« les contraintes que l'Etat d'accueil impose à l'investisseur, en vue de la réalisation des objectifs et priorités du développement économique que cet Etat s'est assigné »²³⁸.

Ces prescriptions de résultat peuvent, par exemple, imposer aux investisseurs d'exporter un certain volume de la production ou les obliger à s'approvisionner au niveau interne, en leur

²³⁴ Certes, la Banque internationale pour la reconstruction et le développement s'est intéressée aux investissements internationaux, mais il ne s'agit nullement de sa mission exclusive et elle n'a pas créé un régime international global relatif à cette question.

²³⁵ CNUCED et OMC, *Business guide to the world trading system*, International Trade Centre / Commonwealth Secretariat, Genève, 1999, XXIV-329 p.

²³⁶ D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30, p. 19.

²³⁷ V. le Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger* (L/5504 – 30S/147), 7 février 1984.

²³⁸ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-215, p. 192.

imposant un certain pourcentage d'achats de produits locaux ou de recours aux services de l'Etat.

Le panel du GATT a ainsi eu à se prononcer sur les obligations d'approvisionnement local contenues dans la loi de 1973 et il considéra que ces obligations étaient contraires au GATT, en particulier à ses dispositions relatives au traitement national²³⁹ ou à l'interdiction des restrictions quantitatives²⁴⁰. Même s'il reconnaît la possible utilité de ces prescriptions de résultat pour un Etat, le Groupe spécial ne peut que les condamner en raison de leur effet sur le commerce :

« Le Groupe spécial est bien conscient que l'incompatibilité avec les dispositions de l'article III:4 n'est pas délibérée – la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ne rendant pas obligatoire la souscription d'engagements –, mais cette pratique s'est développée à mesure que l'administration de la loi évoluait, au point qu'il est aujourd'hui de règle de proposer de tels engagements par écrit à l'appui de la quasi-totalité des grands projets d'investissement (...). Cette évolution s'explique peut-être par le fait que les investisseurs étrangers doivent prouver, de cette façon entre autres, à l'administration canadienne que leurs projets d'investissement apporteront des avantages appréciables au Canada. Le Groupe spécial peut comprendre que les autorités canadiennes soient désireuses d'assurer aux produits et aux fournisseurs canadiens des chances équitables de concurrencer les produits importés. Il estime néanmoins que les prescriptions en matière d'achats qu'il a été chargé d'examiner ne se limitent pas à cet objectif mais tendent à faire pencher la balance en faveur des produits canadiens et entrent ainsi en conflit avec les dispositions de l'article III:4 »²⁴¹.

Cette prise de conscience des interactions entre commerce et investissement a eu pour conséquence une volonté de réglementation des investissements dans le cadre commercial²⁴², qui s'est en particulier exprimé dans le cadre de l'Uruguay Round²⁴³. L'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce²⁴⁴ – appelé accord sur les MIC ou

²³⁹ V. l'art. III du GATT. En particulier, l'art. III:4 se lit ainsi : « Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur ».

²⁴⁰ V. l'art. XI du GATT.

²⁴¹ Paragraphe 6.3 du Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger* (L/5504 – 30S/147), 7 février 1984.

²⁴² F. Weiss, "Trade and Investment" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182-223.

²⁴³ V. la Déclaration ministérielle de Punta del Este, lançant l'Uruguay Round, 20 septembre 1986 : « à la suite d'un examen du fonctionnement des articles sur l'Accord général se rapportant aux effets de restriction et de distorsion des échanges exercés par les mesures concernant les investissements, des négociations devraient élaborer de manière appropriée les dispositions complémentaires qui pourraient être nécessaires pour éviter de tels effets préjudiciables sur le commerce ».

²⁴⁴ T. S. Shenkin, "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 55, 1993, pp. 541-597 ; CNUCED and OMC, *Business Guide to the World Trading System*, International Trade Centre / Commonwealth Secretariat, Genève, 1999, XXIV-329 p. ; CNUCED, *Investment-Related Trade Measures*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, 1999, Genève, VIII-52 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International*

accord TRIMs en anglais – a été adopté après de nombreux débats opposant pays développés et pays en développement et a pour unique objectif l'élimination des contraintes d'exploitation dans le cadre du commerce international. Cet accord interdit aux parties contractantes d'appliquer des mesures concernant les investissements et liées au commerce, qui seraient incompatibles avec les obligations de traitement national²⁴⁵ et d'élimination générale des restrictions quantitatives²⁴⁶ contenues dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce²⁴⁷. Une liste indicative de ces mesures interdites est annexée à l'Accord²⁴⁸ et comprend notamment les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale – à savoir les mesures qui exigent qu'une « entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale »²⁴⁹ – ainsi que les prescriptions relatives à l'équilibre des échanges – qui imposent à une entreprise un ratio strict entre le volume ou la valeur des importations au regard des produits exportés. Ces mesures devront être notifiées, dans un délai variant en fonction du développement de l'Etat en cause²⁵⁰, à un comité spécialement créé – le Comité des mesures concernant les investissements et liées au commerce²⁵¹ – qui est chargé de surveiller la mise en œuvre des engagements. L'application de l'Accord reste, toutefois, encore difficile²⁵². A la fin mai 2012, vingt-neuf différends dans le cadre de l'OMC mettaient en jeu des mesures concernant les investissements et affectant le commerce international²⁵³.

Cependant, une telle interdiction des contraintes d'exploitation reste encore très controversée. En effet, nombre de pays en développement utilisait les investissements étrangers en espérant qu'ils vendraient leurs produits sur le marché international et qu'ainsi, ces pays pourraient obtenir des devises étrangères. Une telle politique est désormais impossible du fait qu'elle est considérée comme affectant le commerce international. Or, plusieurs pays en développement revendiquent l'utilisation de telles prescriptions de résultats au titre de leur stratégie de

Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

²⁴⁵ V. l'art. III du GATT.

²⁴⁶ V. l'art. XI du GATT.

²⁴⁷ V. l'art. 2, paragraphe 1, de l'Accord MIC.

²⁴⁸ V. l'art. 2, paragraphe 2, de l'Accord MIC.

²⁴⁹ V. l'annexe de l'Accord MIC.

²⁵⁰ Le délai est de deux ans pour les pays développés, de cinq ans pour les pays en développement et de sept ans pour les pays les moins avancés (art. 5 de l'Accord MIC). Les pays en développement peuvent également déroger temporairement à leurs obligations, conformément à l'art. XVIII du GATT (v. l'art. 4 de l'Accord MIC).

²⁵¹ V. l'art. 7 de l'Accord MIC.

²⁵² V., par ex., le compte-rendu de la réunion du Comité des mesures concernant les investissements et liées au commerce, soulevant la question de la qualification des mesures adoptées par la Chine, l'Inde, l'Indonésie et le Nigéria.

²⁵³ La plupart des différends étaient en lien avec le secteur automobile. Tous les pays pouvaient être visés, du Brésil au Canada, en passant par la Chine, l'Indonésie, les Communautés européennes, l'Inde ou les Etats-Unis d'Amérique.

développement, affirmant que les pays du Nord ont utilisé ces mêmes mesures pour se développer²⁵⁴.

Il faut, toutefois, noter que cette réglementation reste marginale et n'a nullement vocation à créer un régime de l'investissement international²⁵⁵. Elle appréhende seulement les contraintes d'exploitation dans la mesure où elles faussent les échanges commerciaux. Ainsi, seul le traitement discriminatoire des produits importés et exportés est couvert, la question de l'entrée et du traitement de l'investissement étranger étant exclue de son champ.

Parallèlement, les négociations de l'Uruguay Round ont abouti à un accord concernant le secteur des services, l'Accord général sur le commerce des services ou *General Agreement on Trade and Services* en anglais – ci-après GATS – qui est inclus dans l'Organisation Mondiale du Commerce²⁵⁶. Or, nombre de services nécessitent un investissement international pour être rendu. Le GATS prévoit quatre modes de fourniture :

- « a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre membre ;
- b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre ;
- c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre ;
- d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre »²⁵⁷.

Or, il est évident qu'au moins la présence commerciale occasionne un investissement. La fourniture de services par une société étrangère exerçant des activités dans un pays d'accueil constitue nécessairement un investissement à l'étranger. L'Accord ne prévoit, toutefois, pas la libéralisation des services – et *a fortiori* des investissements. Il impose seulement l'application de la clause de la nation la plus favorisée, les parties devant accorder « immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de toute autre partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux services des fournisseurs de services similaires de tout autre pays »²⁵⁸, sous réserve de possibles exemptions ; ainsi que l'obligation pour les Etats de négocier dans ce domaine. Chaque engagement spécifique de libéralisation est ensuite consigné dans des listes positives de concession. D'autres dispositions, essentielles pour les investissements – comme celles sur la délivrance d'autorisations, licences ou certificats ou celles sur le libre transfert – sont incluses

²⁵⁴ H. J. Chang, *Kicking Away the Ladder*, Anthem Press, Londres, 2002, 187 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

²⁵⁵ D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30.

²⁵⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

²⁵⁷ V. l'art. premier, paragraphe 2, de l'AGCS.

²⁵⁸ V. l'art. II de l'AGCS.

dans l'accord, mais ce régime reste trop parcellaire pour remplacer les traités bilatéraux d'investissement, les engagements concernant exclusivement la libéralisation des services et nullement la protection de l'investissement. De plus, le régime de l'investissement paraît bien plus favorable aux investisseurs, en tout cas dans ses procédures de règlement des différends, le système commercial multilatéral restant soumis au règlement interétatique.

La question de l'investissement est, cependant, réapparue dans le cadre du commerce international, lorsqu'il s'est avéré impossible de mettre en place un régime international multilatéral de l'investissement étranger dans d'autres enceintes de négociation²⁵⁹. L'investissement faisait alors partie des « questions de Singapour », un groupe de travail ayant été établi lors de cette Conférence ministérielle de 1996 pour étudier les liens entre commerce et investissement²⁶⁰. Les négociations devaient débiter après la Conférence de Cancun de 2003 et devaient permettre d'inclure l'investissement dans l'Agenda de Doha. Cependant, en l'absence de consensus, l'investissement a été supprimé du Programme de Doha et la question d'un accord multilatéral dans le cadre de l'OMC a été abandonnée.

Une telle initiative avait pourtant l'intérêt de substituer une approche intégrée aux approches parcellaires et parallèles jusqu'alors adoptées, ce qui pour certains apparaît comme une nécessité²⁶¹. Comme le note Dominique Carreau :

« Il y aurait alors une réconciliation entre le droit du commerce international et celui des investissements directs étrangers. Cette réunification juridique ne ferait que reconnaître la profonde unité des relations économiques internationales »²⁶².

A défaut d'approche globale et intégrée sur le commerce et les investissements, les traités bilatéraux d'investissement n'ont pas abandonné ces questions communes à l'Organisation Mondiale du Commerce, mais ont entrepris de les régler spécifiquement au regard des préoccupations particulières de cette branche du droit international.

²⁵⁹ T. S. Shenkin, "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 55, 1993, pp. 541-597 ; V. Mosoti, "Bilateral Investment Treaties and the Possibility of a Multilateral Framework on Investment at the WTO: Are Poor Economies Caught in Between", *Norhtwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26, 2005, pp. 95-134 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

²⁶⁰ V. le point 20 de la Déclaration ministérielle de Singapour, 1996. V., également, le Rapport du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement au Conseil général de l'Organisation Mondiale du Commerce, WT/WGTI/2, 8 décembre 1998.

²⁶¹ Dominique Carreau constate ainsi « la nécessité d'une réintégration globale des investissements directs étrangers dans le droit international économique à vocation universelle ». V. D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30, p. 21.

²⁶² D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30, p. 30.

2°) La prise en compte d'aspects commerciaux dans les traités bilatéraux d'investissement

Face à l'impuissance de l'OMC à créer un régime intégré de l'investissement et du commerce international, les traités bilatéraux d'investissement ont intégré certaines dispositions concernant ces interactions.

Cela concerne en particulier la question des contraintes d'exploitation ou « *performance requirements* » qui a fait l'objet d'une attention croissante de la part des Etats, ressortant des traités bilatéraux d'investissement. Les dispositions contenues dans les accords relatifs aux investissements n'ont pas ici vocation à appréhender les contraintes d'exploitation dans la mesure où elles faussent les échanges commerciaux, mais bien à assurer le meilleur traitement à l'investisseur étranger, qui ne doit pas être soumis à un traitement moins favorable que l'investisseur national ou ressortissant d'un autre Etat²⁶³.

L'élimination des contraintes d'exploitation est alors apparue comme une nécessité pour atteindre une situation de concurrence loyale entre les investisseurs étrangers et nationaux, qui doivent pouvoir exercer leur activité dans des conditions identiques²⁶⁴. Cette préoccupation, plus récente que celle relative à la protection et à la sécurité de l'investissement, a pris de l'importance ces dernières années, ces contraintes d'exploitations ayant une incidence sur la capacité concurrentielle des opérateurs du commerce international. C'est le cas notamment des contraintes qui imposent des objectifs d'importation ou d'exportation, qui obligent à privilégier les producteurs nationaux pour l'approvisionnement en matières premières ou d'écouler un montant de la production sur les marchés extérieurs.

Ainsi, l'on s'est rendu compte que ces mesures pouvaient être détachées du commerce international et des dispositions sur leur élimination, au-delà des seules mesures concernant les investissements et liées au commerce. Elles ont donc commencé à apparaître dans les traités bilatéraux d'investissement. Ces contraintes d'exploitation résultent souvent de l'inapplication du traitement national dans la phase d'admission, l'Etat d'accueil pouvant assortir l'autorisation d'investissement d'un certain nombre de prescriptions. Deux moyens apparaissaient alors pour éliminer les contraintes d'exploitation : soit étendre le principe du traitement national à l'admission des investissements ; soit interdire les contraintes d'exploitation en elles-mêmes.

²⁶³ V. not., K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 419 et s.

²⁶⁴ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

Aujourd'hui, cette préoccupation est devenue tellement essentielle que la plupart des traités bilatéraux d'investissement contiennent une disposition sur l'interdiction des contraintes d'exploitation, et ce même lorsqu'est imposé le traitement national dans la phase pré-établissement – comme dans le cas du modèle américain. Cela se justifie par la possibilité d'imposer à l'investissement des contraintes postérieurement à l'admission, grâce à l'octroi d'avantages ou au maintien d'avantages octroyés aux investisseurs nationaux. On assiste donc à une généralisation des clauses interdisant les contraintes d'exploitation²⁶⁵.

Ce sont les Etats-Unis d'Amérique qui ont initié cette pratique, alors que les autres modèles restaient jusqu'à récemment silencieux sur la question²⁶⁶. Dès les années 1980, ils prévoyaient l'interdiction des contraintes d'exploitation :

« Neither Party shall impose performance requirements as a condition of establishment, expansion or maintenance of investments owned by nationals or companies of the other Party, which require or enforce commitments to export goods produced, or which specify that goods or services must be purchased locally, or which impose any other similar requirements »²⁶⁷.

Les clauses des traités bilatéraux d'investissement relatives aux « *Performance requirements* » dans les modèles américains se sont affinées et précisées au fil du temps. Alors que le modèle de 1994 ne faisait référence qu'à un nombre limité de pratiques prohibées, qui recoupaient finalement celles incluses dans l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, les modèles de 2004 et de 2012²⁶⁸ visent de nombreuses pratiques condamnables, dépassant de loin le champ de cet accord²⁶⁹. L'Etat ne pourra donc imposer de telles prescriptions à des investisseurs, ni même y subordonner l'octroi ou le maintien d'un avantage. On retrouve, par exemple, l'interdiction des obligations d'exporter un certain volume ou une certaine quantité de produits ou services, d'acheter ou d'utiliser les marchandises produites sur le territoire ou ayant une teneur locale, de lier le volume ou la valeur des importations aux exportations, de limiter la vente des produits ou services sur le territoire, de transférer une technologie particulière²⁷⁰ etc...

²⁶⁵ CNUCED, *International Investment Arrangement: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Publications des Nations Unies, 2006, Genève, XII-98 p.

²⁶⁶ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. V. également R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 82 et s.

²⁶⁷ Art. II (6) du TBI Etats-Unis d'Amérique – Cameroun, 1986. V. également l'art. II(7) du traité conclu avec le Zaïre, Washington, 3 août 1984 ; l'art. II(4) de l'accord avec le Panama (1982) ou l'art. II(5) de l'accord avec le Maroc (1985).

²⁶⁸ Le modèle de 2012 ajoute uniquement un alinéa à la liste des pratiques condamnables du modèle de 2004 : v. l'art. 8, paragraphe 1, h).

²⁶⁹ Comparer l'art. VI du modèle de 1994 et l'art. 8 des modèles de 2004 et de 2012. V. également P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 672 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 419 et s.

²⁷⁰ CNUCED, *Transfer of Technology*, UNCTAD/ITE/IIT/28, Publication des Nations Unies, 2001, Genève, IX-137 p.

Les précautions prises par cette disposition ressortent également des exceptions²⁷¹. En effet, ne seront pas considérées comme des « *performance requirements* » le conditionnement d'un avantage par un Etat en échange de l'obligation de situer sa production sur le territoire, de fournir un service, de former et d'employer des travailleurs, de construire ou d'étendre certaines facilités ou de mener de la recherche et développement sur le territoire. De même, il est pris soin de rappeler que les mesures non discriminatoires qui ne sont pas appliquées de façon arbitraire, qui sont nécessaires pour l'application des lois et règlements ou pour la protection des être vivants, de la flore ou de la santé ou qui ont vocation à préserver les ressources naturelles ne seront pas considérées comme des « *performance requirements* ». Cette disposition, particulièrement précise, est également extrêmement longue et a vocation à régler tous les cas de figure.

Devant l'importance de ces obligations, le modèle américain a consacré une disposition aux mesures non-conformes ou « *Non-Conforming Measures* » qui permet aux Etats de laisser subsister les mesures contraires au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée, à l'interdiction des « *Performance Requirements* » ou au regard des exigences sur la direction et le conseil d'administration²⁷². Ces exceptions pourront donc être maintenues pendant un certain délai. Ces exceptions demeurent, toutefois, assez classiques, les mesures non-conformes au traitement national dans la phase pré-établissement se justifiant par la volonté de préserver certains domaines stratégiques des investisseurs étrangers ; de même, pour le traitement de la nation la plus favorisée, il s'agit de préserver les avantages accordés dans le cadre des organisations régionales ; et pour les mesures non-conformes aux « *Performance Requirements* » et concernant le personnel dirigeant. Ces exceptions sont conformes aux positions en droit international économique et, en particulier, dans le cadre de l'OMC, qui autorise la subsistance de ces mesures dans certains cas. Par ailleurs, certains secteurs d'activité sont exclus de l'application de ces dispositions²⁷³ et c'est notamment le cas des administrations publiques ou du gouvernement²⁷⁴. Cependant, une telle disposition signifie simplement que ces mesures peuvent subsister. Il ne sera pas possible d'en créer de nouvelles. Et celles-ci ont vocation à disparaître à terme.

Dans la même ligne, l'article 15, relatif aux formalités spéciales et aux obligations d'information – « *Special Formalities and Information Requirements* » – autorise les Etats à maintenir des formalités spéciales que doivent remplir les investisseurs²⁷⁵. Sont mentionnés à titre d'exemple l'obligation de résidence ou l'obligation de conduire l'investissement au travers d'une entreprise de droit local. Ces obligations, non considérées comme des

²⁷¹ V. l'art. 8 – *Performance Requirements* – des modèles américains de 2004 et de 2012.

²⁷² V. l'art. 14 – *Non-Conforming Measures* – des modèles américains de 2004 et de 2012.

²⁷³ *Ibid.*, paragraphe 2.

²⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 5.

²⁷⁵ V. l'art. 15 – *Special Formalities and Information Requirements* – des modèles américains de 2004 et de 2012.

« *Performance requirements* », peuvent donc subsister, à condition qu'elles ne nuisent pas à la protection accordée par le traité.

Le Canada a suivi la même démarche que les Etats-Unis d'Amérique et contient une disposition extrêmement longue relative aux prescriptions de résultats²⁷⁶. Elle interdit l'imposition de contraintes d'exploitation de façon générale²⁷⁷ ou en échange de l'octroi d'un avantage²⁷⁸. Une liste exhaustive de ces prescriptions est mentionnée²⁷⁹, comprenant notamment l'interdiction d'imposer un niveau d'exportation, d'achat de contenu local ou de ratio entre les deux ou encore de transférer une technologie²⁸⁰. Certains tempéraments sont ensuite précisés, en particulier au regard des exigences de santé, de sécurité ou d'environnement²⁸¹ ou de certains cas particuliers comme les entreprises d'Etat²⁸².

Les modèles européens, qui semblaient plus réticents à intégrer une disposition spécifique relative à l'interdiction des contraintes d'exploitation, commencent à suivre le même modèle. La France a trouvé une approche équilibrée, en interdisant les contraintes d'exploitation dans le cadre de sa clause de traitement juste et équitable :

« Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue »²⁸³.

Ainsi, même si la France n'inclut pas une disposition spécifique relative aux contraintes d'exploitation, son interdiction de telles mesures a une portée très large, la liste étant longue et non exhaustive.

Le modèle allemand de 2005 intègre, quant à lui, l'interdiction des contraintes d'exploitation dans sa disposition relative au traitement national et au traitement de la nation la plus favorisée :

²⁷⁶ V. l'art. 7 du modèle canadien de 2004 relatif aux Prescriptions de résultat. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 419 et s.

²⁷⁷ V. l'art. 7, paragraphe 1, du modèle canadien de 2004 relatif aux Prescriptions de résultat.

²⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 3.

²⁷⁹ *Ibid.*, paragraphe 5 : « Les paragraphes 1 à 3 ne s'appliquent à aucune autre prescription que celles qui y sont énoncées ».

²⁸⁰ CNUCED, *Transfer of Technology*, UNCTAD/ITE/IIT/28, Publication des Nations Unies, 2001, Genève, IX-137 p.

²⁸¹ V. l'art. 7, paragraphe 2, du modèle canadien de 2004 relatif aux Prescriptions de résultat.

²⁸² *Ibid.*, paragraphe 6.

²⁸³ Art. 4 du modèle français de 2006.

« Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. The following shall, in particular, be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article:

- 1. different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation;*
- 2. different treatment in the event of impediments to the sale of products at home and abroad ; and*
- 3. other measures of similar effect »²⁸⁴.*

La démarche de l'Allemagne est simple : il s'agit de condamner les contraintes d'exploitation dans la mesure où elles aboutissent à un traitement discriminatoire. L'Allemagne fournit une liste d'exemples, nullement exhaustive, laissant ainsi une grande liberté dans la qualification de telles prescriptions.

Le nouveau modèle norvégien contient, quant à lui, une disposition spécifiquement consacrée aux « *performance requirements* ». Cet accord reste, toutefois, sensible à certaines préoccupations, notamment de développement économique, qui peuvent justifier de conserver, pour certains pays en développement, ces engagements spécifiques ou « *performance requirements* », suivant ainsi l'approche adoptée dans le cadre de l'OMC à la Conférence ministérielle de Hong Kong en 2005. Toutefois, le principe demeure l'interdiction des prescriptions de résultat :

« No party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking in connection with the establishment acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of the other Party »²⁸⁵.

Suit une longue liste de mesures interdites, comme, par exemple, l'obligation d'exporter une partie de la production, d'acheter de préférence les biens produits sur le territoire, de restreindre la vente des biens ou services sur le territoire, de transférer la technologie utilisée ou de faire de la recherche et développement sur le territoire, d'engager un certain nombre de nationaux ou de leur donner des participations dans l'entreprise ou encore d'avoir son siège social dans une région spécifique. Toutefois, pour parvenir à davantage de souplesse, ces interdictions seront modulées au regard des besoins de l'autre Etat partie²⁸⁶. Un autre tempérament est prévu au paragraphe 3, autorisant certains engagements spécifiques s'ils répondent à un intérêt public, sont prévus dans la législation nationale et sont pris dans des

²⁸⁴ Art. 3 du modèle allemand de 2005.

²⁸⁵ Art. 8 – « *Performance requirements* » - paragraphe 1, du modèle norvégien, 2007.

²⁸⁶ Dans le commentaire du modèle norvégien d'accord, il est prévu : « *In the model agreement's provision concerning performance requirements, this is indicated by placing all of the performance requirements in the provision in square brackets. The prohibitions in question can be removed according to how the specific economic and legal needs are assessed* » (p. 25).

conditions de transparence et non-discriminatoires. Ces diverses modulations montrent bien que plus que l'interdiction des engagements spécifiques, il s'agit de préserver les conditions de concurrence en imposant l'application du traitement national et l'interdiction des discriminations dans la mise en œuvre de ces engagements.

Il demeure qu'un grand nombre d'accords n'intègrent pas de disposition relative à l'interdiction des contraintes d'exploitation. Il en est ainsi des accords conclus par la Chine²⁸⁷, la Colombie²⁸⁸, mais aussi le Royaume-Uni, la Suisse²⁸⁹ ou encore certains accords conclus par l'Allemagne²⁹⁰. Cela s'explique probablement par le fait que les pays en développement sont encore très critiques à l'égard de l'interdiction des contraintes d'exploitation, considérant que les pays du Nord ont pu profiter de telles prescriptions de résultat, qui les ont probablement aidées à se développer. L'absence d'une telle disposition ne signifie, cependant, pas que les Etats sont libres d'adopter des mesures imposant des prescriptions de résultat, car celles-ci sont souvent contraires, soit à l'Accord sur les MIC, soit à d'autres dispositions des traités bilatéraux d'investissement comme par exemple le traitement national²⁹¹.

La précision et la technicité des dispositions relatives aux prescriptions de résultat n'appelaient pas réellement une interprétation jurisprudentielle, ce qui explique probablement que seules peu d'affaires aient traité de la question. La plupart d'entre elles concernait l'article 1106, qui a la particularité d'inclure une liste exhaustive des prescriptions de résultat interdites. Les tribunaux ont retenu une interprétation littérale et stricte des interdictions mentionnées, rejetant la qualification des prescriptions de résultat pour les mesures qui n'étaient pas strictement mentionnées²⁹². De plus, même lorsque la qualification a été retenue, le Tribunal n'a pas condamné la mesure qui concernait en l'espèce un contrat public²⁹³. La seule affaire traitant des prescriptions de résultat et intervenue sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement concernait l'obligation de jouer 50 % de musique locale sur une radio. Alors que le requérant faisait valoir qu'il s'agissait d'une prescription de résultat comparable à l'obligation d'acheter des produits locaux, le Tribunal a rejeté cette qualification considérant que cette mesure participait à la politique culturelle de l'Etat, pour laquelle celui-ci jouissait d'une certaine marge de manœuvre²⁹⁴. Les tribunaux font donc une application stricte des dispositions, en tentant encore une fois d'être respectueux de la liberté de l'Etat dans la conduite de sa politique.

²⁸⁷ V. le modèle chinois de 2003. V. également récemment le TBI Suisse – Chine, 2009.

²⁸⁸ V., par ex., le TBI Colombie – Pérou 1994.

²⁸⁹ V., par ex., le TBI Chine – Suisse, 2009.

²⁹⁰ V., par ex., le TBI Allemagne – Guinée, 2006.

²⁹¹ CNUCED, *International Investment Arrangement: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Publications des Nations Unies, 2006, Genève, XII-98 p.

²⁹² Sentence CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Canada*, sentence du 10 avril 2001 ; Sentence CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. contre Canada*, sentence du 30 décembre 2002. V. également K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 419 et s.

²⁹³ CIRDI, *ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003.

²⁹⁴ CIRDI, *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence du 14 janvier 2010.

Cette prise en compte d'aspects non strictement relatifs aux investissements dans les traités bilatéraux ne s'arrête pas à la question des contraintes d'exploitation, mais, bien au contraire, contribue à intégrer l'investissement international au cœur de la politique économique.

B. L'investissement international au cœur de la politique économique

La décision d'investir dépendant davantage de considérations économiques que juridiques, l'ordre juridique relatif aux investissements contient un régime complet organisant au mieux les conditions de la rentabilité de l'investissement. Contrairement aux dispositions relatives à la protection, qui accordaient un rôle essentiel aux tribunaux arbitraux pour définir exactement la portée des obligations, les clauses relatives au régime économique sont plus précises et techniques et laissent, dès lors, moins de place à la jurisprudence.

Ce sont donc les traités bilatéraux qui organisent les conditions nécessaires à la bonne conduite de l'investissement, influençant ainsi l'ensemble de la politique économique des Etats. Ainsi, si la rentabilité de l'investissement ne peut être organisée qu'au travers d'une politique monétaire stricte (1°), sa conduite nécessite une approche intégrée (2°).

1°) Le libre transfert, condition nécessaire à la rentabilité de l'investissement

Même si elles ne font pas souvent l'objet d'une attention particulière de la part de la doctrine, les dispositions relatives au transfert font partie des clauses les plus importantes, tant pour l'investisseur²⁹⁵ que pour l'Etat hôte²⁹⁶. Les crises financières, en particulier en Asie et en

²⁹⁵ CNUCED, *Trends in international investment agreements: an overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, 1999, Genève, IX-122 p., pp. 80-82.

²⁹⁶ S. K. B. Asante, "The Concept of the Good Corporate Citizen in International Business", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 4, n° 1, 1989, pp. 1-38 ; F. Mann, *The Legal Aspect of Money*, Clarendon Press, Oxford, 1992, LXIII-599 p. ; R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p. ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 191 et s. ; M. Waibel, "Bit by Bit : the Silent Liberalization of the Capital Account" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 497-518 ; K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p., p. 316 et s.

Argentine, ont rendu cette question encore plus essentielle²⁹⁷. Cet intérêt commun ne doit pas faire oublier l'opposition de leurs points de vue en la matière : alors que pour l'investisseur un droit au libre transfert est essentiel à la rentabilité même de son investissement ; l'Etat hôte doit soumettre un tel droit à des conditions de façon à préserver sa politique de change et sa balance des paiements. Or, en vertu de sa souveraineté, parfois qualifiée de « souveraineté monétaire »²⁹⁸, l'Etat peut choisir son unité monétaire, lui donner sa valeur et son taux de change, la réguler et en limiter, s'il le souhaite, sa conversion ou son transfert. Ainsi, les Etats adoptent souvent des lois concernant le contrôle des changes. Les Etats se sont, cependant, vite rendu compte que la stabilité du système monétaire international devait passer par une coordination de leurs politiques. Le Fonds monétaire international (FMI) a ainsi été créé afin d'établir un cadre de coopération économique concernant le système international de paiements et de change, dans le cadre duquel le Fonds exerce une mission de surveillance et de conseil. Cependant, même si le FMI reconnaît que « le but essentiel du système monétaire international est de fournir un cadre qui facilite les échanges de biens, de services et de capitaux entre nations et qui favorise une croissance économique saine, et qu'un objectif principal est d'assurer de façon continue les conditions saines et ordonnées nécessaires à la stabilité économique », les dispositions du Statut ne sont pas être à même de rassurer les investisseurs et de créer un climat favorable à ces mouvements de capitaux internationaux. Ainsi, si les restrictions de change sont en principe interdites pour les transactions courantes²⁹⁹ dans le cadre du FMI³⁰⁰, elles sont normalement autorisées pour les transactions en capital.

D'autres accords multilatéraux, comme par exemple l'Accord général sur le commerce des services, prévoient également le libre transfert³⁰¹, sous réserve de restrictions destinées à

²⁹⁷ A. Kolo et T. W. Wälde, "Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 205-243 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

²⁹⁸ D. Carreau, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, Editions Cujas, Paris, 1970, 530 p., p. 399 : « Le droit de battre monnaie est l'apanage exclusif de l'Etat moderne. C'est à lui – et à lui seul – qu'il appartient de choisir l'unité monétaire, le signe, qui va circuler sur son territoire : il va lui donner cours légal, voire cours forcé. C'est à l'Etat territorial – et à lui seul – qu'il incombe de modifier la valeur de la monnaie qu'il émet et d'en prescrire les utilisations. Nul ne saurait efficacement paralyser ce pouvoir monétaire de l'Etat par des conventions privées contenant des clauses de garantie ou d'indexation : le souverain pourra toujours les priver d'effet en les annulant – au besoin rétroactivement. Tout ce qui touche à la monnaie relève de l'ordre public. En bref, la compétence monétaire se trouve au centre de la souveraineté de l'Etat. Cette souveraineté monétaire de l'Etat est illimitée dans l'ordre interne ; seul le droit international peut lui apporter des tempéraments ». V. également D. Carreau, "Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés" in P. Kahn, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 399-407.

²⁹⁹ Les Statuts du FMI définissent les transactions courantes comme « les paiements qui n'ont pas pour objet le transfert de capitaux » (article XXX). Une liste indicative est ensuite fournie.

³⁰⁰ V. l'art. VI, Section 3, des Statuts du FMI, qui précisent que : « Les Etats membres peuvent prendre les mesures de contrôle nécessaires pour réglementer les mouvements internationaux de capitaux, mais aucun Etat membre ne peut appliquer lesdites mesures de contrôle d'une manière qui aurait pour effet de restreindre les paiements au titre des transactions courantes ».

³⁰¹ V. l'art. XI de l'AGCS.

protéger l'équilibre de la balance des paiements³⁰². Toutefois, ce régime semble insuffisant pour les investisseurs souhaitant bénéficier d'un libre transfert, tant pour leurs transactions courantes que pour les transactions en capital, et la voie bilatérale a donc pris le relais.

Les accords relatifs aux investissements ont ainsi intégré des dispositions sur le transfert, autorisant l'investisseur à transférer des fonds à l'intérieur de l'Etat en cause mais aussi à l'extérieur³⁰³. L'importance d'une telle disposition justifie qu'aujourd'hui la très grande majorité des traités bilatéraux d'investissement contiennent une telle clause, posant le principe du libre transfert, même si celui-ci est en général conditionné³⁰⁴. Cette liberté n'est alors pas totale et pourra subir des tempéraments, pour protéger la sécurité financière ou les droits des investisseurs.

On peut distinguer deux cas où la question de la libre transférabilité va se poser avec une particulière acuité, à savoir, d'une part, durant le cours normal de la vie de l'investissement et, d'autre part, en cas d'incident, si l'Etat indemnise l'investisseur en cas de violation du traité ou d'expropriation par exemple³⁰⁵. Ces deux cas rendent le libre transfert essentiel, ce qui justifie qu'ils soient en général tous les deux couverts par les clauses des traités bilatéraux d'investissement. La rédaction peut, cependant différer : si une disposition sur le libre transfert est systématiquement incluse qui a une vocation générale³⁰⁶, elle est parfois complétée d'une référence dans la clause relative aux expropriations. Par exemple, dans le modèle américain de 2004, la clause relative aux expropriations prévoit que :

« L'indemnité (...) sera pleinement réalisable et librement transférable »³⁰⁷.

La clause relative au libre transfert détaille, en général, de façon très précise tous les types de transferts³⁰⁸, à l'exception du modèle anglais qui prévoit simplement que :

« Each Contracting Party shall in respect of investments guarantee to nations or companies of the other Contracting Party the unrestricted transfer of their investments and returns. Transfers shall be effected without delay in the convertible currency agreed by the investor and the Contracting Party concerned. Unless otherwise agreed

³⁰² V. l'art. XII de l'AGCS.

³⁰³ CNUCED, *International Investment Arrangement: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Publications des Nations Unies, 2006, Genève, XII-98 p.

³⁰⁴ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p.

³⁰⁵ V. le point III relatif au Traitement, paragraphe 6, des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger, tels que traduits in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. 38, 1992, pp. 757-807 : « Les règles énoncées dans le présent Principe directeur concernant les transferts de capitaux sont également applicables au transfert de toute indemnité versée en réparation de dommages de guerre, de conflit armé, de révolution ou d'insurrection dans la mesure où une telle indemnisation est prévue par la législation en vigueur ».

³⁰⁶ V. l'art. 6, paragraphe 2, du TBI Allemagne – Chine, 2003 : « Chaque Partie contractante garantira aux investisseurs de l'autre Partie contractante le libre transfert de la rémunération et des autres paiements prévus aux Articles 4 et 5 », ceux-ci concernant respectivement l'« Expropriation et indemnité » et l'« Indemnisation des dommages et pertes ».

³⁰⁷ Art. 6, relatif à l'expropriation et à son indemnisation, paragraphe 2, du modèle américain de 2004.

³⁰⁸ R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p.

by the investor transfers shall be made at the rate of exchange applicable on the date of transfer pursuant to the exchange regulation in force »³⁰⁹.

Certains accords ne font que poser le principe du libre transfert en en détaillant les différents types, comme les accords conclus par l'Inde :

« Chaque Partie contractante accordera, en ce qui concerne les investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante, le libre transfert :

- (a) des capitaux et des capitaux supplémentaires destinés à établir, à maintenir ou à développer les investissements ;
- (b) des bénéfices nets d'exploitation, y compris les dividendes et les intérêts au prorata de leur participation ;
- (c) des remboursements d'emprunts en rapport avec les investissements, y compris les intérêts y relatifs ;
- (d) des paiements de royalties et d'indemnités en rapport avec l'investissement ;
- (e) du produit de la vente de leurs parts ;
- (f) des revenus perçus par les investisseurs, soit en cas de vente, soit en cas de vente ou de liquidation partielle ;
- (g) des rémunérations des citoyens d'une des Parties contractantes travaillant au titre d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante »³¹⁰.

Le droit au libre transfert semble alors avoir une valeur absolue.

La plupart des traités prévoient, cependant, le principe du libre transfert, pour ensuite préciser les types de paiements couverts, les taux de changes et les modalités du transfert – celui-ci devant se faire sans retard et au taux de change officiel applicable à la date du transfert – ainsi que les limites à ce droit. Certains accords retiennent des clauses assez générales – comme ceux conclus par les Pays-Bas³¹¹, la Turquie³¹² ou la Suisse. C'est le cas notamment de l'Accord conclu entre la Colombie et le Pérou qui prévoit simplement que :

« 1. Chaque Partie contractante garantit aux ressortissants ou entreprises de l'autre Partie contractante le libre transfert des paiements liés à un investissement, notamment mais non exclusivement concernant :

- a) le capital d'investissement et les réinvestissements effectués conformément aux lois et règlements de la Partie contractante dans laquelle l'investissement est réalisé.
- b) la totalité des bénéfices.
- c) le produit de la vente ou la liquidation totale ou partielle de l'investissement.

³⁰⁹ Art. 6 du modèle du Royaume-Uni de 2006. Cet art. doit, toutefois, être lu conjointement avec l'art. 7 relatif aux exceptions. V., par ex., les art. 6 et 7 du TBI Royaume-Uni – Vietnam, 2002.

³¹⁰ Art. 7 du TBI UE/BL – Inde, 1997. V. également l'art. 7 du TBI Inde – Suisse, 1997 et le modèle indien de 2003.

³¹¹ Le modèle néerlandais de 1997 prévoit simplement que : « *The Contracting Party shall guarantee that payments relating to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without restriction or delay* », puis suit une liste des possibles objets du transfert (art. 5). V. également l'art. 5 du TBI Pays-Bas – Mali, 2003.

³¹² Le modèle turc de 2000 consacre son art. V au transfert en prévoyant que les transferts doivent être libres et effectués de bonne foi et que « *transfers shall be made in the convertible currency in which the investment has been made or in any convertible currency at the rate of exchange in force at the date of the transfer, unless otherwise agreed by the investor and the hosting Party* ».

2. Le transfert s'effectue en devises librement convertibles, au taux de change du marché applicable le jour du transfert, et sans restriction ni retard.
3. Malgré les dispositions du paragraphe précédent, les Parties contractantes pourront restreindre le libre transfert des paiements liés à un investissement en cas de difficultés graves de sa balance des paiements. En toute hypothèse, cette possibilité ne peut s'exercer que pendant une durée limitée, de manière équitable, de bonne foi et sans discrimination »³¹³.

D'autres traités sont bien plus précis et élaborés – comme ceux de la France³¹⁴, de la Norvège³¹⁵, mais surtout du Canada³¹⁶ ou des Etats-Unis d'Amérique. Par exemple, le modèle américain de 2004 commence par poser le principe selon lequel tous les transferts relatifs à un investissement seront effectués librement et sans retard. Il précise ensuite, dans une liste, quels sont les transferts couverts par ce principe, qui peuvent être les apports en capital, les bénéfiques, dividendes, plus-value ou le produit d'une liquidation partielle ou totale, les intérêts, les frais de gestion, les paiements effectués en vertu d'un contrat ou d'un accord de prêt ou encore les paiements résultant d'un différend³¹⁷. Les modalités du transfert sont détaillées dans le paragraphe suivant, celui-ci devant s'effectuer en une « devise librement utilisable, au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert »³¹⁸. Le modèle américain prévoit, enfin, un certain nombre de cas où le droit au libre transfert sera limité ou restera inappliqué :

« Une Partie pourra empêcher un transfert par l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois concernant :

- a) les faillites, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ;

³¹³ Art. 6 du TBI Colombie – Pérou, 1994.

³¹⁴ V. l'art. 7 du modèle français de 2006 : « Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, accorde à ces nationaux ou sociétés le libre transfert :

- a) des intérêts, dividendes, bénéfiques et autres revenus courants ;
- b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1 ;
- c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;
- d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;
- e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 5, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non-discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois ».

³¹⁵ V. l'art. 9 du modèle norvégien de 2007.

³¹⁶ V. l'art. 14 du modèle canadien de 2004 relatif aux « Transferts de fonds ».

³¹⁷ V. l'art. 7, paragraphe 1, des modèles de traités bilatéraux d'investissement des Etats-Unis d'Amérique de 2004 et de 2012.

³¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 2.

- b) l'émission, le négoce ou la transaction de valeurs mobilières, des opérations à terme, des options ou des dérivés ;
- c) les infractions criminelles ou pénales ;
- d) les comptes rendus financiers ou les registres de transfert dans les cas requis pour aider les autorités responsables de l'ordre public ou de la réglementation financière ou
- e) l'exécution d'ordonnances ou de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires ou administratives »³¹⁹.

Parfois même, plusieurs dispositions sont consacrées à cette question, comme c'est le cas dans les traités conclus par l'Allemagne ou l'Union belgo-luxembourgeoise par exemple. Dans le traité entre l'Allemagne et le Swaziland de 1990, l'article 5 prévoyait le principe du libre transfert³²⁰, l'article 7 ses modalités³²¹ et une disposition additionnelle dans un protocole ses limitations³²². Cependant, cette situation est de plus en plus rare, les Etats préférant réunir dans une disposition unique toutes les obligations en matière de transfert³²³. Il demeure, cependant, quelques exceptions, notamment le traité entre le Royaume-Uni et la Colombie, dans lequel une disposition est consacrée au libre transfert, mais où les limitations à ce droit sont évoquées dans l'article relatif aux exceptions, qui précise :

« Where, in exceptional circumstances, payments and capital movements cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Contracting Party, the Contracting Party concerned may take safeguards measures with regard to payments and capital movements.

³¹⁹ *Ibid.*, paragraphe 4.

³²⁰ « Each Contracting Party shall guarantee to nationals or companies of the other Contracting Party the free transfer of payments in connection with an investment, in particular :

(a) of the principal and additional amounts to maintain or increase the investment ;

(b) of the returns;

(c) in repayment of loans;

(d) of royalties and fees for the rights referred to in Article 1(1)(d);

(e) of the proceeds from the liquidation or the sale of the whole or any part of the investment. »

³²¹ « (1) Transfers under 4(2) or (3), under Article 5 or Article 6 shall be made without delay at the applicable rate of exchange.

(2) This rate of exchange shall correspond to the cross rate obtainable from those rates which would be applied by the International Monetary Fund on the date of payment to conversions of the currencies covered into Special Drawing Rights ».

³²² Le Protocole prévoyait que : « (a) A transfer shall be deemed to have been made « without delay » within the meaning of Article 7(1) if effected within such period as is normally required for the completion of transfer formalities. The said period shall commence on the day on which the relevant request has been submitted and may on no account exceed two months.

(b) If and insofar as necessitated by extreme balance of payments difficulties, either Contracting Party may, on the decision of the competent organ, restrict for a limited period the transfer of the proceeds of liquidation in the event of the sale of the whole or any part of the investment ».

³²³ Le modèle allemand de 2005 réunit les obligations en matière de transfert dans un unique article, l'art. 5.

Such measures shall be temporary, non-discriminatory, and of general application; such measures shall not be arbitrary and shall not exceed what is necessary to deal with the difficulties »³²⁴.

Souvent également, des dispositions additionnelles relatives au transfert sont incluses dans un protocole. Il s'agit généralement de limitations ou de précisions. Par exemple, un Protocole attaché à l'Accord de 2009 entre la Suisse et la Chine précise que le libre transfert est soumis, en ce qui concerne la Chine, aux « formalités pertinentes requises par les lois et règlements chinois en matière de contrôle des changes » et de contrôle des devises et qu' :

« un transfert sera réputé avoir eu lieu « sans délai » aux termes de l'art. 5, al. (2), s'il a été effectué dans le délai normalement requis pour l'accomplissement des formalités de transfert. Ce délai commencera à courir le jour où la demande de transfert aura été soumise en bonne et due forme à l'autorité compétente en matière de changes, et n'excédera en aucun cas deux mois »³²⁵.

Le cas de la Chine est, à cet égard, intéressant. La libre transférabilité n'est pas une disposition anodine dans un pays communiste, adhérant à la planification de l'économie. Le strict contrôle exercé par la Chine sur le marché des devises allait à l'encontre de toute disposition relative au libre transfert des capitaux. C'est pourquoi la Chine a, initialement, fait en sorte de limiter la portée d'une telle clause, soit en soumettant le transfert de capitaux à l'application du droit interne³²⁶ ou en prévoyant explicitement le droit de la Chine de contrôler son marché des changes, comme le montre l'accord avec le Royaume-Uni :

« In respect of the People's Republic of China, transfers of convertible currency by a national [...] of the United Kingdom [...] shall be made from the foreign exchange account of the national [...] transferring the currency »³²⁷.

Avec la nouvelle génération de traités bilatéraux d'investissement³²⁸, la libre transférabilité est devenue le principe. Par exemple, l'article 6 de l'accord entre la Chine et l'Allemagne de 2003, prévoit le libre transfert de façon inconditionnelle. Toutefois, cela ne signifie pas qu'aucune exception ne sera admise. Celles-ci sont désormais prévues, non plus dans le corps de l'accord, mais dans un protocole additionnel, qui prévoit, sous la forme d'une

³²⁴ Art. IV « Exceptions » du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010. V. également l'art. 7, paragraphe 2, du modèle de traité bilatéral d'investissement du Royaume-Uni de 2006.

³²⁵ Protocole au TBI Suisse – Chine, 2009. V. également le TBI Suisse – Colombie, 2006.

³²⁶ V., par ex., l'art. 6, du TBI Chine – Finlande, 1984 : « each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations, allow without undue delay [...] to transfer freely in a convertible currency [...] profits, capital gains, dividends ».

³²⁷ Art. 6, paragraphe 4, du traité entre la Chine et le Royaume-Uni.

³²⁸ V., pour commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

« *grandfather-clause* » le maintien du contrôle du système des changes, mais également son abandon progressif. La Chine ne pourra donc introduire de nouveaux contrôles³²⁹.

Le cas de la Chine montre, en tout cas, que le libre transfert n'est pas évident pour les pays émergents ou pour les pays en développement et que certaines restrictions s'imposent. Par exemple, le modèle colombien de 2008 prévoit de nombreuses précautions et après avoir posé le principe du libre transfert et ses modalités, précise que :

« 3. Notwithstanding the provisions of this Article, a Contracting Party may condition or prevent transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its laws relating to :

a. Bankruptcy proceedings, company restructuring or insolvency ;

b. Compliance with judicial, arbitral or confirmed administrative verdicts or awards ;

c. Compliance with labour or tax obligations ;

4. With respect to the obligations under this Article, Colombia maintains its central bank and governmental powers and attributions to adopt measures in conformity with applicable law, including Law 9 of 1991 and Law 31 of 1992, or other regulations, in order to ensure currency stability and normality in internal and external payments, granting for these purposes powers to regulate the amount of credit and money supply, execution credit operations and foreign exchange, as well as to issuing regulations on monetary, credit, financial and foreign exchange.

These measure include, among others, the establishment of requirements restricting or limiting payments and transfers (capital movement) to or from each Party, as well as operations related thereto, such as establishing that deposits, investments or credits for or from the foreign market be bound to maintaining mandatory reserves or deposits (...).

5. Notwithstanding the provisions of this Article, each Party, in circumstances of serious difficulties in its balance of payments, or threats thereof, may exercise equitably, on a non-discriminatory manner and in good faith, powers granted under its law to restrict or delay transfers ».

Cette disposition montre à quel point la politique monétaire et la question du libre transfert sont essentiels au développement et à la politique économique de façon générale. Dès lors, on comprend que le droit international de l'investissement soit ancré dans le droit international économique et qu'à défaut d'un régime complet et global, les traités bilatéraux d'investissement dépassent leur seul champ naturel pour s'intéresser à des questions diverses, qui sont en tout cas essentielles pour créer un climat favorable à l'investissement international.

³²⁹ S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall-The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *Bepress Legal Series*, 1928, 2007, 41 p., pp. 35-36.

2°) Une approche intégrée de l'investissement international

L'investissement international nécessite une politique globale volontaire de la part des Etats, dépassant sa stricte réglementation ou sa protection. Cela ressort clairement de l'approche adoptée par les organisations économiques régionales. C'est le cas, par exemple, de l'ALENA ou du Traité sur la Charte de l'Energie ; mais surtout de l'Union européenne qui se fonde sur les quatre libertés de circulation – des marchandises, des services, des capitaux et des personnes – et sur la libre concurrence³³⁰. Ces approches intégrées semblent seules à même d'organiser efficacement la politique économique. Cependant, une approche universelle fonctionnant sur le même modèle est aujourd'hui impossible et il faut donc se contenter d'approches parcellaires. Mais tout l'intérêt de cette comparaison ressort de la conclusion qu'une politique d'investissement ne peut être menée par la seule réglementation des investissements, mais qu'il faut que les Etats organisent leur politique économique de façon globale.

Si les liens entre commerce, services et investissement ont été en grande partie organisés, la politique d'investissement nécessite de mettre en place, dans une certaine mesure, la liberté de circulation des travailleurs. Les Etats disposent, en vertu de leur souveraineté, d'une compétence discrétionnaire pour autoriser l'entrée et le séjour des personnes sur leur territoire. Or, la bonne conduite d'un investissement nécessite un personnel compétent³³¹. A défaut d'un régime général organisant le libre-établissement des personnes, les traités bilatéraux d'investissement intègrent aujourd'hui souvent des dispositions concernant le « personnel d'encadrement » ou « *key personnel* » en anglais. Ces personnes bénéficieront, en vertu de l'accord, du droit de s'établir sur le territoire de l'Etat hôte. Ce droit n'est, bien évidemment, pas inconditionnel et les autorisations pourront être refusées, en particulier pour des raisons de sécurité³³².

Une telle clause est en tout cas très souvent incluse. Les Principes directeurs de la Banque mondiale en expliquent bien la portée :

³³⁰ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

³³¹ CNUCED, *Trends in international investment agreements: an overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, 1999, Genève, IX-122 p., p. 81.

³³² Par ex., le TBI France – Jordanie de 1978 prévoyait, dans son art. 2, que « chaque Partie contractante peut refuser des autorisations d'entrée ou de travail pour des raisons de sécurité », précisant que « les mesures arrêtées pour des raisons de sécurité seront prises de bonne foi, seront équitables et non-discriminatoires ». Même si cette condition n'est, en général, pas reprise, elle semble devoir s'appliquer dans tous les cas.

« chaque Etat (...) autorise l'emploi de personnel étranger dans la mesure où des raisons d'efficacité le commandent. Si un Etat peut exiger de l'investisseur étranger d'établir son incapacité à recruter sur place le personnel dont il a besoin, notamment par voie d'annonces locales, avant de faire appel à du personnel étranger, la souplesse du marché du travail apparaît en ce domaine comme en d'autres comme un élément important d'un climat favorable à l'investissement. Particulièrement importante à cet égard est la liberté reconnue à l'investisseur de pourvoir aux postes de direction sans considérations de nationalité »³³³.

Il existe une gradation dans la force de ce droit d'établissement en fonction du modèle d'accord. Dans le cas du modèle français de 2006, il s'agit d'une simple obligation de moyen, les Etats s'engageant seulement, dans le cadre de leur obligation de traitement juste et équitable, à examiner avec bienveillance et dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée, ainsi que les autorisations de séjour et de travail des ressortissants de l'autre Partie en lien avec un investissement réalisé sur leur territoire³³⁴.

Le modèle norvégien, quant à lui, contient une disposition relative au « *key personel* » ou personnel clé, qui oblige les Etats à octroyer de façon bienveillante les permis de séjour et de travail aux personnes disposant d'une certaine expertise nécessaire à la mise en œuvre de l'investissement, ainsi qu'à leurs époux et enfants mineurs. Il en est de même dans les traités conclus par la Chine³³⁵, qui prévoient en particulier l'octroi de visas et de permis de travail³³⁶. Certains accords ne qualifient plus les personnes en faisant référence au personnel clé ou au personnel de direction. L'investisseur semble avoir ainsi un choix discrétionnaire pour tous ses employés. Ce fut d'abord le cas dans les traités conclus par les Etats-Unis d'Amérique, et ce dès les années 1980. Ainsi, dans le traité bilatéral entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Egypte, il est prévu que :

« (a) Subject to the laws relating to the entry and sojourn of aliens, nationals of either Party shall be permitted to enter and to reside in the territory of the other Party for the purpose of establishing, developing, directing, administering or advising on the operations of an investment to which they or the companies that employ them have committed or are in the process of committing a substantial amount of capital or other resources.

(b) Nationals and companies of either Party, and their companies which they own or control in the territory of the other Party, shall be able to engage the managing

³³³ Point III relatif au Traitement, paragraphe 5, des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger, tels que traduits in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807.

³³⁴ V. l'art. 4, relatif au traitement juste et équitable, du modèle français de traité bilatéral d'investissement de 2006. V. également l'art. 2, paragraphe 4, du TBI Allemagne – Chine, 2003.

³³⁵ V., pour commentaire du modèle chinois, A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.

³³⁶ V. l'art. 2 – « *Promotion and Protection of Investment* » – paragraphe 4 du modèle chinois de 2003 : « *Subject to its laws and regulations, one Contracting Party shall provide assistance in and facilities for obtaining visas and working permits to nationals of the other Contracting Party* ».

director of their choice. Further, subject to employment laws of each Party, nationals and companies of either Party shall be permitted to engage, within the territory of the other Party, professional and technical personnel of their choice, for the particular of rendering professional, technical and managerial assistance necessary for the planning and operation of investments »³³⁷.

Dans leur modèle de 2004, les Etats-Unis d'Amérique ne font plus référence au droit d'entrée et de séjour du personnel employé par l'investisseur. Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée s'appliquant à la phase pré-établissement, les investisseurs étrangers sont soumis aux mêmes obligations en la matière que les investisseurs nationaux. Il est simplement précisé, concernant les cadres supérieurs et le conseil d'administration, qu' :

« 1. Aucune des Parties ne pourra obliger une entreprise de l'autre Partie, laquelle constitue un investissement couvert, à nommer à des postes de cadres supérieurs des personnes physiques d'une nationalité.

2. Une partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise qui constitue un investissement couvert soit d'une nationalité donnée, ou réside sur son territoire, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante la capacité de l'investisseur d'exercer un contrôle sur son investissement »³³⁸.

Cette disposition n'a donc nullement pour objet de libéraliser le droit d'entrée ou de séjour des personnes en lien avec l'investissement. Elle est plutôt à lire au regard de l'interdiction des contraintes d'exploitation et a pour objet d'éviter que l'Etat n'interfère trop dans la conduite de l'investissement. Toutefois, un Etat pourra demander que, parmi le Conseil d'administration, une majorité de personnes soit de sa nationalité ou réside sur son territoire, à condition que cela ne mette pas en jeu le contrôle de l'investisseur sur son investissement. Ce tempérament montre la volonté des Etats de maintenir le contrôle des investissements sur leur territoire, d'autant plus que ces investissements peuvent intervenir dans des domaines considérés comme essentiels pour la population.

Les accords suivant le modèle européen continuent, quant à eux, d'intégrer une telle disposition. Dans le traité entre la Suisse et la Chine, il est prévu que :

« Lorsqu'elle aura admis un investissement sur son territoire, chaque Partie contractante délivrera, conformément à ses lois et règlements (...) les autorisations requises pour le personnel choisi par l'investisseur »³³⁹.

³³⁷ Art. II, paragraphe 5, du TBI Etats-Unis d'Amérique – Egypte, 1982. V. également R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p.

³³⁸ Art. 9 du modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis d'Amérique de 2004. V. également l'art. 6 du modèle canadien de 2004. Le troisième paragraphe de l'art. 6 prévoit, toutefois, que : « Sous réserve de ses lois, règlements et politiques relatives à l'admission des étrangers, chacune des Parties accorde l'autorisation de séjour temporaire aux ressortissants de l'autre Partie engagés par un investisseur de celle-ci comme dirigeants, cadres ou experts, et qui se proposent de fournir des services à un investissement fait par cet investisseur sur son territoire ».

³³⁹ Art. 3 du TBI Suisse – Chine, 2009.

L'Allemagne évoque la question au titre de sa clause sur le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, montrant ainsi le lien entre la discrimination et le fait d'empêcher un investisseur d'employer les personnes de son choix, quelle que soit leur nationalité :

*« The Contracting State shall within the framework of their national legislation give sympathetic consideration to applications for the entry and sojourn of persons of either Contracting State who wish to enter the territory of the other Contracting State in connection with an investment ; the same shall apply to employed persons of either Contracting State who in connection with an investment wish to enter the territory of the other Contracting State and sojourn there to take up employment. Where necessary, applications for work permits shall also be given sympathetic consideration ».*³⁴⁰

Les accords conclus par l'Inde contiennent, quant à eux, une disposition spécifique relative à l'entrée et au séjour du personnel, qui prévoit que :

*« Chacune des Parties contractantes autorisera, conformément à ses lois et à sa politique en matière d'entrée et de séjour de non-résidents, le personnel de commande et le personnel spécialement qualifié sur le plan technique (y compris le personnel de formation) employés par des investisseurs de l'autre Partie contractante, à entrer sur son territoire et à y séjourner pour une période donnée aux fins d'entamer des activités liées à la réalisation et à l'exploitation des investissements »*³⁴¹.

Au-delà des personnes nécessaires à la bonne conduite de l'investissement, il faut aussi que les droits de l'investisseur soient protégés, en particulier ses droits de propriété intellectuelle³⁴². Une telle protection ressort de la lecture des accords³⁴³. Certains accords font simplement référence aux droits de propriété intellectuelle dans leur définition de l'investissement³⁴⁴, alors que d'autres sont bien plus précis. Sont ainsi souvent mentionnés dans les traités bilatéraux d'investissement les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que les brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, les noms déposés et la clientèle)³⁴⁵.

³⁴⁰ Art. 3, paragraphe 6, du modèle allemand de 2005. Voir également l'article III (3) du modèle turc de traité bilatéral d'investissement (2000).

³⁴¹ Art. 11 du TBI UEBl – Inde, 1997. V. également l'art. 11 du modèle indien de 2003.

³⁴² CNUCED, *International Investment Arrangement: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Publications des Nations Unies, 2006, Genève, XII-98 p.

³⁴³ J. F. Morin, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, Publications du Centre International UNISFERA, Montréal, 2003, 9 p. ; S. Kallel, "Droit de l'investissement et propriété intellectuelle" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 53-60.

³⁴⁴ V. la définition de l'investissement à l'art. premier du modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis d'Amérique de 2004, à l'art. premier du modèle du Royaume-Uni de 2006 et l'art. 2 du modèle norvégien de 2007. V. également l'art. premier du TBI Colombie – Pérou, 1994 ; l'art. premier du TBI UEBl – Inde, 1997.

³⁴⁵ V., par ex., le traité bilatéral d'investissement entre la France et la Tunisie, Paris, 20 octobre 1997, ou entre le Canada et l'Égypte, 3 novembre 1997. La même formule est reprise à l'article premier du modèle français de 2006 et du modèle colombien de 2008.

Récemment, dans un traité conclu par la Suisse en 2009, il est fait référence dans la définition de l'investissement aux

« droits d'auteur, [aux] droits de propriété industrielle (tels que brevets, modèles d'utilité, dessins ou modèles industriels, marques de fabrique ou de commerce, marques de service, noms commerciaux, indications de provenance), [au] savoir-faire et [à] la clientèle »³⁴⁶.

Parfois même, il est fait référence aux droits de propriété intellectuelle dans les dispositions relatives à la protection, comme c'est le cas dans les Principes directeurs de la Banque mondiale :

« Dans tous les cas, les droits de l'investisseur touchant la propriété de ses biens, l'usage qu'il en fait et les bénéfices substantiels qu'il en tire, y compris ceux qui relèvent de la propriété intellectuelle, sont pleinement protégés »³⁴⁷.

Une telle inclusion a pour objet de protéger les résultats des investissements réalisés, en encourageant les activités de recherche-développement. Pourtant, il existe d'autres enceintes spécialement chargées de la propriété intellectuelle, comme en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), créée en 1967, et dans une moindre mesure l'OMC. En effet, un Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ou ADPIC a été adopté à Marrakech le 15 avril 1994³⁴⁸. Cet accord conclu dans le cadre de l'OMC n'a pas pour objet la libéralisation des échanges, mais il la facilite en organisant un régime assez complet de protection des droits de propriété intellectuelle dans le système OMC. Comme le rappelle le préambule, il s'agit de :

« faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime ».

L'Accord a ainsi vocation à créer un cadre multilatéral, dans lequel les règles et principes seraient mieux définis. Les grands textes internationaux en la matière, comme la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des

³⁴⁶ Art. premier, paragraphe 1 (d) du TBI Suisse – Chine, 2009. Le modèle chinois de 2003 fait, quant à lui, référence aux : « *intellectual property rights, in particular copyrights, patents, trade-marks, trade-names, technical process, know-how and good-will* ». V. également le TBI Allemagne – Chine, 2003.

³⁴⁷ Point III relatif au Traitement, paragraphe 3, des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger, tels que traduits in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807.

³⁴⁸ M. J. Ferrantino, "The Effect of Intellectual Property Rights on International Trade and Investment", *Review of World Economics*, vol. 129, n° 2, 1993, pp. 300-331 ; CNUCED and OMC, *Business Guide to the World Trading System*, International Trade Centre / Commonwealth Secretariat, Genève, 1999, XXIV-329 p. ; K. E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Peterson Institute, Washington, 2000, XVII-266 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p. ; F. Abbott, *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of US Federal Law*, CNUCED, Genève, 2011, VIII-28 p.

organisations de radiodiffusion, la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, sont ainsi réunis dans un même ensemble, qui jouira en plus des avantages de l'OMC, en particulier de son mode de règlement des différends et de son système de sanction.

On comprend alors l'intérêt d'inclure dans la définition de l'investissement les droits de propriété intellectuelle. Les investisseurs sont ainsi garantis de jouir de la plus haute protection, tout en ayant à leur disposition un mécanisme de règlement des différends auquel ils ont accès personnellement. Il faut, cependant, noter que les accords relatifs à la propriété intellectuelle – et *a fortiori* les traités bilatéraux d'investissement qui en reprennent l'essentiel – ont fait l'objet d'un certain nombre de critiques, en particulier du fait de leurs possibles effets néfastes sur le développement économique, social et environnemental³⁴⁹. En tout cas, les Etats hôtes se retrouvent soumis à des coûts très importants d'accès aux technologies, ce qui ne favorise nullement leur transfert³⁵⁰.

L'investissement international est ainsi plongé au cœur de la politique économique des Etats. Or, ceci n'est pas sans conséquence sur l'ensemble de la politique menée, comme le montre la volonté de préserver la libre concurrence³⁵¹ ou l'interdiction du dumping social par exemple. Ainsi, l'influence exercée par l'investissement, loin de se cantonner au domaine économique, ouvre de nouvelles portes sur d'autres domaines, considérés comme plus humanitaires, ce qui fait du droit international des investissements un moteur du droit international général. Cette ingérence consentie sur la politique des Etats va jouir d'une grande effectivité. Les instruments du droit international économique seront alors mis à la disposition des droits de l'homme, des droits du travailleur ou de l'environnement.

PARAGRAPHE 2. DE NOUVEAUX STANDARDS, VECTEURS D'INFLUENCE DE LA POLITIQUE DES ETATS

Les droits de l'homme n'ont, pendant longtemps, pas trouvé naturellement leur place en droit international des investissements. Traditionnellement – et logiquement – absents des traités bilatéraux d'investissement, le Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement n'évoque

³⁴⁹ J. F. Morin, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, Publications du Centre International UNISFERA, Montréal, 2003, 9 p. ; S. Kallel, "Droit de l'investissement et propriété intellectuelle" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 53-60.

³⁵⁰ CNUCED, *Transfer of Technology*, UNCTAD/ITE/IIT/28, Publication des Nations Unies, 2001, Genève, IX-137 p.

³⁵¹ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

même pas la question. Pourtant, c'est bien au sujet de ce dernier projet qu'ils vont faire leur apparition dans le débat, certains³⁵² regrettant justement le silence de l'accord sur les questions d'environnement ou les questions sociales³⁵³. Or, il est apparu que les investissements pouvaient avoir un impact profondément négatif sur l'environnement, les droits de l'homme ou les droits sociaux.

Le droit international des investissements est ainsi aujourd'hui traversé par des préoccupations humanitaires, le respect de la personne humaine et de ses droits surpassant parfois les droits économiques de l'investisseur. Ainsi, même si nombre d'instruments internationaux s'attachent à la protection des droits de l'homme au niveau international, le droit des investissements apparaît aujourd'hui comme un vecteur d'influence privilégié. L'individu acquiert dès lors sa place dans le jeu de l'investissement³⁵⁴, qui comptait jusqu'alors trois joueurs – l'investisseur, l'Etat de nationalité et l'Etat d'accueil³⁵⁵. Il intervient à chacune des phases, allant de la formation du droit³⁵⁶ au règlement des différends avec l'admission d'*amici curiae*.

Cependant, l'inclusion d'une obligation de respect de l'environnement, des droits sociaux ou des droits de l'homme n'a pas vocation à s'appliquer – uniquement – aux investisseurs étrangers, mais surtout à l'Etat d'accueil. Dès lors, l'inclusion ne semble pas naître seulement de préoccupations humanistes, mais est davantage liée à la volonté de préserver une concurrence libre et loyale³⁵⁷.

Peu importe la motivation sous-jacente, il semble dans tous les cas que le champ du droit international des investissements s'élargisse (A), faisant de ce droit un élément d'évolution du droit international général (B).

³⁵² SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Pedone, Paris, 1999, 140 p., p. 120 et 127. Catherine Lalumière reprenait en particulier la position des syndicats et des organisations non gouvernementales.

³⁵³ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109.

³⁵⁴ P. Juillard, "Conclusions générales" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 315-323 ; F. Marrella, "L'individu et le droit international économique" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 191-238.

³⁵⁵ K.-H. Böckstiegel, "Arbitration of Foreign Investment Disputes - An Introduction" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 125-131.

³⁵⁶ Par ex., la société civile a été largement consultée pour l'élaboration du modèle américain de 2004, des syndicats tant patronaux qu'ouvriers, de même que des associations de producteurs et de consommateurs ayant pu s'exprimer sur l'accord. On constate d'ailleurs que celui-ci est beaucoup moins protecteur des intérêts du monde des affaires que les précédents modèles.

³⁵⁷ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

A. Une attraction naturelle des droits de l'homme dans le champ du droit international des investissements

Même si les droits de l'homme semblent assez éloignés de la question de l'investissement, qui relève avant tout de considérations économiques, ceux-ci ont pu trouver spontanément leur place en droit international des investissements, en particulier lorsqu'ils profitent à l'investisseur. En effet, les traités bilatéraux comprennent parmi les droits consacrés aux investissements des références implicites aux droits de l'homme, ce dernier étant incarné dans la personne de l'opérateur économique faisant l'investissement (1°). Mais même en dehors de ce cas assez naturel, les droits de l'homme, entendus comme cette fois les droits d'une population, ont également envahi le droit international des investissements, notamment du fait de la pression de l'opinion publique, qui ne pouvait rester insensible à un certain nombre de scandales (2°).

1°) Un investisseur jouissant des droits de l'homme

Il est incontestable que la personne de l'investisseur doit bénéficier d'un certain nombre de droits que l'on peut qualifier de droits de l'homme. Cette préoccupation lointaine n'a cessé de s'affirmer et ressort ces dernières années des traités bilatéraux d'investissement, dont l'objet principal est la défense de la propriété et la protection des investissements.

La question du traitement des étrangers, reconnue depuis longtemps dans l'ordre juridique international, n'avait, en effet, d'autre vocation que d'assurer qu'un minimum de droits, considérés comme fondamentaux, soient accordés aux étrangers³⁵⁸. Le standard minimum de traitement³⁵⁹, norme coutumière incontestée, constitue d'ailleurs l'expression même de ces droits de l'homme incompressibles qui doivent systématiquement être accordés. Même si son

³⁵⁸ V. *supra*, p. 544 et s. V. également A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, III, 1932, pp. 323-412.

³⁵⁹ V. également E. Borchard, "The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461 ; A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, AW Sijthoff, Leyde, 1949, 194 p. ; A. Falsafi, "The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property : A Contingent Standard", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 317-363 ; A. Alvarez Jiménez, "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case Before the International Court of Justice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 1, 2008, pp. 51-70.

contenu est incertain, ce standard fait l'objet d'une reconnaissance unanime assurant ce minimum de droits aux investisseurs internationaux.

Les traités bilatéraux, qui ont comme vocation principale de protéger les investissements et les investisseurs et de leur reconnaître des droits, ne sont pas restés silencieux sur les droits de l'homme reconnus à l'investisseur³⁶⁰. Les traités d'investissement sont donc considérés eux-mêmes comme un cas particulier de traité relatif aux droits de l'homme :

« *the investment treaties (including the ECT) bestow direct rights on non-state actors. This is a relatively new phenomenon in international law and reinforces the view that investment treaties can perhaps be conceptualized as a special type of "human rights treaties"»*³⁶¹.

La question de l'attribution de droits par des traités internationaux à des personnes privées soulève à nouveau la question de la personnalité juridique des investisseurs³⁶², d'autant plus que ces droits matériels s'accompagnent de la possibilité pour les investisseurs de bénéficier des clauses d'arbitrage contenues dans les traités pour le règlement des différends entre Etats et investisseurs³⁶³. Sans pouvoir répondre à cette question dans le cadre de cette étude, il convient de noter qu'une grande partie de la doctrine commence à percevoir l'investisseur comme sujet de droit international public³⁶⁴. Florence Poirat fait, elle aussi, le lien avec le statut de l'individu lorsque sont en jeu les droits de l'homme :

« l'évolution du droit conventionnel dans le registre des investissements internationaux contribue très largement à faire de la personne privée, sujet de droit interne, un sujet de droit international ayant une personnalité et une capacité

³⁶⁰ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109.

³⁶¹ T. W. Wälde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 193-236, p. 199.

³⁶² L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maastricht, 2007, pp. 791-852.

³⁶³ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 309 : « On est bien dans le cas de figure de l'individu qui se réclame des droits qu'il tire d'un instrument international, ici le traité, qui attrait l'Etat devant une juridiction que l'on peut dire internationale ». V. également Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, 2003, pp. 151-289.

³⁶⁴ V. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2006, XXVII-849 p., p. 634 : « la doctrine commence à percevoir dans une telle évolution l'émergence de l'entreprise privée comme sujet de droit international public. Lorsqu'on rapporte en effet cette évolution procédurale à la question substantielle du droit applicable prévu par les conventions bilatérales et multilatérales précitées, on constate qu'il s'agit le plus souvent du droit international (...). Jointe à l'invocabilité directe de l'arbitrage précédemment décrite, cette phase nouvelle du remembrement coutumier du droit international des investissements pourrait ainsi parvenir à la confirmation de l'existence d'un « droit international des contrats » entre Etat et personne privée étrangère dont la sentence *Texaco*, pourtant si décriée sur ce point, s'était fait l'apôtre ». V. également P.-M. Dupuy, "Sur les rapports entre sujets et "acteurs" en droit international contemporain" in L. C. Vohrah, *Man's Inhumanity to man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 261-278 ; P.-M. Dupuy, "Retour sur la théorie des sujets du droit international" in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, Naples, 2004, pp. 71-85 ; P. Daillier, M. Forteau, et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p.

internationales. Se dessine ainsi nettement la même évolution que celle qui informe le droit conventionnel dans le cadre de la protection des droits de l'homme : la personne privée, « homme » ou « investisseur » passe du statut international d'objet à celui de sujet capable »³⁶⁵.

Le droit fondamental reconnu en droit international des investissements est bien évidemment le droit de propriété. Comme le note Mohamed Bekhechi, les traités bilatéraux d'investissement organise un régime de responsabilité de l'Etat

« conçu comme l'expression d'une nécessité de défense d'un intérêt international pour la protection des droits de l'homme, la propriété en faisant partie »³⁶⁶.

Pourtant, le statut de ce droit continue à faire débat :

« le droit de propriété est un droit contesté dans sa nature même : droit économique pour les uns, droit civil pour d'autres, son caractère même de droit de l'homme prête à discussion selon qu'on considère, ou non, que la propriété privée est essentielle à l'existence de l'individu. Le sort du droit de propriété dans le corpus international reflète cette incertitude »³⁶⁷.

Il demeure que le droit de propriété est affirmé dans de nombreux instruments internationaux. En particulier, l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que :

- « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.
2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ».

On le retrouve également à l'article 21 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Cette reconnaissance n'est, toutefois, pas systématique, certains instruments relatifs aux droits de l'homme restant silencieux sur la question, comme le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950³⁶⁸ – même si le premier protocole additionnel remédie à cette lacune. Le droit de propriété n'est pas comme les autres droits de l'homme, sa reconnaissance ayant été soumise à de nombreuses controverses dogmatiques et politiques, de même que son application pose problème lorsqu'on le confronte à l'application d'autres principes fondamentaux. En effet, ce droit peut

³⁶⁵ F. Poirat, "L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 45-84, p. 74.

³⁶⁶ M. A. Bekhechi, "Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents" in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 109-124, p. 118.

³⁶⁷ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2010, 925 p., p. 446.

³⁶⁸ B. Stern, "Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la convention européenne des droits de l'homme", *Droit et Pratique du Commerce International*, vol. 17, n° 3, 1991, pp. 394-425 ; L. Condorelli, "Premier Protocole additionnel. Article 1" in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 971-997.

être reconnu de façon plus ou moins absolue et devra être soumis à arbitrage lorsqu'il s'oppose à d'autres droits.

Les traités bilatéraux d'investissement retiennent probablement l'une des définitions les plus absolues du droit de propriété, soumettant systématiquement les expropriations tant directes qu'indirectes à de nombreuses conditions. La reconnaissance très ferme du droit de propriété ne pouvait entraîner qu'une reconnaissance extensive par les arbitres qui dans leur jurisprudence relative aux expropriations ont souvent privilégié la reconnaissance de l'atteinte au droit de propriété sur l'intérêt public qui pouvait ressortir des motivations ayant conduit à l'expropriation. C'est ce qu'on appelle la doctrine de l'effet unique, qui ne s'attache qu'au seul impact économique subi par le droit de propriété de l'investisseur et non pas aux autres intérêts en jeu³⁶⁹. Comme le note Lahra Liberti :

« La finalité poursuivie par l'Etat, bien que légitime, n'a pas joué dans les arbitrages en matière d'investissements ni pour neutraliser l'effet d'équivalence dans la détermination de la réparation »³⁷⁰.

Seule l'affaire *Tecmed* semble s'éloigner de cette prédominance du droit de propriété en appliquant le principe de proportionnalité – conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – pour vérifier si un juste équilibre a été trouvé entre droit de propriété et poursuite de l'intérêt général³⁷¹.

Cette reconnaissance des droits de l'homme dans les traités bilatéraux d'investissement ne s'arrête pas au domaine économique et concernera le traitement global accordé à l'investissement. Par exemple, on considère que les investisseurs jouissent également de la protection de leur vie privée et de la liberté d'expression³⁷². En particulier, le standard du traitement juste et équitable, même si son contenu reste flou, est considéré unanimement comme renfermant en lui le droit à un procès équitable. L'interdiction du déni de justice

³⁶⁹ V., par ex., CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000, paragraphe 103 ; Sentence CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. contre Canada*, sentence du 26 juin 2000, paragraphe 96. V. également S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563.

³⁷⁰ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, p. 811. V., par ex., CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000 ; et CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000. V. également R. Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64-93 ; Y. Nouvel, "Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *RGDIP*, vol. 106, n° 1, 2002, pp. 79-102.

³⁷¹ CIRDI, *Tecnicas Medioambientales TecMed S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003, paragraphes 122 et 123 : « *There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. (...) The European Court of Human Rights has defined such circumstances as follows : Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized (...). The requisite balance will not be found if the person concerned has had to be "an individual and excessive burden"* ».

³⁷² M. K. Addo, "The Corporation as a Victim of Human Rights Violations" in M. K. Addo, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, pp. 187-197.

s'exprime en particulier dans la reconnaissance du droit à un juge, impartial et indépendant. Ces droits reconnus aux investisseurs internationaux font l'objet d'une reconnaissance unanime de la plupart des juridictions nationales et internationales.

Au niveau international, la première affaire à venir à l'esprit est bien l'affaire *Loewen contre Etats-Unis*³⁷³ qui mettait en jeu l'impartialité du système de justice américain. Loewen Group International, entreprise de pompes funèbres, était en conflit avec un concurrent local. Lors du procès de première instance, la procédure a été particulièrement défavorable à Loewen, qui a de plus été condamné à des dommages-intérêts au titre des « *punitive damages* » exorbitants, sans pouvoir réellement faire appel faute de moyens. Même si le Tribunal arbitral a rejeté le recours de Loewen pour une question de recevabilité, il a tenu à condamner le déroulement de la procédure en ces termes :

« Quel qu'en soit le critère d'appréciation, le déroulement de l'instance concernant O'Keefe et Loewen a été une honte. Quel qu'en soit le critère d'examen, les tactiques des avocats de O'Keefe (...) ont été intolérables. Quel qu'en soit le critère d'évaluation, le juge de première instance a privé Loewen du procès équitable auquel il avait droit »³⁷⁴, puis a ensuite constaté que :

« En l'espèce, le juge de première instance a toléré que le jury soit influencé par des appels répétés au favoritisme local dirigé contre une partie étrangère (...). L'instance dans son ensemble et la décision qui en est résultée étaient clairement inappropriées et déshonorantes et ne peuvent être conciliées avec les standards minima de droit international »³⁷⁵.

Au niveau interne, la Cour de cassation a également affirmé avec force le droit à un juge dans l'affaire *Société Iranienne Oil Company contre Etat d'Israël* :

« Attendu que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitre, chargé de statuer sur sa prétention à l'exclusion de toute juridiction étatique et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et de l'article 6, 1 de la Convention européenne des droits de l'homme constitue un déni de justice qui fonde la compétence du Tribunal de Grande Instance dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la

³⁷³ L.-C. Delanay et T. Portwood, "La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement", *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 603 et s. ; N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280.

³⁷⁴ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003, paragraphe 119, tels que traduits in E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2007, p. 298 et s., p. 777.

³⁷⁵ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003, paragraphes 136 et 137, tels que traduits in E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2007, p. 298 et s., p. 779.

constitution d'un tribunal arbitral dès lors qu'il existe un rattachement avec la France »³⁷⁶.

Comme le fait justement remarquer Philippe Kahn :

« Cet arrêt de la Cour Suprême française marque, au moins au regard de la France, une étape supplémentaire de l'institutionnalisation, pour ne pas dire la judiciarisation, de l'arbitrage international et surtout l'immixtion des droits de l'homme dans le droit international de l'investissement, ici sous la forme du droit à un juge »³⁷⁷.

Le droit international des investissements devient donc un support de l'application des droits de l'homme ; mais il faut constater que cette application ne semble aller que dans un sens, toujours favorable à l'investisseur. En effet, les traités bilatéraux d'investissement n'accordant leur protection qu'aux opérateurs économiques, ils semblent que les droits dont ils bénéficient s'imposent dans ces instruments face à tous les autres principes fondamentaux. Il n'est alors pas surprenant que les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI en aient une interprétation large.

En tout cas, on comprend au fur et à mesure que loin de devoir les opposer, il est nécessaire d'associer les droits de l'homme au droit international des investissements. Comme le note Gérard Farjat :

« Animée par « l'espérance d'un monde habitable », c'est en partant des droits de l'homme que Mireille Delmas-Marty a entrepris ses recherches sur la mondialisation. Mais lui est apparue très vite « la nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit économique, tant il est vrai que l'économie est devenue le moteur de la mondialisation » et qu'il fallait apprendre à conjuguer économique et droits de l'homme pour inventer un droit commun réellement pluraliste »³⁷⁸.

Cependant, au regard de tous les abus que peuvent entraîner – et qu'ont entraîné les traités bilatéraux d'investissement – il était nécessaire que de nouveaux instruments apparaissent afin

³⁷⁶ Ccass, 1^{ère} ch. civ., *National Iranian Oil Company (NIOC) contre Etat d'Israël*, arrêt du 1^{er} février 2005. V. pour commentaire H. Muir-Watt, "Note", *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 692 et s. ; J. Béguin, "Note", *JCP*, n° I, 2005, p. 780 et s. ; T. Clay, "Note", *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 140 et s. ; F.-X. Train, "Note", *Gazette du Palais*, 2005, p. 37. V. également E. Gaillard, "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, n° 4, 2007, pp. 698-720.

³⁷⁷ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109, p. 98.

³⁷⁸ G. Farjat, "Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique)", *Revue internationale de droit économique*, vol. 16, n° 1, 2002, pp. 153-166, p. 154. V. également G. Farjat, "Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation", *Revue internationale de droit économique*, vol. 17, n° 3, 2003, pp. 511-531 ; T. W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, Pedone, Paris, 2004, 77 p.

qu'enfin « la défense des droits de l'homme collectifs »³⁷⁹ prime sur les droits individuels des investisseurs.

2°) Une réaction face aux dérives des investissements internationaux

De nombreux scandales ont éveillé l'attention de l'opinion publique sur la nécessité de mieux encadrer l'activité des sociétés transnationales, dont les investissements dans les pays en développement peuvent avoir un impact très dommageable sur la population et l'environnement en général. Des exemples se retrouvent souvent dans des pays en proie à des conflits ou crises internes, comme notamment le Nigéria ou le Myanmar.

Ainsi, l'application du droit international des investissements aboutit parfois à une marginalisation de l'intérêt général³⁸⁰, entraînant un système profondément injuste :

« La communauté internationale actuelle exige la formulation d'un nouveau concept de responsabilité pour répondre aux besoins du développement. La légitimité du concept traditionnel de la responsabilité sera mise à rude épreuve aussi longtemps qu'il ne fournira qu'une base à la protection de l'investissement étranger contre les intérêts souvent légitimes des pays d'accueil. Un système qui n'aborde un problème que du côté d'un seul partenaire ne peut être considéré comme un système international juste : aussi faut-il considérer comme juste un système qui protège les intérêts des investisseurs mais qui impose des restrictions et des obligations appropriées aux sociétés transnationales en vue de promouvoir une réelle économie du développement des pays d'accueil »³⁸¹.

Il faut alors mieux réglementer les droits de l'homme en relation avec les investissements internationaux. Cette question soulève en particulier celle de l'application des droits de l'homme aux entreprises transnationales.

³⁷⁹ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109, p. 101.

³⁸⁰ V. F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI*, vol.139, 2004, pp. 367-418, p. 412 : « Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des Etats sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé, la consommation, la souveraineté judiciaire ». V. également L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

³⁸¹ M. A. Bekhechi, "Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents" in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 109-124, p. 118.

Cependant, la mise en place d'un nouveau système juridique, plus juste, n'est pas aisée, du fait qu'on se trouve au croisement de divers ordres juridiques. Ainsi, si ces sociétés ne sont pas considérées comme des sujets du droit international, il faudra compter sur les Etat de nationalité ou sur l'Etat d'accueil de l'investissement pour contrôler et, le cas échéant, condamner leur comportement. Cependant, les Etats n'ont souvent pas les moyens ou la volonté de condamner des comportements en violation des droits de l'homme. Cette question a donc donné lieu à un grand nombre d'initiatives, plus ou moins efficaces.

De nombreux travaux ont été faits par des institutions internationales pour réguler l'activité des entreprises, mais peu semblent avoir réellement abouti. On se souvient à cet égard de la Commission des entreprises transnationales, créée en 1974 en application de la résolution 1913 (LVII) du Conseil économique et social. Elle était composée de 48 Etats membres et avait pour objectif d'enquêter sur les activités des sociétés transnationales et d'élaborer un code de conduite. Cependant, la Commission a été supprimée et le code n'a jamais été adopté. Même si une partie de la mission a été transférée à la CNUCED, les Nations Unies ne se sont pas totalement dessaisies de la question, la Sous-Commission de promotion et de protection des droits de l'homme ayant rédigé les Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises³⁸². Ces normes ont pour objet d'étendre aux entreprises, en application directe du droit international, les mêmes obligations en matière de droits de l'homme qui sont imposées aux Etats. Cependant, elles n'ont jamais été adoptées.

Finalement, la Commission des droits de l'homme a demandé au Secrétaire général des Nations Unies, par une résolution du 20 avril 2005, de désigner un représentant spécial chargé des rapports entre droits de l'homme et sociétés transnationales. Le remplacement de la Commission par le Conseil des droits de l'homme, créé par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 mars 2006, n'a pas empêché la nomination de ce Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales. Ce dernier a travaillé à la mise en œuvre du cadre de référence des Nations Unies « protéger, respecter et réparer »³⁸³ et a présenté des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme », qui ont été soumis au Conseil des droits de l'homme. Dans sa résolution 17/4, le Conseil adopte les Principes directeurs. Comme le note le Représentant spécial :

« La contribution des Principes directeurs sur le plan normatif ne consiste pas à créer de nouvelles obligations juridiques internationales mais à préciser les conséquences découlant des normes et pratiques existantes pour les Etats et les entreprises ; à

³⁸² La Sous-Commission de promotion et de protection des droits de l'homme a disparu en 2006, avec la Commission des droits de l'homme et a été remplacée par le Comité consultatif des droits de l'homme.

³⁸³ Le cadre de référence a été adopté par le Conseil des droits de l'homme, par sa rés. 8/7 (18 juin 2008), suite à une proposition du Représentant spécial. Ce cadre de référence est fondé sur trois piliers, qui sont « le devoir de l'Etat de protéger contre toutes les atteintes aux droits de l'homme par les sociétés transnationales et autres entreprises ou en connexion avec elles, la responsabilité des entreprises de respecter tous les droits de l'homme, et la nécessité d'assurer l'accès à des recours efficaces, y compris par l'intermédiaire de mécanismes judiciaires ou non judiciaires adaptés ».

intégrer ces normes et pratiques dans un seul modèle de portée générale qui soit logiquement cohérent ; à recenser les cas où le régime en vigueur se montre insuffisant ; et à voir comment il convient de l'améliorer »³⁸⁴.

La résolution 17/4 a également créé un Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises³⁸⁵, composé de cinq experts indépendants, nommés pour trois ans par le Conseil des droits de l'homme. Ce Groupe de travail a vocation à promouvoir l'application des Principes directeurs, à évaluer les différents comportements et à diffuser les bonnes pratiques. Il peut également formuler des recommandations aux gouvernements, mais aussi aux entreprises transnationales. Ces instruments montrent, en tout cas, que les droits de l'homme ne doivent pas être appliqués seulement par les Etats, mais également par les personnes privées, et surtout les entreprises, qui en sont les destinataires et qui ont l'obligation de les promouvoir, de les respecter et de les faire respecter.

En dehors du Conseil des droits de l'homme, d'autres organes onusiens ont pu s'intéresser à cette question, comme le Conseil de sécurité qui a agi dans des situations extrêmes en vue de protéger les droits de l'homme face aux possibles dérives des investisseurs étrangers³⁸⁶, notamment avec l'apartheid en Afrique du Sud³⁸⁷. De nombreuses résolutions condamnaient le comportement des entreprises qui violaient le régime de sanction imposé par le Conseil de sécurité et devenaient complices des crimes exercés. Le rôle du Conseil de sécurité est particulièrement important pour les zones de conflit. Par exemple, le Conseil de sécurité a demandé au Secrétaire général des Nations Unies la mise en place d'un groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et son impact sur la poursuite du conflit en République démocratique du Congo. Le groupe d'experts a, après avoir constaté le rôle essentiel joué par ces acteurs privés dans le conflit, demandé au Conseil de sécurité d'adopter des sanctions dirigées spécifiquement contre les entreprises³⁸⁸.

Des institutions spécialisées du système de l'ONU ont également tenté d'élaborer des instruments à l'attention des sociétés transnationales en vue de préserver les droits de

³⁸⁴ Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, rés. du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 21 mars 2011, point 14.

³⁸⁵ Le Conseil des droits de l'homme a créé le Groupe de travail par la rés. A/HRC/17/4 du 6 juillet 2011. Ses missions sont précisées au point 6.

³⁸⁶ C. H. Thuan, "Sociétés transnationales et droits de l'homme. Essai de synthèse sur les travaux des Nations Unies" in R. Draï, *Multinationales et droits de l'homme*, PUF, Amiens, 1984, p. 43 et s. ; P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109 ; L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

³⁸⁷ V. également la rés. 9 (XXXIII) du 9 mars 1977 de la Commission des droits de l'homme.

³⁸⁸ V. la lettre adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, contenant le rapport final du Groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République démocratique du Congo, doc. S/2002*1146, 16 octobre 2002.

l'homme, comme, par exemple l'Organisation Internationale du Travail (OIT), le Groupe de la Banque mondiale ou encore la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED). C'est ainsi, par exemple, que l'OIT a adopté en 1998 la Déclaration relative aux Principes et droits fondamentaux au travail, qui s'impose à tous ses Etats membres, sans qu'il ne soit nécessaire qu'ils aient ratifié les conventions correspondantes, et leur impose l'application de quatre principes fondamentaux, qui sont :

- « (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ;
- (b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligation ;
- (c) l'abolition effective du travail des enfants
- (d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession »³⁸⁹.

Ces principes doivent permettre de mettre en place rapidement un système obligatoire généralisé, applicable non seulement aux Etats, mais également aux entreprises transnationales en tant qu'employeurs. Il n'est d'ailleurs pas rare que les entreprises reprennent ces principes dans leurs codes d'éthique interne.

Même si ces instruments empruntent la voie de la *soft law* et n'ont pas tous la même efficacité, on remarque que l'application des droits de l'homme aux entreprises transnationales occupe le cœur du débat au sein des organisations internationales et fait l'objet d'une attention particulière. Or, dans un domaine où l'opinion publique est essentielle et où l'image de la marque est déterminante, il semble que ces instruments soient assez adaptés.

D'autres moyens plus informels sont venus compléter l'œuvre normative des organisations internationales. La première initiative tient justement aux codes adoptés par certaines grandes sociétés³⁹⁰ pour montrer leur détermination à appliquer et diffuser les droits de l'homme. Cette forme d'autorégulation par les entreprises est la bienvenue si celles-ci assurent l'effectivité de ces codes ; mais l'absence de transparence dans ces entreprises rend cette vérification difficile.

Cependant, la pression exercée par la société civile permet d'espérer que ces codes seront respectés, toute suspicion de violation des droits de l'homme étant désastreuse pour l'image de la marque. On se souvient de la campagne contre Nike pour son utilisation du travail des enfants, qui avait entraîné la création d'un code de conduite et la mise en place d'un système

³⁸⁹ Point 2 de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86^{ème} session, Genève, 18 juin 1998 (annexe révisée le 15 juin 2010).

³⁹⁰ G. Farjat, "Réflexions sur les codes de conduite privés" in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 47 et s. ; G. Farjat, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés" in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 151 et s. ; J. Diller, "Responsabilité sociale et mondialisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?", *Revue internationale du Travail*, vol. 138, n° 2, 1999, pp. 107-139 ; I. Desbarats, "Codes de conduite et chartes éthiques dans les entreprises privées: regards sur une pratique en expansion", *JCP Ed. Gén.*, 2003, p. 1129 et s..

d'audit interne³⁹¹ ; ou encore de l'entreprise Total qui a adopté un programme socio-économique pour son exploitation du champ gazier Yadana au Myanmar, censé assurer un développement économique et social, par des actions locales et nationales³⁹². D'autres initiatives ressortent de l'action de la société civile, en particulier en soumettant l'octroi de fonds au respect strict des droits de l'homme. C'est le cas de certains Fonds de pension ou des Fonds d'investissements socialement responsables ; mais aussi d'un certain nombre de banques internationales qui ont adopté en 2003 les Principes Equator, qui définissent des standards et des procédures pour la sélection de projets à financer, ceux-ci devant répondre à des critères d'exigence sociale et environnementale.

Cette répétition des mêmes principes par de nombreux acteurs privés pousse à s'interroger sur leur valeur juridique. Comme le note Philippe Kahn :

« Le code pour l'entreprise rédactrice [et les autres instruments adoptés par des sources privés] constitue[nt] au sens juridique un acte unilatéral qui vaut engagement de la part de son émetteur (...), la multiplication de codes analogues conduit à la formation d'une coutume internationale, donc d'une norme objective qui lie les membres de la profession. Elle vient s'ajouter, compléter, interpréter les textes en vigueur dans la société internationale. Elle s'impose aux opérateurs de l'économie internationale »³⁹³.

Un véritable droit transnational *stricto sensu* intègre ainsi le droit international des investissements en matière de droit de l'homme.

Au niveau interne, il convient tout de même de rappeler qu'il incombe avant tout aux Etats de protéger leurs ressortissants, notamment lorsque les entreprises portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire³⁹⁴.

Cependant, les Etats n'ont pas seulement l'obligation de protéger, mais également celle de condamner³⁹⁵, en particulier le comportement des entreprises qui leur appartiennent ou sont sous leur contrôle qui ont commises des violations des droits de l'homme³⁹⁶. Certains Etats

³⁹¹ R. Locke, T. Kochan, M. Romis et F. Qin, "Au-delà des codes de conduite : l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike", *Revue internationale du Travail*, vol. 146, n° 1-2, 2007, pp. 21-43.

³⁹² Un site Internet a même été créé pour mettre en lumière les impacts favorables de Total sur le pays. V. <http://birmanie.total.com/myanmar-fr/programme-socio-economique-366.html> (consulté le 20 octobre 2012).

³⁹³ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109, p. 106.

³⁹⁴ V., not., le point 1 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, ainsi que son commentaire in Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, rés. du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

³⁹⁵ V., en particulier, M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 144 et s. : « home states of multinational corporations should exert control over the activities of their corporate nationals operating overseas ».

³⁹⁶ V., not., le point 4 des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, ainsi que son commentaire in Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et

ont entendu de façon très large cette obligation et ont recherché le moindre lien de rattachement pour condamner de tels comportements. C'est le cas des Etats-Unis d'Amérique avec l'*Alien Tort Claim Act*³⁹⁷. Ce texte date de 1789 et a été adopté par le premier Congrès des Etats-Unis : il n'avait donc clairement pas pour objectif de s'attaquer aux entreprises transnationales violant les droits de l'homme. Toutefois, en donnant compétence aux tribunaux fédéraux pour juger, au civil, des atteintes faites à des étrangers en violation du droit international ou d'un traité auquel leur Etat est partie³⁹⁸, il a permis d'appréhender certains de ces comportements. C'est ainsi que, par exemple, une affaire à propos du travail forcé au Myanmar s'est déroulée aux Etats-Unis³⁹⁹. En effet, les victimes avaient pu, en vertu de ce texte, s'attaquer à une société américaine, Unocal, pour complicité de travail forcé et fourniture de moyens financiers. Cette action s'est terminée par un compromis, en vertu duquel la société s'engageait à dédommager les victimes et à créer un fonds permettant d'améliorer les conditions de vie, l'éducation et la santé des habitants du village en cause. Même si formellement la procédure n'a abouti à aucune condamnation, on comprend l'impact dissuasif d'un tel texte, d'autant plus dans le cadre de la procédure américaine qui peut donner lieu à des litiges à l'ampleur incomparable. A cet égard, il faut noter que plusieurs *class actions* ont été ouvertes sur le fondement de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales⁴⁰⁰. La question demeure difficile, du fait de l'opposition entre la

des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, rés. du Conseil des droits de l'homme, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

³⁹⁷ C. Kessedjian, "Les actions civiles pour violation des droits de l'homme, aspects de droit international privé" in Comité français de droit international privé, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Pedone, Paris, 2002, p. 151 et s. ; I. Moulier, "Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales", *AFDI*, vol. 49, n°1, 2003, pp. 129-164 ; H. Muir-Watt, "Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : Réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 4, 2003, pp. 883-901.

³⁹⁸ Ce texte se lit ainsi : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for any tort committed in violation of the law of nations or any treaty of the United States* ». Ce texte, longtemps tombé en désuétude a été redécouvert en 1980 avec l'affaire *Filartiga. V. également* Cour suprême, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 29 juin 2004.

³⁹⁹ V. l'affaire *DOE v. Unocal*, 25 mars 1997 et, pour commentaire, W. J. Aceves, "Doe v. Unocal. 963 F. Supp. 880", *AJIL*, vol. 92, n° 2, 1998, pp. 309-314, p. 314 : « *Doe v. Unocal is perhaps the first case to recognize the possibility of corporate liability for human rights violations arising out of corporate activity abroad* ». V. également L. Bowersett, "Doe v. Unocal: Torturous Decision for Multinationals Doing Business in Politically Unstable Environments", *Transnational Law*, vol. 11, 1998, p. 361 et s. ; E. Rice, "Doe v. Unocal Corporation: Corporate Liability for International Human Rights Violations", *University of San Francisco Law Review*, vol. 33, 1998, p. 153 et s. ; S. Zia-Zarifi, "Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 4, 1999, p. 81 et s. ; A. Ridenour, "Doe v. Unocal Corp., Apples and Oranges: Why Courts Should Use International Standards to Determine Liability for Violation of the Law of Nations Under the Alien Tort Claims Act", *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 9, 2001, p. 581 et s. ; A. Rosencranz et D. Louk, "Doe v. Unocal: holding corporations liable for human rights abuses on their watch", *Chapman Law Review*, vol. 8, 2005, p. 135 et s. ; C. Holzmeyer, "Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in Doe v. Unocal", *Law & Society Review*, vol. 43, n° 2, 2009, pp. 271-304.

⁴⁰⁰ B. Stephens, "The Amoralité of Profit: Transnational Corporations and Human Rights", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 45 et s. ; L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852 ; P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109, p. 103. V. notamment : *Wiva v. Royal Dutch* pour complicité d'assassinat avec l'armée nigérienne ; *Bowoto et al v. Chevron* pour exécution sommaire,

préoccupation légitime pour les entreprises d'assurer la sécurité des installations industrielles et l'obligation de ne pas prendre part au conflit et de ne surtout pas aggraver la situation des droits de l'homme. Toutefois, cette limite est très souvent franchie, comme l'a montré par exemple l'affaire *Shell*, dans laquelle l'entreprise avait fourni son assistance financière et logistique à l'armée nigériane, l'avait approvisionné en armes, se rendant ainsi complice de crimes contre l'humanité et de tortures contre les Ogoni⁴⁰¹.

Les Etats-Unis ne sont pas les seuls à s'être orientés dans cette voie et l'on se souvient de l'action menée devant les tribunaux de Nanterre contre la société Total pour complicité de travail forcé avec des militaires birmans⁴⁰². Là encore, l'action s'est conclue par un compromis, en vertu duquel les victimes ont été dédommagées et un fonds au bénéfice des villageois a été créé. On comprend, dès lors, que plus les tribunaux internes des pays du Nord se reconnaîtront compétents sur le fondement d'un lien de rattachement personnel actif, plus ce genre de comportements sera rare, du fait du caractère fortement dissuasif de ce genre d'actions. Certains considèrent, toutefois, qu'une action interne ne suffit pas et qu'il faudrait la compléter par une procédure internationale. Jean-Philippe Bufferne considère ainsi que la compétence de la Cour pénale internationale devrait s'étendre à certains comportements particulièrement graves des entreprises transnationales, en violation des droits de l'homme⁴⁰³.

Ces instruments semblent, toutefois, pour l'instant insuffisants et cela s'explique facilement par le fait que :

« Les Etats sont pris dans une contradiction irréductible entre l'affirmation d'une souveraineté au service du bien social et les sirènes de l'attractivité, qu'elles soient animées par les théories du développement dirigé ou par celles d'un libéralisme souvent érigé en dogme »⁴⁰⁴.

Il faut donc de « véritables obligations internationales dont les entreprises seraient destinataires »⁴⁰⁵ et n'est-il pas d'instrument meilleur pour cela que les traités bilatéraux d'investissement ?

torture, traitement inhumain et dégradant au Nigéria ; *Bouratv v. Chevron* également au Nigéria ; *Presbyterian Church in Sudan v. Talisman Energy* pour complicité de génocide au Soudan ; *Sambu v. Firestone* pour travail forcé.

⁴⁰¹ V., entre 2002 et 2012, les affaires devant les tribunaux fédéraux des Etats-Unis d'Amérique, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum* ; *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. Dans cette dernière affaire, Human Rights Watch et d'autres organisations non-gouvernementales avaient déposé des mémoires d'*amici curiae*. V. également C. Baez, M. Dearing, M. Delatour et C. Dixon, "Multinational Enterprises and Human Rights", *University of Miami International & Comparative Law Review*, vol. 8, 1999, p. 183 et s.

⁴⁰² V. également, au Royaume-Uni, *Connelly contre RTZ Plc* de 1998 ; et *Lubbe contre Cape Plc* de 2000.

⁴⁰³ J.-P. Bufferne, "La mise en oeuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales", *Revue juridique d'Auvergne*, n° 2, 2005, pp. 127-182.

⁴⁰⁴ P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109, p. 108.

⁴⁰⁵ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, p. 805.

B. L'inclusion de nouvelles obligations dans le droit international des investissements

Même si des instruments internationaux existent pour l'application des droits de l'homme par les entreprises transnationales, ceux-ci semblent manquer d'efficacité, d'autant que les traités bilatéraux d'investissement accordent tant de droits aux investisseurs que l'arbitrage se fait souvent en leur faveur. Cependant, les arbitres ont vite compris le caractère essentiel de ces obligations internationales pour donner davantage de légitimité au droit international des investissements et ont intégré les droits de l'homme dans leur jurisprudence (1°). Ce mouvement prétorien a été relayé dans les traités bilatéraux d'investissement, qui étaient seuls à même de réorienter profondément cet ordre juridique (2°).

1°) L'émergence des droits de l'homme dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI

On aurait pu penser que les droits de l'homme trouveraient naturellement leur place en droit international des investissements, en particulier du fait de l'action du CIRDI. En effet, la question du rôle de l'arbitre dans l'affirmation des droits de l'homme en droit international des investissements se pose de plus en plus, au fur et à mesure que sa place dans l'ordre juridique international s'affirme. Comme le note Philippe Fouchard, le rôle de l'arbitre a changé avec la mondialisation :

« L'hypothèse – car il y a plus de questions que de constatation concluante – est la suivante : puisque la mondialisation de l'économie a entraîné celle de l'arbitrage, celui-ci, en retour, pourrait-il en devenir une instance régulatrice, juridictionnelle ou amiable, qui en réglerait les conflits et même en élaborerait certaines normes ? Pourrait-il, et dans quelle mesure, se substituer aux pouvoirs étatiques en recul et favoriser l'ébauche, dans ce monde où les marchés sont devenus souverains, d'un nouvel ordre international, d'une nouvelle justice dans les relations économiques internationales ? »⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395, p. 388.

L'arbitre, sans même avoir à élaborer ces normes, pourrait simplement réaffirmer l'application des droits de l'homme en droit international des investissements.

Toutefois, la jurisprudence a eu tendance à révéler un mouvement inverse. Les arbitres, statuant sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement, ont été bien plus sensibles aux droits des investisseurs, dont traitent exclusivement ces accords, qu'aux droits de l'homme. Par exemple, dans les affaires *Aguas del Tunari contre Bolivie*⁴⁰⁷ et *Azurix contre Argentine*⁴⁰⁸, le droit à l'eau⁴⁰⁹ n'a pas été considéré comme un motif suffisant justifiant les interférences avec les droits de l'investisseur. Ces affaires étaient nées de la privatisation des services de gestion et de commercialisation de l'eau potable, qui avaient abouti à une augmentation considérable des tarifs entraînant des manifestations de la part de la population. Les Etats, face à la protestation de leurs ressortissants, avaient rompu les contrats de concession, ce qui avait donné lieu au recours au CIRDI. Les arbitres statuant sur la base des traités bilatéraux avaient été davantage sensibles aux interférences avec les droits de l'investisseur qu'à la mise en œuvre du droit à l'eau.

Cette interprétation par les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI semble conforme aux traités bilatéraux d'investissement. En effet, comme le note Rudolf Dolzer :

*« it might be argued that a teleological approach to interpreting bilateral or multilateral treaties should be based on the assumption that these treaties have been negotiated to facilitate and promote foreign investment, which is often reflected in the wording of the preambles. Thus, it might be concluded that, when in doubt, these treaties should be interpreted in favorem investor, stressing and expanding his rights so as to promote the flow of foreign investment »*⁴¹⁰.

Pourtant, rien ne s'oppose à ce que les arbitres élargissent leur domaine d'intervention en prenant en compte des obligations internationales. En effet, la plupart des clauses de règlement des différends ou des clauses de droit applicable – comme l'article 42 de la Convention de Washington – renvoient au droit international. Or, ce droit international ne doit pas seulement aider à trancher le litige, mais doit également faire l'objet d'une application en droit des investissements. Or, celui-ci a une portée très large, comme le note Andrea Giardina :

⁴⁰⁷ CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 décembre 2005. V. également M. McFarland Sanchez-Moreno et T. Higgins, "No Recourse: Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights in Bolivia", *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 2004, pp. 1663-2062.

⁴⁰⁸ CIRDI, *Azurix Corporation contre Argentine* (ARB/01/12), décision sur la compétence du 8 décembre 2003, paragraphe 95 et sentence du 14 juillet 2006, paragraphe 254 et paragraphes 310-313.

⁴⁰⁹ V., en particulier, l'observation générale n° 15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (doc. E/C.12/2002/11). V. également H. Smets, *Le droit à l'eau*, Académie de l'eau, Nanterre, 2002, XV-160 p. ; K. Bakker, "The "Commons" Versus the "Commodity": Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South", *Antipode*, vol. 39, n° 3, 2007, pp. 430-455 ; J. L. Gazzaniga, X. Larrouy-Castera, P. Marc et J. P. Ourliac, *Le droit de l'eau*, Litec, Paris, 2011, X-547 p.

⁴¹⁰ R. Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64-93, p. 73.

« le droit international qui doit être nécessairement respecté n'est pas constitué seulement par le droit impératif (*jus cogens*), mais comprend aussi toutes les règles du droit coutumier et les conventions bilatérales et multilatérales applicables »⁴¹¹.

Cet ancrage du droit des investissements dans le droit international général⁴¹², en particulier par le droit applicable, se justifie aisément par le fait que les Etats renoncent à recourir à la protection diplomatique et s'engagent à faire exécuter les sentences rendues⁴¹³, ce qui impose aux arbitres de s'assurer que la sentence est conforme au droit international. Les arbitres se voient donc dans l'obligation de tenir compte des règles de droit international en matière de droits de l'homme, même s'il convient de noter, avec Lahra Liberti, qu' :

« Il ne s'agit pas pour les arbitres d'appliquer *principaliter* les normes internationales de protection des droits de l'homme dans le contentieux Etat et investisseur. La solution proposée ici est essentiellement interprétative et permet de lire les dispositions concernant la protection des investissements à la lumière des normes pertinentes sur la protection des droits de l'homme (coutumières ou conventionnelles), pour en tirer les conséquences aux fins du règlement du litige porté devant les arbitres »⁴¹⁴.

Les arbitres ne se sentent, cependant, pas très à l'aise à l'idée de ce nouveau rôle. Un tribunal arbitral – certes situé en dehors du CIRDI – a ainsi noté que :

« *while the acts alleged to violate the international human rights of Mr Biloune may be relevant in considering the investment dispute under arbitration, this Tribunal lacks*

⁴¹¹ A. Giardina, "Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ?", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 647-666, p. 655.

⁴¹² Sur l'ancrage du droit international des investissements dans le droit international, v. not. F. Rigaux, "Des dieux et des héros : Réflexions sur une sentence arbitrale", *Revue critique de droit international privé*, vol. 67, 1978, pp. 435-459 ; A. Giardina, "State contracts: national versus international law", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1980, pp. 147-170 ; F. Poirat, "L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *RGDIP*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 45-84 ; M. Salem, "Investissement international et droit international" in C. Leben, E. Loquin et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 367-388 ; A. Giardina, "Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ?", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 647-666 ; C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386 ; E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2004, pp. 213-219 ; L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

⁴¹³ A. Giardina, "Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ?", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 647-666, p. 661 : « Cette application est imposée par les accords instituant ces cadres particuliers et sa justification réside dans leurs caractères fondamentaux : suspension et limitation de la protection diplomatique ; obligation pour tous les Etats contractants de respecter et faire exécuter les sentences, différend entre Etats contractants possible seulement en cas de désaccord sur l'application et l'interprétation des accords institutifs ».

⁴¹⁴ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, pp. 822-823.

jurisdiction to address, as an independent case of action, a claim of violation of human rights »⁴¹⁵.

Pourtant, il semble aujourd'hui nécessaire que l'arbitre prenne en considération ces droits de l'homme, au moins comme moyen de défense invoqué par les Etats⁴¹⁶. En effet, les Etats sont soumis, par les organes de protection des droits de l'homme⁴¹⁷, à un certain nombre d'obligations positives⁴¹⁸, qui engageraient leur responsabilité en cas d'inertie ou d'abstention de leur part qui permettrait à un tiers – ici les investisseurs – d'interférer avec le droit en cause. L'Etat se voit donc dans l'obligation d'adopter des mesures afin que les activités économiques menées par les entreprises ne portent pas atteinte aux droits de l'homme. Or, ces mesures pourront, bien évidemment, interférer avec les droits des investisseurs, tels que reconnus dans les traités bilatéraux d'investissement. L'Etat se trouve alors dans une position délicate, où sa responsabilité peut être engagée tant en cas d'action que d'abstention de sa part. Il faudrait alors que, lorsque l'Etat contrevient à ses obligations internationales en matière d'investissement afin d'appliquer des règles fondamentales internationales relatives aux droits de l'homme, celui-ci soit au moins dispensé de l'obligation d'indemnisation. Certains considèrent que cela se justifierait pleinement au regard de la :

« verticalisation normative, qui présuppose l'existence d'une hiérarchie *sui generis* des normes internationales. Dans cette perspective, l'obligation de protection des investissements devrait céder devant la protection des intérêts supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble, dont les normes de protection des droits de l'homme sont l'expression »⁴¹⁹.

Une telle conséquence semble normale pour l'application des règles impératives de droit international, mais ne vaudrait certainement pour tous les droits de l'homme. En tout cas, l'obligation d'indemnisation ne serait pas neutralisée, même si elle pourrait être diminuée.

⁴¹⁵ Sentence CNUDCI, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana Investments Centre et Gouvernement du Ghana*, sentence du 27 octobre 1989.

⁴¹⁶ Il semble, aujourd'hui, impossible que l'Etat utilise ses obligations internationales en matière de droits de l'homme pour former un recours contre un investisseur du fait de la portée limitée de la compétence des arbitres saisis sur le fondement des clauses de règlement des différends contenues dans les traités bilatéraux d'investissement grâce à l'ouverture de la saisine unilatérale par l'investisseur. En effet, la portée du consentement est limitée par les termes de la demande d'arbitrage formulée par l'investisseur.

⁴¹⁷ V. not. l'action du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, de la Cour européenne des droits de l'homme (*Young, James, Webster contre Royaume-Uni*, arrêt du 13 août 1981), de la Cour interaméricaine (*Velasquez-Rodriguez contre Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988) ou de la Commission africaine des droits de l'homme et des droits des peuples (*Legal Resources Foundation contre Zambie*, Communication 211/98, décision du 7 mai 2001)..

⁴¹⁸ F. Sudre, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 16, 1995, pp. 363-384, p. 369 : « la responsabilité de l'Etat pourra être engagée non seulement du fait de son ingérence « active » dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption de mesures positives que l'application concrète du droit réclamait ». V. également B. Conforti, "Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: The Case-Law of the European Court of Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 3-10.

⁴¹⁹ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, p. 831.

Ces difficultés d'application conjointe des droits de l'homme et du droit international des investissements ne signifient pas pour autant qu'il existe une incompatibilité de principe entre droits de l'homme et droit international de l'investissement, mais simplement que :

« la réalisation des obligations en matière d'investissements étant susceptible d'entrer en conflit *in concreto* avec la réalisation des obligations en matière de protection des droits de l'homme (...), [il faut] assurer une coordination satisfaisante »⁴²⁰.

Or, seuls les traités bilatéraux d'investissement semblent à même de réaliser une telle coordination.

2°) Une intégration progressive des droits de l'homme dans les traités bilatéraux d'investissement

Face à la nécessité de parvenir à un plus grand équilibre du droit international des investissements, mise en lumière par les tribunaux arbitraux, les Etats ont commencé à intégrer des droits non strictement économiques dans leurs traités bilatéraux d'investissement. La question se pose alors de savoir s'il suffit d'intégrer les droits de l'homme parmi les objectifs de l'accord ou s'il faut des dispositions spécifiques et contraignantes dans son corps. Cette inclusion s'est faite progressivement, les droits de l'homme ayant déjà pris leur place dans les préambules avant de faire l'objet de dispositions spécifiques.

En effet, les traités bilatéraux incluent parfois, dans leurs préambules, une disposition générale relative au respect et à la promotion des droits de l'homme. Ce sont le Canada et les Etats-Unis d'Amérique qui, les premiers, ont commencé à évoquer des valeurs non marchandes dans leurs traités bilatéraux d'investissement dès les années 1990⁴²¹. Il était en particulier fait référence aux droits des travailleurs, les préambules reconnaissant que :

« *the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognised worker rights* » ; mais aussi que le développement économique :

« *can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application* »⁴²².

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 807.

⁴²¹ *Ibid.*, pp. 791-852.

⁴²² V., not., les traités bilatéraux conclus par le Canada avec l'Equateur (29 avril 1996) ; la Barbade (29 mai 1996). V. également les accords bilatéraux de promotion des investissements conclus par les Etats-Unis avec le Honduras (2 mai

Des accords conclus par d'autres Etats ont suivi le même modèle, comme, par exemple, le traité bilatéral entre la Finlande et le Nicaragua ou encore le traité entre la Jordanie et l'Autriche.

Parallèlement, les Etats s'étaient interrogés sur une possible référence aux droits de l'homme et aux droits des travailleurs lors des négociations sur le Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, ce qui a fait l'objet de nombreuses controverses – les notes de bas de page attachées au Projet en sont la preuve, précisant que certaines délégations refusent une telle inclusion. Finalement, le Préambule du Projet disposait que les parties:

« Réitér[ent] leur attachement à la Déclaration du Sommet mondial de Copenhague sur le développement social et au respect des normes fondamentales du travail reconnues au niveau international, c'est-à-dire la liberté syndicale, le droit d'organisation et de négociation collectives, l'interdiction du travail forcé, l'abolition des formes du travail des enfants qui constituent une exploitation et la non-discrimination dans l'emploi, et not[ent] que l'Organisation internationale du travail est l'instance compétente pour fixer et régir au niveau mondial les normes fondamentales du travail »⁴²³.

Par ailleurs, le Préambule insistait beaucoup sur le développement durable et l'environnement :

« Reconnaissant que l'investissement, moteur de la croissance économique, peut jouer un rôle clé en assurant une croissance économique durable, s'il s'accompagne de mesures environnementales adéquates veillant à ce qu'il respecte l'environnement. Reconnaissant que des mesures environnementales adéquates peuvent jouer un rôle en veillant à ce que le développement économique, auquel l'investissement contribue, soit durable, et déterminées à mettre en œuvre le présent accord conformément au droit international de l'environnement et d'une manière qui soit conforme aux exigences du développement durable, ainsi qu'il est spécifié dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et dans Action 21, et notamment à la protection et à la préservation de l'environnement et au principe pollueur-payeur ainsi qu'au principe de précaution »⁴²⁴.

Un certain nombre de modèles récents de traités bilatéraux d'investissement intègrent, de façon plus systématique, une référence aux droits de l'homme, aux droits sociaux ou à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. Par exemple, le Préambule du modèle américain de 2004 insiste sur le fait que :

1986) ; avec le Sri Lanka (20 septembre 1991) ; avec le Kazakhstan (19 mai 1992) ; avec la Roumanie (28 mai 1992) ; avec l'Arménie (23 septembre 1992) ; avec la Bulgarie (23 septembre 1992) ; avec le Kirghizstan (19 janvier 1993) ; avec l'Equateur (27 août 1993) ; avec la Jamaïque (4 février 1994) ; avec l'Ukraine (4 mars 1994) ; avec la Géorgie (7 mars 1994) ; avec l'Estonie (19 avril 1994) ; avec Trinité et Tobago (26 septembre 1994) ; avec l'Albanie (11 janvier 1995) ; la Lettonie (13 janvier 1993) ; le Nicaragua (4 novembre 1995) ; avec la Croatie (13 juillet 1996) ; avec la Jordanie (2 juillet 1997) ; avec l'Azerbaïdjan (1^{er} août 1997) ; avec la Bolivie (17 avril 1998) ; avec le Bahreïn (29 septembre 1999).

⁴²³ Préambule *in* OCDE, L'Accord Multilatéral sur l'Investissement - Projet de texte consolidé, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p.

⁴²⁴ *Id.* Ce texte n'est pas très clair du fait que plusieurs versions s'opposent.

« Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights ».

De telles inclusions sont plus rares dans les modèles européens. On trouve exceptionnellement des références à la santé, la sécurité et l'environnement, souvent pour insister sur le fait que ces objectifs ne sont pas incompatibles avec les investissements internationaux, comme le montre l'Accord entre la Confédération suisse et la Syrie qui précise que ces Etats sont :

« convaincus que ces objectifs peuvent être atteints sans abaisser les normes d'application générale relatives à la santé à la sécurité et à l'environnement »⁴²⁵.

Il existe, toutefois, une exception : le modèle norvégien de 2007 insiste beaucoup sur la dimension humaine dans plusieurs alinéas de son préambule et va même bien plus loin que le modèle américain, faisant référence non seulement à la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement, des droits des droits ; mais également au développement durable, à la responsabilité sociale des entreprises, à la transparence et à la lutte contre la corruption :

« Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety and the environment, and the promotion of internationally recognized labour rights ;

Desiring to contribute to a stable framework for investment in order to maximize effective and sustainable utilization of economic resources and improve living standards ; (...)

Emphasizing the importance of corporate social responsibility ;

Recognizing that the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognized labour rights ; (...)

Recognizing that the promotion of sustainable investments is critical for the future development of national and global economies as well as for the pursuit of national and global objectives for sustainable development, (...)

Recognizing that the provisions of this agreement and provisions of international agreements relating to the environment shall be interpreted in a mutually supportive manner ;

Determined to prevent and combat corruption, including bribery, in international trade and investment ;

Recognizing the basic principles of transparency, accountability and legitimacy for participants in foreign investment processes ».

Ce préambule a un champ illimité et prend en considération tant des droits économiques, que les droits de l'homme, l'environnement ou des principes de gouvernement, susceptibles d'influencer de façon déterminante la politique des Etats.

Il est également intéressant de noter que le Préambule fait référence au droit international de façon général, mais aussi à d'autres instruments internationaux, en particulier la Charte des

⁴²⁵ Préambule du TBI Suisse – Syrie, 2007.

Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme pour réaffirmer l'engagement des Etats :

« Reaffirming their commitment to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights ».

Un tel renvoi semble contraindre les Etats à appliquer ces textes dans leur politique d'investissement ; mais aussi les arbitres qui devront en tenir compte dans la détermination de possibles violations du traité en cause et *a fortiori* les investisseurs.

A l'opposé, le modèle canadien de 2004 contient un Préambule particulièrement court faisant simplement référence au développement durable.

Même dans les cas où ces préambules ne font que mentionner des objectifs et ne semblent pas être suffisamment précis pour avoir une valeur contraignante, il ne faut, toutefois, pas négliger leur rôle, surtout à la lumière de l'Article 31 de la Convention de Vienne, qui insiste sur le fait que l'interprétation du texte inclut le préambule et surtout qu' :

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁴²⁶.

L'inclusion de ces valeurs humaines dans le préambule, en tant qu'objet ou but du traité, va donc jouer un rôle essentiel pour son interprétation. C'est ce que notent des lettres du *Department of State* des Etats-Unis d'Amérique qui précisent l'impact du Préambule :

« The Title and Preamble state the goals of the Treaty. Foremost is the encouragement and protection of investment. Other goals include economic cooperation on investment issues; the stimulation of economic development, higher living standards, promotion of respect for internationally recognized worker rights; and maintenance of health, safety and environmental measures. While the Preamble does not impose binding obligations, its statement of goals may assist in interpreting the Treaty and defining the scope of Party-to-Party consultation procedures pursuant to Article VIII »⁴²⁷.

Toutefois, la portée juridique exacte des principes évoqués dans les préambules restant relativement indéterminée, ceux-ci ont fait leur apparition dans le corps des traités. Cette inclusion nouvelle de l'être humain et de l'environnement dans le droit international des investissements montre une évolution qui le traverse et tend à rééquilibrer ses obligations, tout en permettant à ce système de mieux s'intégrer à l'ordre juridique international⁴²⁸.

⁴²⁶ Art. 31, alinéa 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

⁴²⁷ *Letters of submittal* accompagnant les traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec l'Albanie (3 août 1995) et le Bahreïn (24 avril 2000).

⁴²⁸ V. not. S. Zia-Zarifi, "Protection Without Protectionism: Linking a Multilateral Investment Treaty and Human Rights" in E. C. Nieuwenhuys et T. A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Kluwer Law International, La

*

Conclusion de la section. L'intégration d'obligations plus humaines dans les traités bilatéraux d'investissement est un moyen efficace pour rendre ces règles plus opérationnelles, en y soumettant tant les entreprises que les Etats et en organisant un recours juridictionnel international. Même si cette inclusion des normes relatives aux droits de l'homme, à l'environnement ou aux droits sociaux n'en est qu'à ses débuts, on peut espérer qu'elle fasse tâche d'huile et que les arbitres aient désormais une approche plus mesurée. En tout cas, alors qu'on redoutait que la fragmentation normative donne lieu à une séparation tranchée entre droit des investissements et protection des droits de l'homme⁴²⁹, aboutissant à un « bric-à-brac »⁴³⁰, on peut aujourd'hui espérer que l'unité du système soit sauvegardée par la coordination organisée par la jurisprudence du CIRDI et par les traités bilatéraux d'investissement, qui pourraient même constituer un moteur d'application de ces normes fondamentales à la communauté internationale. En effet, face au mouvement de privatisation et de déréglementation⁴³¹ qui traverse l'économie mondiale, le droit international des investissements paraît à même de créer une dynamique allant vers une nouvelle forme de régulation. On peut alors espérer que l'arbitrage CIRDI changera de direction si les moyens lui en sont fournis par les traités bilatéraux d'investissement :

« si l'Etat se trouve désarmé, et le juge étatique écarté, l'arbitrage, qui apparaît naturellement porté par cette mondialisation, ne doit pas en être qu'un instrument,

Haye, 2001, pp. 101-135 ; M. Sornarajah, "Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment" in A. Anghie, B. Chimni, K. Mickelson et O. Okafor, *The Third World and International Order: Law Politics and Globalization*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2003, pp. 173-190 ; L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

⁴²⁹ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

⁴³⁰ J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.

⁴³¹ P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395, p. 382 : « la mondialisation, ce n'est pas seulement la globalisation de l'économie, c'est aussi et en même temps sa déréglementation, le rejet des contraintes étatiques, la libéralisation de toutes les activités économiques. L'arbitrage a également connu ce second effet de la mondialisation ».

voire un complice. Il peut devenir, au moins partiellement, le garant du respect du droit et des valeurs fondamentales que celui-ci est chargé de faire prévaloir »⁴³².

*

Conclusion du chapitre. On a pu considérer que le droit international des investissements ne constituait pas un système normatif, du fait qu'il n'avait pas les caractères d'autonomie et d'autosuffisance qui le rendaient imperméable aux influences des autres normes internationales⁴³³. Son autonomie est, certes, limitée par le fait qu'il se trouve au centre de nombreuses questions de droit international général ; mais cela ne peut nier son existence en tant qu'ordre juridique. Ses liens avec le droit international économique ou avec les droits de l'homme lui ont permis d'évoluer, conformément aux nouvelles préoccupations de la communauté internationale, tout en faisant de lui un moteur de l'ordre juridique international et un vecteur d'influence non négligeable de la politique des Etats.

Cependant, les possibilités d'influence du droit international des investissements rendent aujourd'hui plus que nécessaire une meilleure définition de ses normes. En effet, celles-ci étant calquées sur les obligations contenues dans les traités bilatéraux d'investissement, elles font de l'investisseur le véritable titulaire de droits internationaux, alors que l'Etat ne semble avoir que des devoirs. Comme le note Philippe Fouchard :

« C'est l'Etat qui est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational. Au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre côté. Et les arbitres seront ici d'abord les juges du comportement des Etats à l'égard des investissements étrangers, avant d'être ceux d'un litige né d'un contrat international déterminé. A ce double titre, on est bien en présence d'un arbitrage de la mondialisation »⁴³⁴.

⁴³² P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395, p. 395.

⁴³³ B. Simma, "Self-contained regimes", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 16, n° 1, 1985, pp. 111-136 ; L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.

⁴³⁴ P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in G. Farjat, *Philosophie du droit et droit économique: Quel dialogue?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Frison-Roche, Paris, 1999, p. 386 et s., p. 393.

Or, cet arbitrage de la mondialisation ne peut fonctionner que si les droits des investisseurs font surgir des devoirs correspondants⁴³⁵. En effet, face à la crise de légitimité qu'a traversé – et que continue de traverser – le CIRDI, il est plus que jamais nécessaire de procéder à un rééquilibrage du droit international des investissements en déplaçant le balancier à la faveur des Etats.

⁴³⁵ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, spéc. p. 838.

CHAPITRE 8

VERS UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS PLUS EQUILIBRE

Récemment, un nouveau mouvement a traversé le droit international des investissements, conduisant à s'interroger sur sa légitimité et sur la nécessité de faire correspondre, pour chaque sujet de droit, des droits à ses obligations ou des obligations à ses droits. En effet, la jurisprudence du CIRDI a mis en lumière que le droit international des investissements, du fait de sa construction sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement, créait un déséquilibre en faveur des investisseurs, au détriment des Etats. Or, comme le notait la CNUCED dès la fin des années 1990 :

« In an increasingly integrated world economy, the proper functioning of the market depends not only on the control of government measures that seek directly to regulate the conduct of foreign investors, but also on the presence of a broader national and international legal framework protecting the market from public or private actions and policies that distort its operation. Regional and to a lesser extent multilateral instruments already embody rules and mechanisms to that effect, although the general picture is still mixed and no comprehensive regulatory framework has emerged »⁴³⁶.

Si le droit international général est pour l'instant incapable de régler réellement l'activité des investisseurs, il est décisif que le droit international des investissements y parvienne, pour une question de survie. En effet, la crise de légitimité qui le traverse a parfois entraîné son rejet, tant par les pays en développement que par les pays développés.

Cependant, si le constat de la nécessité de rééquilibrer le droit international des investissements est largement partagé, cela n'est pas sans poser certains problèmes, liés en particulier à la nature de ses sujets :

« One difficulty in establishing such a framework, apart from obvious policy differences between States, is that international law and international instruments generally do not directly address investors. While they may impose on States duties (or recognize rights and competencies) that concern investors, to their benefit or to their detriment, they normally do not deal directly with TNCs or their affiliates, expressly recognizing rights to or imposing obligations on them. This pattern is beginning to change, just as the international law status of individuals, on which it is modeled, is

⁴³⁶ CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: an Overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, 1999, Genève, IX-122 p., p. 4.

changing. The development of international legal norms for the protection of human rights and for the suppression of international crimes and terrorism is increasingly bringing individuals within the ambit of international law as to rights as well as duties established by international law »⁴³⁷.

On le comprend bien : le fait d'imposer des obligations aux investisseurs est étroitement lié à la question de leur statut et au degré de reconnaissance de leur personnalité juridique dans l'ordre juridique international. Cela ne crée pas réellement de difficulté lorsqu'il s'agit de leur reconnaître des droits, conformément à la théorie sur les effets des traités, mais l'imposition d'obligations soulève un problème conceptuel⁴³⁸, en particulier celui de savoir si le traité international est un instrument opportun pour réglementer les investissements internationaux, alors que les investisseurs ne peuvent y être parties. Pourtant, dès lors que les investisseurs sont considérés comme des sujets du droit international des investissements, il est indispensable que les droits qui leur sont accordés soient corrélés par des obligations :

« Since a company is treated as a legal entity with corresponding rights, it should also have responsibilities and duties towards others, including the society where its business is conducted »⁴³⁹.

Or, le droit international des investissements apparaissait à certains comme fondamentalement déséquilibré. Ils ont ainsi accusé le CIRDI, dont les tribunaux auraient fait pencher la balance excessivement en faveur des investisseurs et qui auraient dû faire preuve de plus de retenue⁴⁴⁰, comme l'a affirmé le Tribunal dans l'affaire *El Paso* :

« the investors will not use appropriate restraint – and why should they ? – if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests in the hands of the ICSID tribunals »⁴⁴¹.

Cependant, la question se pose de savoir si les arbitres ont réellement la liberté de faire preuve de davantage de mesure et de pondération lorsque les instruments qui leur donnent compétence et qui fondent leur décision sont clairement en faveur des investisseurs.

⁴³⁷ CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: an Overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, 1999, Genève, IX-122 p., p. 69.

⁴³⁸ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 145 : « There has been little movement towards the recognition of the obligations of multinational corporations towards host states and the communities in which these corporations operate. The fiction that these corporations do not have personality in international law has often been used as a reason for the non-development of these rules ».

⁴³⁹ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 168.

⁴⁴⁰ A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.

⁴⁴¹ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), décision du 27 avril 2006, paragraphe 82.

D'ailleurs, d'autres ont concentré leurs reproches sur les traités bilatéraux, qui sont, sans nul doute, largement responsables du déséquilibre constaté en faveur du secteur privé, du fait qu'ils ne faisaient qu'affirmer les droits des investisseurs, sans obligation en contrepartie.

En réalité, c'est davantage l'ordre juridique international relatif aux investissements, créé par l'action conjointe des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, qui est en cause. Le droit international des investissements est et a été exclusivement conçu comme un droit de protection des investisseurs, qui n'avait donc pour seul objet que de leur accorder des droits face aux Etats. Et c'est bien l'objet de ce droit qui est aujourd'hui contesté et qui a entraîné un mouvement de rejet idéologique de la part de certains Etats, allant jusqu'à la dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement. Mais même lorsque les Etats n'allaient pas jusqu'à ces extrêmes, le constat était partagé sur la nécessité de modifier en profondeur le droit international des investissements.

Face à cette crise de légitimité – dont souffraient en particulier les arbitres – les tribunaux ont tenté de puiser dans d'autres branches du droit international des principes leur permettant de réaffirmer les droits des Etats face à la toute-puissance des investisseurs. Cependant, un vrai changement de direction de cet ordre juridique ne pouvait intervenir que grâce à l'action conjointe des tribunaux et des Etats.

La reconnaissance unanime des insuffisances du système relatif aux investissements internationaux a alors entraîné un mouvement de renégociation des traités bilatéraux d'investissement, y compris par les pays normalement exportateurs de capitaux, envoyant ainsi un message positif sur l'avenir du droit international des investissements, comme on a pu le remarquer :

« il y a, du reste, peut-être une lueur d'espoir dans le fait que les pays du nord traditionnellement exportateurs de capitaux se retrouvent aujourd'hui dans le rôle d'Etats hôtes et, de ce fait, se trouvent sous la menace d'un phénomène boomerang. Il se pourrait, en conséquence, qu'ils soient, à l'avenir, moins enthousiastes pour accepter, sous le couvert d'une réciprocité moins factice que naguère, de telles limitations à leurs compétences souveraines »⁴⁴².

Ce mouvement est déjà en marche et même si la révision de tous les traités bilatéraux d'investissement prendra du temps, la nouvelle génération de modèles est davantage respectueuse de la souveraineté des Etats. C'est en tout cas ce que constate Patrick Juillard au sujet du modèle des Etats-Unis :

« Le modèle de 2004 se présente à la fois comme un instrument de récolement et de développement de la pratique américaine. Récolement, parce qu'il s'agit de formuler

⁴⁴² A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110, p. 110.

les conceptions actuelles des Etats-Unis en matière de droit international des investissements. Développement, parce qu'il s'agit de propager les conceptions nouvelles que les Etats-Unis préconisent en matière de droit international des investissements »⁴⁴³.

C'est à ce dernier phénomène de développement qu'il convient ici de s'intéresser. En effet, ce développement n'est pas l'exclusivité des Etats-Unis et de nombreux accords ont inclus des innovations, au regard tant de la politique des Etats que des obligations des investisseurs, qui marquent l'évolution du droit international des investissements.

Ce mouvement d'action-réaction, faisant évoluer le droit international des investissements, permet de rester optimiste sur l'avenir cet ordre juridique, encore très jeune et en construction, qu'est le droit international des investissements, celui-ci ayant réussi à tirer les leçons (Section 2) de la crise qu'il a traversé (Section 1).

SECTION 1. LA CRISE DE LEGITIMITE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

On pourrait penser que les tensions qui traversaient le droit international des investissements à ses débuts, en particulier suite à la décolonisation, seraient aujourd'hui oubliées, mais tel n'est pas le cas. Bien que le politique ait en partie cédé le pas au juridique par l'institution d'un centre d'arbitrage, il n'empêche que ce droit est toujours l'objet des plus sévères critiques. Venant logiquement des pays en développement qui regrettaient le déséquilibre des instruments en matière d'investissement, elles se sont généralisées du fait d'affaires sur le fondement de l'ALENA, impliquant notamment les Etats-Unis, en particulier l'affaire *Loewen contre Etats-Unis d'Amérique*⁴⁴⁴.

Le droit international des investissements traverse ainsi une grave crise existentielle, en grande partie liée à sa nature hybride. Le caractère public des intérêts qu'il met en jeu se conjugue parfois mal avec un arbitrage s'apparentant, sur de nombreux points, à l'arbitrage commercial international. Les arbitres ont été attentifs à cette particularité, comme l'a noté le Tribunal dans l'affaire *Methanex* :

⁴⁴³ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 672.

⁴⁴⁴ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

« There is undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties »⁴⁴⁵.

Malgré cette conscience des arbitres, le droit international des investissements n'a pas tardé à montrer ses limites, l'objet même de ce droit posant problème. Les nombreuses critiques adressées au droit international des investissements (Paragraphe 1) ont ainsi parfois entraîné un rejet du système par un certain nombre d'Etats (Paragraphe 2), faisant même douter de l'avenir de cet ordre juridique.

PARAGRAPHE 1. LES CRITIQUES A L'ENCONTRE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Le régime des investissements étrangers est au centre de la définition de la politique économique d'un Etat et dépend d'importantes considérations économiques et gouvernementales. Même si le Nouvel ordre économique international est depuis longtemps enterré, certains contestent aujourd'hui le rôle des investissements internationaux dans le développement économique. Ce changement de conception dogmatique des investissements a rendu encore plus insupportable le fait que les investisseurs étrangers jouissent d'un régime international leur permettant d'avoir accès à un juge et de négocier d'égal à égal avec les Etats, en influençant considérablement leur politique. Cela est alors apparu comme une ingérence inacceptable dans les affaires intérieures de l'Etat (B), qui ne pouvait plus se justifier au regard de présupposés idéologiques, ceux-ci ayant révélé leurs faiblesses (A).

A. Des critiques idéologiques

Le droit international des investissements est fondé sur certains dogmes politiques et économiques qui, s'ils faisaient une quasi-unanimité à la fin des revendications d'un Nouvel ordre économique international, sont aujourd'hui profondément contestés. Au-delà de la

⁴⁴⁵ S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, décision sur l'admission d'*amici curiae* du 15 janvier 2001, paragraphe 49. V. également CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. contre Argentine* (ARB/03/19), ordonnance relative aux *amici curiae* du 19 mai 2005, paragraphe 19.

critique des présupposés économiques sur lesquels se fonde le droit international des investissements (1°), c'est l'idée même d'une protection organisée au niveau international qui est contestée (2°).

1°) Une critique du libéralisme

Depuis le début de la crise financière en 2008, de nombreuses interrogations sont apparues quant à la capacité du système capitaliste mondialisé et financiarisé à assurer autant dans les pays développés qu'émergents un développement économique stable, accompagné d'une prise en compte de facteurs humains et environnementaux. L'idéologie semble s'être fissurée, alors que les instruments juridiques internationaux mis en place au cours des dernières décennies sont encore très largement influencés par une vision néolibérale de l'économie et des investissements étrangers. Les présupposés économiques qui sous-tendent le droit international des investissements sont loin de faire aujourd'hui l'unanimité dans ce contexte de crise.

A l'âge d'or du droit international des investissements, tous s'accordaient sur une idéologie associant investissements internationaux et développement économique, ce qui ressort clairement du Préambule des Principes directeurs de la Banque mondiale, selon lequel :

« un accroissement des flux de l'investissement direct étranger profite largement à l'économie mondiale et à l'économie des pays en développement en particulier, en ce qu'il améliorera les perspectives économiques à long terme du pays d'accueil par le renforcement de la concurrence, par les transferts de capitaux, de technologie et de savoir faire et par l'élargissement de l'accès aux marchés en ce qu'il favorise l'expansion du commerce international »⁴⁴⁶.

La théorie du marché libre et de la concurrence parfaite s'est imposée universellement à partir de la chute du Mur, ce qui a donné à la mondialisation économique et au libéralisme un élan sans précédent. Les organisations internationales, telles que la Banque mondiale ou le Fonds Monétaire International, ont largement contribué à la diffusion de ces politiques de libéralisation, de privatisations et de stabilisation macro-économique, grâce à la

⁴⁴⁶ Premier alinéa du préambule des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger tel que traduit in D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807, p. 801.

conditionnalité, faisant de ces réformes les conditions d'obtention des prêts, mais aussi le dogme pour la création d'un environnement attractif pour les investissements⁴⁴⁷.

Dès lors, le développement économique ne pouvait être atteint que par l'investissement international, nécessitant l'envoi de signaux positifs aux investisseurs étrangers. La ratification de la Convention de Washington et des très nombreux traités bilatéraux d'investissement étaient ces signaux. Le droit international des investissements ne peut donc se comprendre qu'à la lumière de cette idéologie, considérant que :

« Both capital-importing and capital-exporting countries derive benefits from increased flows of foreign investment. Apart from the transfer of technology connected to foreign investment, the creation of employment, additional tax revenue, etc., investment treaties create a legal infrastructure for the functioning of a global market economy by protecting property rights, offering contract protection, establishing nondiscrimination as a prerequisite for competition through national and most-favored-nation treatment, and making effective dispute-settlement mechanisms. Perfect market conditions presupposed, this leads to the efficient allocation of capital, economic growth, and development, and benefits both capital-exporting and capital-importing countries through an increase in overall well-being »⁴⁴⁸.

Toutefois, les présupposés sur lesquels se fonde cette idéologie sont aujourd'hui contestés. Même s'il est vrai que l'investissement étranger peut contribuer au développement économique, comme le fait justement remarquer Christoph Schreuer :

« There is a broad consensus that foreign investment is an important if not the most important factor in economic development. It provides access to a number of indispensable economic resources. These include capital, technology and know-how. The volume of capital transfers through private foreign investment is considerably larger than all forms of public development aid, bilateral and multilateral.

In addition, foreign investment facilitates access to world markets, to worldwide distribution channels and other networks. Not infrequently, foreign direct investment contributes to the improvement of infrastructures in developing countries like telecommunication systems, roads and airports, to the training of the local workforce and to the development of indigenous industries »⁴⁴⁹.

Il demeure que ce lien entre développement et investissement, selon lequel toute augmentation des investissements venant de l'étranger serait bénéfique au développement d'un pays, n'apparaît plus si évident, celui-ci étant de plus relativement difficile à établir de manière empirique. D'une part, il apparaît aujourd'hui réducteur de définir le développement

⁴⁴⁷ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 49.

⁴⁴⁸ C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498, p. 496.

⁴⁴⁹ C. Schreuer, "The Future of Investment Arbitration" in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane et S. Wiessner, *Looking at the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, pp. 787-803, p. 787.

au regard de la seule croissance économique et du produit intérieur brut. La prise en compte de facteurs humains et environnementaux, en particulier, est apparue comme nécessaire afin d'éviter certains excès liés à une recherche frénétique de la croissance, et a donné lieu notamment au concept de « développement durable ». On peut, dès lors, s'interroger sur la compatibilité d'une ambition d'augmentation des flux d'investissements étrangers avec ce changement de perspective dans la conception même du développement, impliquant la prise en compte d'intérêts non purement économiques⁴⁵⁰.

D'autre part, les désillusions et effets indésirables d'un développement basé essentiellement sur les investissements venant de l'étranger sont apparus en pleine lumière. Par exemple, la crise asiatique de la fin des années 1990 a révélé les effets négatifs d'un développement reposant, peut-être en trop grande partie, sur les apports extérieurs d'investissement : en cas de retraits soudains des capitaux, les Etats hôtes se retrouvent dans une situation pour le moins difficile⁴⁵¹. Par ailleurs, les flux d'investissements entrants sont à mettre en rapport avec les rapatriements de capitaux effectués par les investisseurs, qui peuvent dans certains cas s'avérer beaucoup plus importants que les capitaux introduits⁴⁵², posant un problème de balance des paiements. De même, les dynamiques locales de développement des infrastructures et d'introduction de connaissances, de compétences et de technologies peuvent elles aussi s'avérer moins bénéfiques que ce qui était initialement envisagé, et peuvent rester confinées au sein d'une élite d'expatriés sans irriguer la société locale⁴⁵³.

L'hypothèse de concurrence libre et parfaite est également remise en question face à la discrimination inversée à l'encontre des investisseurs nationaux, qui jouissent de moins d'avantages que les investisseurs étrangers⁴⁵⁴. C'est en tout cas ce que semble avoir constaté l'OMC, notant que les pays souhaitant attirer les investisseurs « *are creating a sort of reverse discrimination against their own local companies* »⁴⁵⁵. Cela ressort clairement de la possibilité offerte aux investisseurs étrangers de pouvoir recourir à l'arbitrage international, mais aussi de l'application des standards très protecteurs des conventions bilatérales d'investissement. Or, si l'un des objectifs du droit international des investissements est d'organiser une égalité de traitement, tout en préservant une concurrence loyale, cet objectif

⁴⁵⁰ W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, 4, 2008, pp. 999-1033.

⁴⁵¹ M. Sornarajah, "The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 273-296.

⁴⁵² J. R. O'neal et F. H. O'neal, "Hegemony, Imperialism, and the Profitability of Foreign Investments", *International Organization*, vol. 42, n° 2, 1988, pp. 347-373 ; H. Cunningham, "Multinationals and Restructuring in Latin America" in C. J. Dixon, D. W. Drakakis-Smith et H. D. Watts, *Multinational Corporations and the Third World*, Croom Helm, Londres, 1986, p. 46 et s.

⁴⁵³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524

p.

⁴⁵⁴ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 182-183.

⁴⁵⁵ Groupe de travail de l'OMC, document soumis le 27 juin 2002, WT/WGTI/W/122.

ne peut être atteint en l'état actuel, alors que les investisseurs étrangers sont largement favorisés.

Le lien direct entre l'accroissement des flux d'investissements étrangers et le développement disparaît alors peu à peu, ce qui s'inscrit dans une critique plus générale du système capitaliste libre-échangiste mondialisé.

Si les fondements idéologiques sont remis en question, le dogme selon lequel l'attrait des investissements ne passerait que par la ratification de traités bilatéraux d'investissement est également contesté. A supposer que les flux d'investissement aient un effet bénéfique sur le développement, il est difficile d'évaluer l'effet du cadre juridique mis en place par la Convention de Washington ou par les traités bilatéraux d'investissement sur ces flux. Un certain nombre d'études statistiques se sont penchées sur la question, mais leurs conclusions demeurent nuancées⁴⁵⁶, en raison de la difficulté à isoler ce facteur des autres aspects pouvant influencer les investissements étrangers. Le CNUCED en fait état dans son Rapport de 2003 :

« What has been the impact of BITs on FDI flows? An aggregate statistical analysis does not reveal a significant independent impact of BITs in determining FDI flows (...). At best, BITs play a minor role in influencing global FDI flows and explaining differences in their size among countries. (...) Why this finding? The policy framework is at best enabling, having by itself little or no effect on FDI flows. It has to be complemented by economic determinants that attract FDI, especially market size and growth, skills, abundant competitive resources and good infrastructure. (...) It is difficult to identify the specific impact of the policy framework on FDI flows, given the interaction and relative importance of individual determinants »⁴⁵⁷.

Ce manque de lien démontré entre traités et investissements donne donc un argument supplémentaire à ceux qui souhaitent des modifications substantielles du système fondé sur l'alliance entre traités bilatéraux d'investissement et CIRDI. L'observation de la situation dans un certain nombre de pays révèle bien la complexité du problème :

« Despite the introduction of these policies in countries like Argentina and Indonesia, there seems to have been a worsening of the economic situation. Many African

⁴⁵⁶ V. *supra*, p. 120 et s. V. également, not., M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, Washington, 2003, 36 p. ; E. Neumayer et L. Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, vol. 33, n° 10, 2005, pp. 1567-1585 ; J. W. Salacuse et N. P. Sullivan, "Do BITs really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136 ; S. Rose-Ackerman et J. L. Tobin, "Do BITs Benefit Developing Countries?" in C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 131-144 ; K. P. Sauvart et L. E. Sachs, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009, LXII-732 p. ; J. Yackee, "Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment" in K. P. Sauvart et L. E. Sachs, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flow*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 379-394.

⁴⁵⁷ CNUCED, *World Investment Report 2003 - FDI Policies for Development : National and International Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, XX--303 p.

countries have enacted laws that are favourable to foreign investment without seeing any increase in foreign investment in real terms »⁴⁵⁸.

Si l'on ajoute à cette absence supposée d'effets positifs du régime international des investissements le fait que certaines sentences ont été perçues par l'opinion publique comme une forme d'affirmation cynique des effets indésirables de la mondialisation libérale, on comprend qu'aujourd'hui le droit international des investissements souffre d'un large désaveu. Cela est d'autant plus vrai que ce système a semblé être incapable de faire un arbitrage équilibré entre les intérêts des investisseurs et l'intérêt public, tel qu'il ressort des politiques mises en œuvre par les Etats.

2°) Intérêt public vs. droits des investisseurs

Le système international relatif aux investissements n'est ni favorable aux investisseurs, ni favorable aux Etats dans l'absolu : il n'est que ce que les Etats souhaitent qu'il soit. Comme le note Jan Paulsson :

*« The raison d'être of a reliable legal infrastructure is purely instrumental. A good tool used to implement misguided policies yields poor results, but there is no reason to blame the tool »*⁴⁵⁹.

Or, les Etats en ont fait un système de protection des investisseurs, qui semble parfois ne pas être assez respectueux de leurs propres intérêts. La protection des investissements étrangers est affichée comme l'objectif principal des Etats signataires des traités. Pourtant,

*« L'Etat a une certaine responsabilité vis-à-vis de l'investisseur mais il a aussi des responsabilités plus vastes »*⁴⁶⁰, notamment à l'égard de sa population et de l'intérêt public.

Le système apparaît profondément asymétrique, ce qui a donné lieu à de nombreuses critiques. Ces critiques concernent, tout d'abord, le contenu des traités, les droits accordés aux investisseurs n'étant généralement pas accompagnés d'obligations pour les investisseurs, mais

⁴⁵⁸ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

⁴⁵⁹ J. Paulsson, "What Authority do International Arbitrators have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165, p. 139.

⁴⁶⁰ B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 189.

seulement d'obligations pour les Etats. Le droit international des investissements ne peut être alors perçu que comme un droit injuste et déséquilibré,

« Les instruments qui protègent les investisseurs contre les mesures que pourraient prendre les pays en développement [étant] plus nombreux que les instruments qui protègent les pays en développement contre le comportement ou les agissements des investissements. C'est-à-dire que ce débat s'est achevé à l'avantage des investisseurs »⁴⁶¹.

Ensuite, d'un point de vue procédural, la possibilité de déclencher unilatéralement une procédure arbitrale est uniquement accordée aux investisseurs et non aux Etats. Comme le constate Brigitte Stern :

« Les investisseurs effectivement, dans 90% des affaires, demandent des comptes aux Etats sur la façon dont ils mettent en œuvre leur souveraineté, en se fondant non pas sur des engagements précis de l'Etat à leur égard, mais simplement sur le fait que les investisseurs sont sur le territoire de celui-ci, ce qui ne va pas sans poser de problème »⁴⁶².

Mais surtout, les droits accordés aux investisseurs ne trouvent aucune limite au regard de l'intérêt public, qui semble être relégué au second plan :

« *The perceived unevenness created by a regime that protects property, investment, and foreign investors without sufficient regard to other non-investment-related interests of host states* »⁴⁶³.

Pourtant, les investissements ont une dimension profondément politique : ils impliquent des Etats, objets politiques par nature, un arbitrage entre une politique économique favorable aux investissements internationaux, d'une part, et l'intérêt public, tel qu'il ressort des préoccupations liées à l'environnement⁴⁶⁴, la santé⁴⁶⁵, la culture⁴⁶⁶ ou les droits de l'homme⁴⁶⁷. Cette portée politique est exacerbée par le fait qu'en cas d'arbitrage international

⁴⁶¹ P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, 1994, pp. 18-384, p. 75.

⁴⁶² P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 351.

⁴⁶³ C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498.

⁴⁶⁴ V., par ex., CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; Sentence CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. contre Canada*, sentence du 30 décembre 2002 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. contre Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003 ; Sentence CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005.

⁴⁶⁵ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

⁴⁶⁶ V., not., CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007 ; Sentence CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd. contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 8 juin 2009.

⁴⁶⁷ V., en particulier, CIRDI, *Phoenix Action Ltd contre République Tchèque* (ARB/06/5), sentence du 15 avril 2009, paragraphe 78.

et de sentence défavorable à l'Etat, les dédommagements financiers seront payés par les fonds publics des Etats.

Il est donc apparu nécessaire que l'intérêt général soit pris en compte dans la définition d'une politique de l'investissement. Or l'objectif unique du système relatif aux investissements étant leur protection, cela a quelques effets pervers.

En particulier, l'Etat ne pourra pas réglementer librement tous les domaines touchant aux investissements. C'est là l'un des reproches principaux faits par les organisations non-gouvernementales au droit international des investissements :

« The major focus of (...) concern relates to the ability of corporations, notably foreign corporations, to use Chapter 11's provisions in ways that can restrict or even negate governments' ability to protect human welfare and the environment. These concerns can be summed up in two basic claims brought by Chapter 11's critics:

- *Chapter 11 can undermine efforts to enact new laws and regulations in the public interest, in particular to protect the environment and human health.*
- *Chapter 11 can require governments to pay compensation to polluters to stop polluting, even if their activities have an adverse impact on public health and welfare »⁴⁶⁸.*

Cela est apparu clairement lorsque les Etats ont commencé à se préoccuper de l'impact de l'investissement sur l'environnement. La médiatisation de l'affaire *Metalclad* a révélé aux yeux de l'opinion publique la réalité des arbitrages du CIRDI dans un contexte de protection environnementale⁴⁶⁹. Dans cette affaire, l'entreprise américaine *Metalclad* avait conclu un contrat avec le gouvernement mexicain, en vue de la construction et gestion d'une décharge de produits dangereux à Guadalupe. Les autorités locales ont, cependant, ensuite refusé d'émettre les autorisations nécessaires, au motif que la décharge se trouverait à proximité du site d'une réserve écologique, ce qui a obligé *Metalclad* à quitter la concession. L'affaire a été portée devant le CIRDI au titre du Chapitre 11 de l'ALENA et l'Etat mexicain a été condamné à verser 15,6 millions de dollars à l'entreprise américaine. En effet, même si le Tribunal a reconnu que l'ALENA mentionnait dans ses objectifs la protection de l'environnement et que son article 1114 autorisait les Etats à prendre des mesures en sa faveur, la qualification de l'expropriation ne dépendait que du critère de l'impact économique et non de la prise en considération des autres intérêts en jeu⁴⁷⁰. L'application de cette théorie

⁴⁶⁸ IISD and WWF, *Private Rights, Public Problems - A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001, X-110 p. Le Rapport ajoute que : « *These provisions are now being turned into a means to fend off proposed new regulations, lobby for or against specific government actions, and generally to preserve or gain a competitive position. Threats to use Chapter 11 are now a routine lobbying instrument* ».

⁴⁶⁹ CIRDI, *Metalclad Corporation contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

⁴⁷⁰ S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563, pp. 550-551.

de l'effet unique a ainsi été à l'origine de nombreuses critiques du droit international des investissements⁴⁷¹.

Il semble donc qu'un des défis actuels du droit international des investissements soit de prendre en compte à la fois la protection des investisseurs et la possibilité pour les Etats de mettre en œuvre librement leurs politiques en vue de l'intérêt général. Face à la possible contradiction des obligations découlant des traités relatifs aux investissements et des impératifs d'intérêt public, il faut que les tribunaux arbitraux trouvent un juste équilibre :

*« Much more than buttressing singular capital interests, investment treaties and arbitration aim at anchoring good governance standards that lock states into a policymaking framework that is open towards the functioning of markets in a global economic system, without losing sight of the state's legitimate regulatory interests »*⁴⁷².

Cependant, la question se pose également au regard de la définition des « *legitimate regulatory interests* ». Si certains intérêts sont plus légitimes que d'autres, il faut se demander si les arbitres sont les juges opportuns de cette légitimité.

Le caractère essentiel de l'investissement dans la conduite de la politique des Etats, mais surtout la possibilité offerte aux investisseurs de faire passer leurs intérêts au-dessus de l'intérêt général, ont abouti à considérer le droit international des investissements comme une ingérence insupportable dans les affaires intérieures de l'Etat.

B. Une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat ?

Au fur et à mesure que s'exprimaient les critiques du droit international des investissements, ce régime juridique internationalisé s'imposant *de facto* aux Etats et soumettant leurs politiques au contrôle d'un juge privé (2°) apparaissait comme une atteinte insupportable à leur souveraineté (1°).

⁴⁷¹ IISD and WWF, *Private Rights, Public Problems - A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001, X-110 p.

⁴⁷² C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498.

1°) Une atteinte perçue à la souveraineté

L'investissement étant au centre des politiques publiques, le fait qu'un régime international s'impose et empêche l'Etat de mener à bien ses politiques est apparu comme difficilement conciliable avec la notion de souveraineté.

Ce retour de bâton subi par le droit international des investissements⁴⁷³ a d'ailleurs ébranlé les fondations du droit international public, les Etats commençant à rechercher refuge dans leurs constitutions nationales pour éviter de se soumettre aux règles imposées par les traités bilatéraux d'investissement et aux sentences qui en découlaient. Ce fut en particulier le cas de l'Argentine.

A partir de 2004, la question de la possible invocation par l'Argentine, face à toutes les affaires auxquelles elle était confrontée, de sa constitution pour échapper à ses obligations internationales s'est posée. Certains ont redouté que l'exécution des sentences CIRDI soit ainsi bloquée du fait de leur contradiction avec le droit interne :

« The door is open, therefore, for local authorities – in Argentina, the judiciary – to review the ICSID awards and to decide whether or not they should be enforced. Obviously, « the public law principle set forth in this Constitution », as article 27 states, encompass standards closely linked to concepts like « sovereignty » and « state of emergency ». Legal grounds could be found, thus, to block those ICSID awards that may affect the Government's decisions adopted within the framework of said concepts »⁴⁷⁴.

Même si l'argument constitutionnel ne semble pas avoir eu de réel impact dans les affaires argentines, il a été à l'origine de la modification du dernier modèle colombien de 2008 et des modifications constitutionnelles ont été entreprises en Equateur et en Bolivie en signe de rejet de l'arbitrage international⁴⁷⁵. C'est là un possible recul du droit international, dont l'un des principes les plus fondamentaux est bien évidemment qu' :

« Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »⁴⁷⁶.

Une telle invocation des constitutions nationales n'est pas anodine et révèle l'opinion de certains détracteurs du droit international des investissements qui considèrent que les traités

⁴⁷³ V. not. M. Waibel, *The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, LIV-614 p.

⁴⁷⁴ C. E. Alfaro et P. Loreti, "Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID Jurisdiction - The Potential New Government Defenses Against the Enforcement of ICSID Arbitral - Issues that May Subject the Award to the Revision of the Judiciary", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, 2005, 3 p., p. 2.

⁴⁷⁵ Voir *infra*, p. 827 et s.

⁴⁷⁶ Art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

bilatéraux d'investissement et la Convention de Washington constituent un abandon inacceptable de souveraineté. C'est là encore l'un des fondements du droit international public qui est bousculé, la Cour mondiale ayant affirmé dès sa première affaire qu'elle se refusait :

« à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat »⁴⁷⁷.

Pourtant, cet argument ne peut pleinement surprendre en droit international des investissements. En effet, les conditions de négociation des traités bilatéraux d'investissement manquent souvent de transparence. Même si la ratification des traités est soumise à des conditions démocratiques, telles que le vote des parlements nationaux ou même le recours au referendum, les citoyens peuvent dans un certains nombre de cas avoir le sentiment de ne pas être informés des enjeux des négociations. De plus, les différences fondamentales de puissance de négociation alliées à l'utilisation de modèles conventionnels font douter de la réalité de l'égalité souveraine des Etats en ce qui concerne les investissements internationaux. Le marché de l'investissement étant un marché déséquilibré, les investisseurs et les Etats exportateurs de capitaux ont la haute main sur le droit international des investissements, comme l'explique bien Patrick Juillard :

« les pays développés envoyaient leur modèle conventionnel aux pays en développement et quelques jours après, les pays en développement renvoyaient le tout au quai d'Orsay, après les avoir signés »⁴⁷⁸.

L'argument de la dépendance ou de la contrainte économique exercée sur certains Etats, qui n'ont d'autre choix que de ratifier des traités qu'ils n'ont pu négocier pour espérer attirer des investissements étrangers sur le marché hautement concurrentiel des capitaux internationaux, n'est jamais bien loin⁴⁷⁹.

Cette critique au regard de l'atteinte à la souveraineté n'est d'ailleurs pas le privilège des pays en développement, mais s'est propagé vers de nombreux Etats, en particulier aux Etats-Unis, qui jouissent pourtant d'une très importante puissance de négociation des accords en la matière. Suite à certaines affaires concernant cet Etat⁴⁸⁰ et à leur importante médiatisation, un

⁴⁷⁷ CPJI, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, *Rec. Série A*, n° 01, p. 16, p. 25.

⁴⁷⁸ B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 191.

⁴⁷⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

⁴⁸⁰ V. not. CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003 ; Sentence CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005.

débat public s'est ouvert et a donné lieu à d'importantes discussions au Congrès lors de la session d'août 1999⁴⁸¹. Au cours de cette session, plusieurs députés se sont insurgés contre la perte de souveraineté des Etats, entraînée par l'ALENA :

*« We must stand together to protect the sovereignty of American laws. We should not allow American taxpayer dollars pay American lawyers to help a foreign corporation fight American state laws in court »*⁴⁸².

D'autres ont évoqué l'injustice du système international :

*« As the pace of economic globalization heightens, we should be very wary of sacrificing state and local laws at the altar of ill-defined international investor rights. Free trade should mean fair trade, and fair trade should not trammel the power of state and local governments to act in the public interest »*⁴⁸³.

Le sénateur John Kerry s'est également attaqué à l'ALENA, se fondant cette fois sur les principes du droit international :

*« The doctrine of sovereign immunity is centuries old in this country, and it holds that you cannot sue a government unless such a lawsuit is expressly permitted. But a claim against an action taken by the city of Boston by Mondev International, a Canadian real estate developer, has challenged this concept before a NAFTA tribunal. The Mondev case is an example of those cases where we ultimately see the sovereignty of the Supreme Court of the United States being subjected to second-guessing and questioning by a secret tribunal of NAFTA , over which we have no control of the standards because the standards have not been set to respect the Constitution of the United States »*⁴⁸⁴.

Une partie de ces débats est intervenue à propos du vote d'un amendement, l'amendement Kucinich/Ros-Lehtinen, qui avait pour objet d'interdire au *Department of Justice* d'utiliser son budget pour contester les lois d'un Etat fédéré qui violeraient l'ALENA⁴⁸⁵. Par exemple, dans le cas de l'affaire *Loewen*, le *Department of Justice* n'aurait pu demander au Mississippi de revoir son système de justice. Il s'agissait, somme toute, d'éviter que les décisions des tribunaux des Etats-Unis ne soient remises en cause par les sentences arbitrales rendues dans

⁴⁸¹ V. les rapports : 145 *Congressional Record* H7367-02. V. également, not., J. Paulsson, "What Authority do International Arbitrators have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165, pp. 137-138.

⁴⁸² Propos de M. Shows, député du Mississippi, 145 *Congressional Record* H7367-02

⁴⁸³ Propos de M. Tierney, député du Massachusetts, 154 *Congressional Record* H7367-02.

⁴⁸⁴ Propos de M. Kerry, sénateur du Massachusetts, 148 *Congressional Record* (2002) S4592-01. Ces propos sont intervenus lors d'un débat concernant la possibilité de refuser tout traitement plus favorable aux investisseurs étrangers, par rapport aux investisseurs nationaux.

⁴⁸⁵ L'amendement se lisait ainsi « *None of the funds made available in this Act may be used for the filing of a complaint, or any motion seeking declaratory or injunctive relief pursuant thereto, in any legal action brought under section 102(b)(2) of the North American Free Trade Agreement Implementation Act (19 U.S.C. 3312(b)(2)) or section 102(b)(2) of the Uruguay Round Agreements Act (19 U.S.C. 3512(b)(2))* » (Sec. 801, 145 *Congressional Record* H7367-02).

le cadre de l'ALENA. L'amendement n'a, toutefois, pas été voté, le non l'ayant emporté à 226 voix contre 196 au Sénat des Etats-Unis.

Il demeure que ces nombreux débats, ayant lieu dans la plupart des Etats, du Nord comme du Sud, sont en général liés à la condamnation de ces Etats, dans des sentences jugées injustes, qui entraînent peu à peu un désaveu de l'arbitrage.

2°) Le rejet de l'arbitrage international

Le droit international des investissements est aujourd'hui traversé par ce que l'on a qualifié de crise de légitimité :

« The rise of investment treaties and investment-treaty arbitration has attracted critical attention from the users of the dispute settlement mechanism (that is, investors and host states) as well as various interest groups that claim to represent « civil society » and the « public interest. Although these critical voices vary in the specific points they raise and in the tone in which they raise them, they have contributed to a considerable amount of literature intimating that investment law may be in a veritable « legitimacy crisis » »⁴⁸⁶.

Cette crise de légitimité touche particulièrement gravement l'arbitrage international, qui fait l'objet de nombreuses critiques, qui portent essentiellement sur le caractère imprévisible et fluctuant de la jurisprudence⁴⁸⁷, l'inexistence d'un réel système d'appel⁴⁸⁸, le manque de transparence dans la procédure et, enfin, sur le mode de désignation des arbitres et les éventuels conflits d'intérêts. Tous ces points affectent autant la légitimité accordée à une sentence particulière, que l'orientation générale du droit impulsée par les arbitres. En outre,

⁴⁸⁶ C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498, p. 473.

⁴⁸⁷ V. également S. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, pp. 1521-1625, p. 1584 : « Without the clarity and consistency of both the rules of law and their application, there is a detrimental impact upon those governed by the rules and their willingness and ability to adhere to such rules, which can lead to a crisis of legitimacy. Legitimacy depends in large part upon factors such as determinacy and coherence, which can in turn beget predictability and reliability. Related concepts such as justice, fairness, accountability, representation, correct use of procedure, and opportunities for review also impact conceptions of legitimacy. When these factors are absent, individuals, companies and governments cannot anticipate how to comply with the law and plan their conduct accordingly, thereby undermining legitimacy ».

⁴⁸⁸ A. F. Lowenfeld, "International Arbitration : Scapegoat or Solution?", *The American Review of International Arbitration*, vol. 13, n°1-4, 2002, pp. 1-7 ; D. Williams, "International Commercial Arbitration and Globalization : Review and Recourse against Awards rendered under Investment Treaties", *The Journal of World Investment*, vol. 4, n° 2, 2003, pp. 251-276 ; A. Redfern, "Investor-State Arbitrations : a Bridge too Far?" in G. Aksen, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, International Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2005, pp. 665-675.

dans une perspective d'un droit qui se construit par interaction entre la jurisprudence et les traités, le problème de la légitimité de l'arbitrage met en question l'avenir du droit international des investissements dans son ensemble.

Alors que l'institutionnalisation de l'arbitrage international en matière d'investissement a pu être vue comme le signe d'une dépolitisation des conflits⁴⁸⁹, le choix de recourir à l'arbitrage international est aujourd'hui perçu comme un choix éminemment politique. Dans l'opinion publique, l'idée qu'une justice privée prenne en charge les affaires publiques a abouti à une importante controverse sur le principe même de l'arbitrage :

*« Critics argue that arbitration, as compared to dispute resolution in courts, is unsuitable for such public law disputes because arbitrators are privately contracted by the parties to specific disputes and do not hold, like tenured judges, a public office »*⁴⁹⁰.

Il y a en effet un contraste important entre une justice rendue par des juges nommés par l'Etat ou élus, et par des jurys populaires, par rapport au système arbitral du CIRDI. Cela est d'autant plus vrai lorsque la représentativité démocratique et le devoir de rendre des comptes aux citoyens sont des caractéristiques fondamentales du fonctionnement de la magistrature. Ceci explique peut-être l'incompréhension et l'indignation d'une partie de l'opinion publique dans les pays à forte culture démocratique, d'autant plus que les décisions arbitrales émanant de tribunaux qualifiés de privés peuvent venir contester les jugements des tribunaux légitimes des Etats⁴⁹¹. Par ailleurs, le mode de désignation des arbitres par les parties ne paraît pas aussi neutre que dans une cour ou un tribunal permanent⁴⁹², ce qui a d'ailleurs occasionné un important débat sur l'opportunité de renoncer à l'arbitrage pour un système juridictionnel permanent⁴⁹³.

Ce rejet de l'arbitrage, perçu comme une justice privée, est encore amplifié par la confidentialité des procédures :

⁴⁸⁹ I. Shihata, "Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 1, 1986, p. 4 et s.

⁴⁹⁰ G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, XXXII-214 p., pp. 152-153. V. également C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498.

⁴⁹¹ On pense en particulier à l'affaire CIRDI, *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

⁴⁹² C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498 : « *the relatively recent critique of whether arbitration, as compared to a permanent court with tenured judges, vitiates the legitimacy of international investment law* ».

⁴⁹³ G. Van Harten, "A Case for an International Investment Court", *Society of International Economic Law - Working Paper*, N°22/08, 2008, 32 p.

« *The secrecy surrounding the investor-state process has been a major source of civil society criticism* »⁴⁹⁴.

Certes, la confidentialité peut présenter de nombreux avantages pour les parties et se justifie aisément dans l'arbitrage commercial international, mais, dès lors qu'un intérêt public est en jeu, il apparaît nécessaire et cohérent avec l'ambition démocratique d'introduire plus de publicité dans la procédure d'arbitrage. C'est là l'une des critiques les plus récurrentes dans la presse⁴⁹⁵.

Il faut, toutefois, reconnaître que le CIRDI a fait de nombreux progrès en la matière, intégrant plusieurs innovations dans sa procédure arbitrale⁴⁹⁶, qui ont très certainement contribué à accélérer l'évolution de la prise en compte des problématiques d'intérêt général dans la jurisprudence récente.

Au cœur de la critique du système d'arbitrage se trouve également la défiance à l'égard des arbitres, dont on craint les possibles conflits d'intérêts⁴⁹⁷. Essentiellement, deux types de conflits d'intérêts sont régulièrement mentionnés. La question se pose d'abord au regard des multiples casquettes des arbitres, qui sont très souvent également conseils des entreprises ou des Etats, mais aussi d'influents universitaires. Meg Kinnear, Secrétaire générale du CIRDI, note à cet égard que :

« *This is one of the hottest issues in investment arbitration. There is huge polarization between those who believe that a good arbitrator is one who can wear different hats, changing them readily, and those who feel that you should have a completely separate arbitrator bar.(...). So the real key is not, « what are the roles you've played », it's not*

⁴⁹⁴ IISD et WWF, *Private Rights, Public Problems - A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001, X-110 p.

⁴⁹⁵ E. Iritani, *Canadians Sue Over NAFTA Bias Clause*, Los Angeles Times, 29 mars 2001 ; « *NAFTA's Powerful Little Secret* », 11 mars 2002, New York Times, Sunday Late Edition, Sect.3 p.1 ; The New Orleans Times Picayune, 30 juin 2003 ; M. Peel et J. Croft, « *Arbitration : Case Closed* », Financial Times, 15 avril 2010. V. également le reportage sur la chaîne américaine PBS, intitulé « *Trading Democracy* », par Bill Moyers, qui commence ainsi : « *Everyone's heard about NAFTA – the North American Free Trade Agreement – and all the talk about jobs. But almost no one heard about one obscure section of NAFTA - Chapter 11 - except for multinational corporations who are using it to challenge democracy.(...) Today, foreign companies are exploiting Chapter 11 to attack public laws that protect our health – and our environment – even to attack the American judicial system. Secret NAFTA Tribunals can force taxpayers to pay billions of dollars in lawsuits filed by corporations against the United States.(...) NAFTA's Chapter 11 threatens radical changes in public policy. But it's all happening out of sight. Citizens have no seat at the table.* ». V. également M. N. Kinnear et A. Diop, "Use of the Media by Counsel in Investor-State Arbitration" in A. J. van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 40-54.

⁴⁹⁶ Voir *supra*, p. 317 et s. V. également A. Redfern, "Investor-State Arbitrations : a Bridge too Far?" in G. Aksen, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, International Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2005, pp. 665-675, p. 672.

⁴⁹⁷ V., en particulier, L. Malintoppi, "Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 789-829.

about the roles you played yesterday. The key is, « in this particular situation, is there conflict? ». That's how we look at it »⁴⁹⁸.

Le second type de conflits d'intérêts, qui peut être très préjudiciable à la légitimité du système arbitral, concerne la désignation d'arbitres qui ont un lien plus ou moins direct avec une des parties à l'affaire. Le règlement du CIRDI impose que tout conflit d'intérêt potentiel doit être explicitement rapporté au préalable par les arbitres concernés⁴⁹⁹. Cependant, l'affaire *Vivendi* a révélé qu'une entorse à ce règlement était toujours possible et n'entraînait pas nécessairement l'annulation d'une sentence rendue par un tribunal arbitral, dont l'un des arbitres aurait omis de mentionner un tel conflit d'intérêt⁵⁰⁰. Ce type de jurisprudence ne participe clairement pas à la résolution de la crise de légitimité du système arbitral du CIRDI.

En effet, dans cette affaire longue et complexe, une première sentence avait rejeté la plainte des investisseurs, donnant raison à l'Etat argentin. Cette décision fut ensuite annulée et un second tribunal fut constitué afin de réévaluer l'affaire et condamna cette fois-ci l'Etat à verser plus de 100 millions de dollars à l'entreprise française. L'Argentine demanda alors l'annulation de la sentence, en faisant valoir, en particulier, la présence d'un conflit d'intérêt concernant l'un des arbitres du second tribunal, Gabrielle Kaufmann-Kohler. En parallèle de sa qualité d'arbitre dans l'affaire, celle-ci siégeait également au conseil d'administration de la banque suisse UBS, qui se trouvait être à l'époque l'un des principaux actionnaires de Vivendi. Ce conflit d'intérêts n'était pas connu des parties ou des arbitres au moment de l'examen de l'affaire par le second tribunal et n'a donc pas été mentionné dans la déclaration faite par Gabrielle Kaufmann-Kohler, conformément à l'article 6 du Règlement d'arbitrage. Le Comité *ad hoc* reconnut les enjeux considérables de cette affaire :

« The ad hoc Committee is aware of its grave responsibility in matters of this nature. They concern not only the continued validity of the Second Award but, as already mentioned, more particularly the integrity of the ICSID process as a whole, which is the clear and undisputed underlying concern of Article 52 of the ICSID Convention »⁵⁰¹.

Il admit l'incompatibilité des fonctions d'arbitres et d'administrateur de banque :

« Since a major international bank has connections with or an interest in virtually any major international company (which companies are also the most likely to end up in international arbitrations), this suggests that the positions of a director of such a bank, and that of an international arbitrator, may not be compatible and should not be, or in a modern international arbitration environment, should no longer be

⁴⁹⁸ D. Caron, "ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear", *Proceedings, 105th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2011, pp. 413-434, p. 432.

⁴⁹⁹ V. l'art. 6 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

⁵⁰⁰ CIRDI, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. contre Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 10 août 2010.

⁵⁰¹ *Ibid.*, paragraphe 206.

combined. (...)The ad hoc Committee thus understands the argument that the Second Tribunal was no longer properly constituted after the board appointment of Professor Kaufmann-Kohler, and that there was a serious departure from a fundamental rule of procedure and considers that this could lead to annulment whenever justified within the context of the case under consideration »⁵⁰².

Cependant, le Comité refusa d'annuler la sentence et conclut que le conflit d'intérêts en question n'était pas suffisant pour annuler la décision, mettant en avant le fait que l'arbitre prétendait de bonne foi ne pas avoir eu connaissance des liens entre UBS et Vivendi au moment des faits.

A cet égard, il est intéressant de noter que le nombre de requêtes de récusation d'arbitres ne cesse d'augmenter, révélant également l'insatisfaction générale à l'égard des arbitres mixtes. En 2011, au moins sept arbitres ont fait l'objet d'une demande de récusation de la part de l'une des parties⁵⁰³.

Cela se justifie aisément au regard de l'impact significatif que peuvent avoir les sentences arbitrales sur les choix politiques et économiques des Etats. Dès lors, il semble parfois problématique de concilier cette forme de justice privée avec le besoin de légitimité requis dans les Etats démocratiques⁵⁰⁴. Cette attention particulière portée à l'activité des arbitres est ainsi liée au besoin d'encadrement de la procédure arbitrale, afin d'éviter en particulier tout abus de pouvoir ou conflit d'intérêts, impliquant une perte de crédibilité du système et un mouvement de retrait des Etats. On peut ainsi conclure avec Loretta Malintoppi que :

« The debate triggered by recent challenges contributed to amending the ICSID Rules at least by expanding the scope of the arbitrator's declaration upon appointment and imposing a continuing duty to disclose. Nonetheless, it may still be necessary to consider enacting a code of ethics for investment arbitrators under the guidance and leadership of ICSID. Too much is at stake in this type of arbitration to continue to ignore the need for a comprehensive solution to the issue of conflicts of interest in investment arbitration »⁵⁰⁵.

La critique la plus grave tient au fait que l'on considère que les arbitres sont toujours plus à l'écoute des investisseurs et tendent à les favoriser. La jurisprudence des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI a un rôle essentiel dans l'interprétation des clauses, souvent vagues, des traités bilatéraux d'investissement. Or,

⁵⁰² *Ibid.*, paragraphes 218 et 232.

⁵⁰³ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., p. 96.

⁵⁰⁴ K. L. Lynch, *The Forces of Economic Globalization - Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, XII-466 p., p. 162.

⁵⁰⁵ L. Malintoppi, "Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 789-829, p. 829.

« une interprétation trop laxiste des traités ou des codes d'investissement introduit plutôt un facteur d'instabilité qu'une protection accrue des investisseurs »⁵⁰⁶.

Cependant, cette critique semble injuste, car, malgré une opinion très répandue, les Etats remportent davantage de succès devant le CIRDI que les investisseurs. En moyenne, 40 pour cent des affaires sont décidées en faveur des Etats ; 30 pour cent en faveur des investisseurs et 30 pour cent se terminent par une transaction⁵⁰⁷. Elle est, de plus, dirigée contre la mauvaise institution, les arbitres ayant conscience des risques d'une interprétation laxiste et ne faisant qu'appliquer les traités bilatéraux d'investissement, seuls responsables de la direction donnée au droit international des investissements, comme le note Jan Paulsson :

« Criticism of international tribunals on the ground that they impede democratic policies – whether protection of the environment or the labour market – is misdirected. International tribunals do not establish policy. They give effect to international agreements. To deny the authority of international tribunals is to deprive states of the power to make meaningful promises ».

Le reproche fait d'un déséquilibre du droit international des investissements viserait alors, non pas l'arbitrage, mais les traités bilatéraux d'investissement, dont l'objectif n'était d'ailleurs pas d'être équilibré, mais bien d'accorder des droits exclusivement aux investisseurs. On ne peut que conclure avec Patrick Juillard que les

« « conventions » bilatérales sont des conventions par essence inégalitaires : elles ne placent pas l'investisseur et l'Etat sur le même pied »⁵⁰⁸.

Antonio Crivellaro note, quant à lui, que :

« ce sera la faute des Etats, et non des tribunaux CIRDI qui appliquent tout simplement la volonté des Etats consacrée dans leurs traités »⁵⁰⁹.

On peut alors reprocher aux conventions bilatérales d'investissement ce qu'on reprochait à l'AMI : « trop de droits aux investisseurs et de devoirs aux Etats »⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 194.

⁵⁰⁷ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., p. 96.

⁵⁰⁸ B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 191.

⁵⁰⁹ P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, P. Juillard et A. Crivellaro, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361, p. 361.

⁵¹⁰ La formule est reprise par Philippe Kahn in B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 194.

Il n'empêche que ces très nombreuses critiques, qu'elles soient adressées au CIRDI ou aux traités bilatéraux d'investissement, ont parfois entraîné un rejet du système. Certains Etats ont modifié leurs traités bilatéraux afin de préciser les dispositions et de mieux équilibrer les droits et les devoirs des investisseurs et des Etats ; d'autres sont allés jusqu'à la dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissements, modifiant en fond leur politique économique.

PARAGRAPHE 2. UN POSSIBLE REJET DU SYSTEME

L'arbitrage sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement dans le cadre du CIRDI fonctionnait relativement bien tant que les critiques qui lui étaient adressées ne provenaient que de certains pays relativement isolés et non de l'ensemble de la communauté internationale. Cependant, son évolution et, en particulier, son application à des Etats exportateurs de capitaux, a eu pour effet de généraliser ces critiques (A). S'en est suivi un début de mouvement de rejet du système, qui se traduit par quelques dénonciations des traités bilatéraux d'investissement, mais aussi de la Convention de Washington (B).

A. Un désaveu partagé

Les critiques à l'égard du droit international des investissements n'auraient probablement pas eu un réel impact si elles n'étaient partagées que par quelques Etats. Or, le développement de l'arbitrage international et, avec lui, l'apparition de la possibilité que les pays traditionnellement exportateurs de capitaux se trouvent en position de défenseurs devant la CIRDI ont abouti parfois à une remise en cause du système par ses partisans (1°). Dès lors, le changement de configuration économique et l'instabilité financière des Etats, ballotés entre les crises, n'ont fait que contribuer encore davantage à fragiliser le droit international des investissements (2°).

1°) De nouveaux défendeurs dans l'arbitrage CIRDI

La polémique au sujet de l'arbitrage sur le fondement des traités relatifs aux investissements semble être apparue, dans les pays exportateurs de capitaux, avec l'affaire *Loewen Group International contre Etats-Unis d'Amérique*, dont la médiatisation a abouti à de nombreuses critiques de l'arbitrage non seulement de la part des organisations non gouvernementales, mais aussi des médias et des hommes politiques américains. Tous s'unissaient pour considérer que l'ALENA, sur lequel se fondait l'affaire, aboutissait à un détournement de la Constitution et des lois fédérales⁵¹¹, mais aussi à un « bradage de la souveraineté des Etats-Unis au profit d'intérêts mercantiles étrangers »⁵¹².

En l'espèce, il s'agissait d'une entreprise de pompes funèbres canadienne, qui s'était implantée aux Etats-Unis et qui, suite à un différend avec un concurrent local, avait été condamnée à payer 500 millions de dollars de dommages-intérêts, dont 400 millions à titre punitif. La société avait donc déposé une requête devant le CIRDI, considérant que la responsabilité des Etats-Unis devait être engagée à raison des actions de ses autorités judiciaires, qui étaient en violation de l'ALENA et, en particulier, des obligations de traitement national (article 1102), de traitement juste et équitable et de pleine et entière protection et sécurité (article 1105) et d'interdiction des expropriations indirectes sans indemnisation (article 1110).

S'interrogeant sur sa compétence, le Tribunal a considéré de façon très classique que les actes d'une juridiction étaient susceptibles d'engager la responsabilité d'un Etat⁵¹³ et qu'ils pouvaient être qualifiés de « mesures gouvernementales » au sens de l'ALENA⁵¹⁴.

Sur le fond, après avoir rejeté le motif de discrimination, le Tribunal a bien considéré que les circonstances entourant la procédure judiciaire – en particulier les injustices dont avait été victime Loewen, la xénophobie ambiante, l'arbitraire des procédures et le caractère excessif de la sentence – aboutissaient à un déni de justice, constitutif d'une violation du traitement

⁵¹¹ V. not. les propos de Dennis Kucinich, candidat aux élections présidentielles de 2004, 1^{er} août 2003 : « *NAFTA has attacked federal law meant to protect worker rights, human rights and environmental quality principles* ».

⁵¹² N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280, p. 237.

⁵¹³ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), décision sur la compétence du 5 janvier 2001, paragraphe 60.

⁵¹⁴ *Ibid.*, paragraphe 53. Voir également CIRDI, *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Eller Baca contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999, paragraphe 98.

juste et équitable. Il a fermement condamné le déroulement du procès, le qualifiant même de « honte » et de « négation du procès équitable »⁵¹⁵.

Cependant, le Tribunal a déclaré la demanda irrecevable, car la société Loewen n'avait pas, selon lui, épuisé les voies de recours internes, comme le prescrivait l'ALENA, et avait décidé de transiger avec le plaignant. En réalité, les montants demandés par les tribunaux internes pour pouvoir suspendre l'exécution de la décision étaient tels que Loewen n'avait matériellement pas la possibilité d'interjeter appel.

Le problème se posait du fait qu'il est en général considéré qu'il ne peut y avoir déni de justice susceptible d'engager la responsabilité d'un Etat tant qu'un recours est encore ouvert pour que soit réparée l'erreur judiciaire⁵¹⁶. La question demeurait, cependant, de savoir s'il existait encore des voies de recours raisonnables pour Loewen.

Si cette affaire a provoqué les foudres de l'opinion publique américaine, cela ne semble pourtant pas se justifier étant donné que le Tribunal a rejeté les prétentions de l'investisseur. Il a expliqué sa décision en ces termes :

« Il y a eu en l'espèce une injustice à l'égard de l'investisseur étranger. Pourquoi ne pas utiliser les armes dont nous disposons pour la réparer ? Peut-on imaginer un cas plus limpide que celui-ci pour renforcer les idéaux de l'ALENA ?

Cette réaction humaine a occupé notre esprit en permanence mais nous devons prendre garde à ne pas la laisser guider notre décision. Loin de réaliser les objectifs de l'ALENA, une intervention de notre part les compromettrait en rendant obscure la séparation cruciale entre les obligations internationales de l'Etat en vertu de l'ALENA, dont le traitement juste et équitable des investisseurs étrangers dans la sphère judiciaire n'est que l'un des aspects, et les responsabilités nationales bien plus étendues que chaque nation a envers les parties de toutes origines qui comparaissent devant ses juridictions nationales. Sous réserve d'un accord international exprès autorisant un contrôle ou une révision externe, ces responsabilités doivent être réglementées par chaque Etat individuellement en fonction de sa propre appréciation des objectifs de justice. Comme nous avons cherché à l'établir clairement, nous ne trouvons rien dans l'ALENA qui justifierait l'exercice par le présent Tribunal d'une fonction de juridiction d'appel parallèlement à celle des juridictions du pays d'accueil. En dernier ressort, le manquement de cet Etat à offrir des voies de recours adéquates peut équivaloir à un fait internationalement illicite, mais uniquement en dernier ressort. La frontière est sans doute difficile à tracer, mais elle est réelle. Un trop grand empressement à quitter la sphère extérieure pour entrer dans la sphère interne, en donnant la forme d'un fait internationalement illicite à ce qui est en réalité une erreur judiciaire (quelle qu'en soit la gravité), porterait préjudice tant à l'intégrité du système judiciaire interne qu'à la viabilité de l'ALENA lui-même. La réaction naturelle,

⁵¹⁵ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence finale du 26 juin 2003, paragraphes 119 et 122.

⁵¹⁶ V. not. les commentaires de James Crawford in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.

lorsqu'on constate une erreur judiciaire, est d'intervenir et d'essayer de la réparer, mais les intérêts de la communauté internationale des investisseurs exigent que nous respections les principes que nous avons été chargés d'appliquer, et que nous nous abstenions d'intervenir »⁵¹⁷.

Ce rejet a ainsi fait l'objet de nombreuses critiques⁵¹⁸, en particulier sur le fait que les arbitres n'auraient probablement pas débouté l'investisseur si un autre pays avait été mis en cause. Il est certes étrange qu'après avoir considéré que les réclamations étaient fondées et que les mesures adoptées par les Etats-Unis étaient abusives, ils soient parvenus à un tel résultat. Ainsi, par exemple, l'arbitre suisse Werner a considéré que, dans l'affaire *Loewen*,

« On a laissé passer l'occasion de montrer que la règle de droit s'applique aussi au pays le plus puissant au monde »⁵¹⁹.

Plusieurs raisons peuvent pourtant être avancées pour justifier la position des arbitres, allant de la simple volonté de préserver le système devant le soulèvement de l'opinion publique à la puissance exportatrice des Etats-Unis⁵²⁰. Les justifications avancées par les arbitres montrent en tout cas leur volonté de protéger le droit international des investissements contre des critiques venant de toutes parts. Cependant, il est dommage que l'on se pose la question de savoir si la solution aurait été la même si un autre Etat avait été impliqué, d'autant plus que cette affaire avait déjà attiré les foudres d'une partie de la population des Etats-Unis. Malgré la sentence rendue, les critiques des politiciens ou des organisations non-gouvernementales au sujet de l'ALENA n'ont pas cessé.

Ainsi, les critiques des pays du Sud à l'encontre du système de protection des investissements internationaux ont été relayées par les pays traditionnellement exportateurs de capitaux. Les mouvements écologistes ou en faveur de davantage de justice sociale se sont alors alliés aux activistes nationalistes, protectionnistes et xénophobes contre un ennemi commun. Selon eux, le droit international des investissements mettrait à mal la souveraineté nationale et la démocratie, en empêchant les Etats de prendre des mesures en faveur de l'intérêt général,

⁵¹⁷ CIRDI, *The Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence finale du 26 juin 2003, paragraphes 241-242, tels que traduits in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., pp. 785-786.

⁵¹⁸ W. S. Dodge, "Loewen v. United States: Trials and Errors under NAFTA Chapter Eleven", *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002, p. 563 et s. ; S. Sharma, "A Funeral for Fairness and Due Process under NAFTA", *North American Corporate Lawyer*, vol. 7, n° 2, 2003, p. 387 et s. ; T. Weiler, "Dodging Bullets: A First Look at the Final Award in the Loewen Group and Raymond Loewen v. U.S.A.", *Journal of World Investment*, vol. 4, 2003, pp. 659-731 ; E. Gaillard, "La responsabilité d'un Etat du fait de ses juridictions : l'affaire Loewen contre Etats-Unis", *Décideur juridique et financier*, n° 1, 2004, pp. 76-77 ; E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2004, pp. 213-219 ; N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280.

⁵¹⁹ N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280, p. 243.

⁵²⁰ *Id.*

dans un système manquant fondamentalement de légitimité, arbitraire et excessivement favorable aux intérêts privés⁵²¹.

Les reproches touchent particulièrement l'arbitrage, auquel on reproche son caractère secret, anti-démocratique et parfois préjudiciable à l'intérêt public⁵²². Par exemple, un article du New York Times décrivait l'arbitrage entre Etats et investisseurs dans ces termes :

*« Their meetings are secret. Their members are generally unknown. These decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments can lead to national laws being revoked and environmental regulations changed »*⁵²³.

Cette critique se retrouve même chez les dirigeants politiques aux Etats-Unis, comme par exemple le Président de la Commission des Finances du Sénat américain qui réclamait en mars 2002 que les investisseurs étrangers ne bénéficient pas d'un traitement supérieur au traitement national, qu'un mécanisme d'appel soit mis en place dans le cadre de l'ALENA et que le gouvernement ait un droit de regard sur toutes les affaires soumises au CIRDI⁵²⁴. Ces remarques semblent avoir abouti à l'adoption de l'*US Trade Act* de 2002 qui prévoit certes un haut niveau de protection des investissements étrangers :

*« while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States »*⁵²⁵.

De même, le mécanisme de règlement des différends a vocation à être reconsidéré :

« (G) seeking to improve mechanisms used to resolve disputes between an investor and a government through
(i) mechanisms to eliminate frivolous claims and to deter the filing of frivolous claims ;
(ii) procedures to ensure the efficient selection of arbitrators and the expeditious disposition of claims ;
(iii) procedures to enhance opportunities for public input in the formulation of government positions; and
(iv) providing for an appellate body of similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions (...)
(H) ensuring the fullest measure of transparency in the dispute settlement mechanism ».

⁵²¹ *Id.*

⁵²² J. Paulsson, "What Authority Do International Arbitrators Have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165. Cet article recense un grand nombre de critiques à l'égard du CIRDI.

⁵²³ A. De Palma, "Nafta's Powerful little Secret", *New York Times*, vol. 11, 2001, 1.

⁵²⁴ J. Paulsson, "What Authority Do International Arbitrators Have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165.

⁵²⁵ *US Trade Act* du 6 août 2002, *Public Law* 107-210, 116 Stat. 995, *Title XXI, Division B*, 19 USCA paragraphe 3802.

Les Etats-Unis, favorable à un traitement qui n'irait pas plus loin que le traitement national, se seraient-ils convertis à la doctrine Calvo⁵²⁶ ?

Pourtant, la jurisprudence s'est montrée très équilibrée et particulièrement respectueuse de la souveraineté des Etats, les Etats-Unis n'ayant perdu aucune des trois affaires dans lesquelles ils étaient défendeurs dans le cadre du CIRDI⁵²⁷. De plus, les arbitres reconnaissent en général le droit des Etats de réglementer des domaines d'intérêt public, comme l'environnement, et de fixer des niveaux de protection élevés pouvant aller à l'encontre des droits des investisseurs étrangers. Cependant, le simple fait que de telles affaires puissent être entamées – contre les Etats-Unis en particulier – et que la réglementation des Etats soit l'objet de l'attention des arbitres entraîne un rejet du système. Ainsi, le fait que le Canada ait dû payer des dommages-intérêts pour avoir bloqué des exportations de déchets dangereux vers les Etats-Unis⁵²⁸ ou que le Mexique se trouve attrait devant un tribunal pour avoir refusé d'autoriser la construction d'une usine de traitement de déchets toxiques en tentant de protéger l'environnement, ou encore que les Etats-Unis soient mis en cause du fait de la décision de la Californie d'interdire l'ajout de méthanol dans l'essence posent problème.

Il faut, toutefois, remarquer que ce désaveu de la part des pays les plus puissants semble avoir un impact très positif sur l'évolution du droit international des investissements. Comme le note Noah Rubins,

« Le droit international ne peut pas être appliqué à sens unique, et comme les pays exportateurs de capitaux deviennent de plus en plus souvent défendeurs dans les arbitrages en matière d'investissement, ils seront forcés d'adopter une vision à plus long terme de leur développement et de leur propre intérêt économique »⁵²⁹.

Cette nouvelle vision et le fait que ces Etats puissent se trouver en position de défendeur les poussent à reconsidérer leurs modèles de traités bilatéraux d'investissement, dont on connaît l'impact sur les pays dont la puissance de négociation est moindre. Ces innovations permettent d'améliorer la légitimité et la transparence du système. C'est probablement grâce à ce mouvement de contestation qu'aujourd'hui bon nombre de sentences sont publiées, que des *amici curiae* sont parfois admis et que les audiences peuvent être, dans certains cas, ouvertes⁵³⁰. De même, un effort est fait pour davantage de sécurité juridique, des définitions des termes essentiels, comme celui d'investissement, étant incluses, et certaines dispositions,

⁵²⁶ V. *supra*, p. 97 et s.

⁵²⁷ CIRDI, *Mondev International Ltd contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/99/2), sentence du 11 octobre 2002 ; CIRDI, *A DF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003 ; CIRDI, *The Loewen Group et Raymond Loewen contre Etats-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

⁵²⁸ Sentence CNUDCI, *S.D. Myers contre Canada*, sentence du 30 décembre 2002.

⁵²⁹ N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280, p. 280.

⁵³⁰ N. Rubins, "Les innovations arbitrales dans les récents accords américains de libre-échange : deux pas en avant, un pas en arrière", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 2003, pp. 865-885.

sur les standards de traitement ou sur la portée de la clause de la nation la plus favorisée notamment, étant précisées. Elles marquent également un changement de direction du droit international des investissements, qui est traditionnellement particulièrement protecteur des investisseurs et qui, aujourd'hui, favorise la position des Etats.

Il semble, cependant, que la récente affaire entamée contre l'Allemagne, suite à l'abandon de son programme d'énergie nucléaire puisse créer un nouveau désaveu du CIRDI dans les pays exportateurs de capitaux⁵³¹.

En tout cas, on peut noter que ce désaveu unanime du droit international des investissements a tendance à rendre incertain le futur de ce domaine, comme l'a justement fait remarquer Christoph Schreuer :

*« The future of investment arbitration is by no means certain. The enthusiasm of States, especially those that have been on the losing side in several major cases, has been severely dampened. Even former champions of investors' rights, such as the United States, have lost much of their eagerness after finding themselves in the role of respondents »*⁵³².

Cette menace planant sur l'avenir du droit international des investissements est encore aggravée par l'incertitude économique dans laquelle sont les Etats, ballotés entre les crises.

2°) Les crises économiques, menace au droit international des investissements

La crise argentine et ses conséquences en termes d'arbitrage ont eu un impact important sur le rejet du système⁵³³. En effet, de nombreux Etats, y compris européens, se trouvant face à une crise notamment due à leur dette publique⁵³⁴, redoutent les conséquences qu'elle pourrait

⁵³¹ V. CIRDI, Vattenfall AB et al. contre Allemagne (ARB/12/12).

⁵³² Introduction de Christoph Schreuer in A. Reinisch et C. Knahr, *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, VIII-207 p.

⁵³³ E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667.

⁵³⁴ Plusieurs tribunaux allemands se sont prononcés sur les intérêts des bons du Trésor argentin que possédaient des ressortissants allemands. Le Bundesverfassungsgericht, ayant eu à se prononcer sur la possibilité pour l'Argentine d'invoquer l'état de nécessité à l'égard de personnes privées, a considéré que ce moyen de défense n'était pas possible dans un tel contentieux (décision du 8 mai 2007). V., pour commentaire, S. W. Schill, "German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case", *ASIL Insight*, vol. 11, n° 20, 2007. Une District Court aux Etats-Unis est parvenue à la même conclusion (US Dist., *Light Water Corp., Ltd. contre Argentine*, 2003), alors que la Cour de cassation italienne s'est arrêtée à l'immunité de l'Argentine. Voir notamment J. J. Falcone, "Argentina's Plight-An Unusual Temporary Solution to a Sovereign Debt Crisis", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 357-

avoir à l'égard des investisseurs étrangers. Il convient, à cet égard, de revenir sur la crise argentine, qui est à l'origine de l'actuelle défiance vis-à-vis du système de protection des investissements internationaux.

L'Argentine a eu un rôle moteur dans la protection des investissements internationaux en Amérique latine⁵³⁵, le pays ayant signé la Convention de Washington en mai 1991 (entrée en vigueur en novembre 1994) et ratifié cinquante-trois traités à la fin de l'année 1999⁵³⁶. Son adhésion au régime international de l'investissement correspondait à une réforme majeure de son économie, commencée en 1989, qui s'est accompagnée d'un programme important de privatisation et de mesures de stabilisation ayant vocation à réduire l'inflation, telles que, en particulier, l'adoption de la parité du peso avec le dollar américain⁵³⁷. L'Argentine a donc été un Etat pionnier en matière d'investissements internationaux en Amérique latine, malgré l'attachement de ce continent à la doctrine Calvo⁵³⁸.

Dès 1997, le pays a été attiré devant le CIRDI par des investisseurs, cinq affaires ayant été enregistrées en 2000⁵³⁹. Ce n'est rien comparé à ce qui attendait le pays suite à la crise à laquelle il a été confronté. En effet, l'Argentine a connu une grave crise financière en 2001⁵⁴⁰, l'obligeant à adopter des lois d'urgence pour restaurer l'ordre public⁵⁴¹. Le peso a alors été profondément dévalué et il a été mis fin à sa parité avec le dollar. Au 31 décembre 2004, déjà trente-trois affaires étaient pendantes devant le CIRDI, dans lesquelles l'Argentine était défendeur. La plupart de ces affaires ont été entamées après la fin de la parité du peso avec le dollar, la dévaluation ayant contrevenu aux engagements pris par l'Argentine à l'égard des investisseurs étrangers, les contrats de concessions étant formulés à ce taux de change.

381 ; A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523.

⁵³⁵ A. G. Forji, "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 76, n°1, 2010, pp. 44-57, pp. 46-48.

⁵³⁶ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, United Nations Publications, 2000, Genève, V-136 p., pp. 26-27. Voir également A. A. Escobar, "Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 219-236.

⁵³⁷ A. A. Escobar, "Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 219-236.

⁵³⁸ Voir la comparaison avec d'autres Etats d'Amérique latine in A. A. Escobar, "Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 219-236, pp. 222.

⁵³⁹ CIRDI, *Lanco International Inc contre Argentine* (ARB/97/6), décision sur la compétence du 8 décembre 1998 ; CIRDI, *Mobil Argentina S.A. contre Argentine* (ARB/99/1), interruption de la procédure le 21 juillet 1999 ; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine* (ARB/97/3), sentence du 21 novembre 2000 ; CIRDI, *Empresa Nacional de Electricidad S.A. contre Argentine* (ARB/99/4), interruption de la procédure le 8 février 2001 ; CIRDI, *Houston Industries Energy, Inc. et al. contre Argentine* (ARB/98/1), sentence du 24 août 2001.

⁵⁴⁰ E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667.

⁵⁴¹ V., en particulier, la loi 25.561 du 7 janvier 2002 et le décret 214/2002 du 4 février 2002.

Finally, Argentina has been confronted with 51 cases, which in fact is the state that has known the most arbitrations within the CIRDI framework. The example of Argentina has thus had an important impact on the perception of international investment law and even on the economic organization of states.

Parallèlement, le climat économique depuis la crise de 2008 s'est accompagné d'un changement de politique en matière d'investissement, laissant une plus grande place à l'Etat dans le choix de sa politique de développement. Rob Davies, Ministre du Commerce et de l'Industrie en Afrique du Sud, explique ce changement :

« Accompanying these changes are shifts in economic policy thinking that envisions a greater role for the state in economic development. The shift is also reflected in debates on investment policy. In these discussions, a broad distinction between the Freedom of Investment Model (FOI), on the one hand, and an Investment for Sustainable Development Model (ISD), on the other, can be discerned.

The FOI model tends to assume that all investment is good, and that all investment promotes development. The derived policy implications are that Governments should continue to liberalise their investment regimes, reduce or limit regulations and conditions on investors and, in so doing, realize the benefits of FDI. "First generation" bilateral investment treaties (BITs) tend to reflect this approach.

By contrast, the ISD approach recognizes that while FDI can make a positive contribution to sustainable development, the benefits to host countries are not automatic. It posits that regulations are needed to balance the economic requirements of investors with the need to ensure that investments make a positive contribution to sustainable development in the host state »⁵⁴².

Ce changement est clairement lié à l'évolution des situations économiques des Etats, le Ministre notant que les perspectives économiques pour les pays traditionnellement exportateurs de capitaux sont mauvaises, alors que l'Afrique devient le second continent en termes de croissance, juste après l'Asie. Les Etats du Sud ne sont dès lors plus prêts à accepter des investissements étrangers à tout prix, en faisant de nombreuses concessions, mais souhaitent davantage intégrer l'investissement international dans une politique générale de développement durable, qui découle nécessairement de davantage de régulations et d'un gouvernement plus dirigiste, donnant l'impulsion et la direction des différents programmes.

Il en est de même en Amérique latine, où la crise argentine a sans nul doute eu des conséquences sur l'évolution de la politique économique. Les Etats reprennent le contrôle de leur économie, parfois même en procédant à des nationalisations. Ces politiques, menées par Hugo Chavez, Evo Morales et d'autres, impliquent souvent la renégociation des contrats, en

⁵⁴² Déclaration du Ministre du Commerce et de l'Industrie sud-africain, Rob Davies, à l'ouverture de la Conférence de la CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Université de Witwatersrand, 26 juillet 2012.

particulier dans le domaine des hydrocarbures, ou la reprise du contrôle sur les entreprises étrangères⁵⁴³. Cela n'a pas tardé à entraîner l'emballement du système international de protection des investissements, dix nouvelles affaires ayant été entamées contre le Venezuela en 2011 répondant directement au changement de politique économique. De même, Repsol a menacé l'Argentine de recourir au CIRDI suite à la nationalisation de la compagnie pétrolière YPF.

Parallèlement, la question des dettes publiques et du possible recours au Centre par les obligataires commence également à se poser. Le défaut de paiement de l'Argentine a entraîné une plainte jointe de 60 000 détenteurs de bons italiens⁵⁴⁴, ce qui ne peut qu'inquiéter sur le sort de la Grèce et d'autres pays européens.

Ces nombreuses questions liées à la prolifération des crises et à l'incertitude économique des Etats participent de ce mouvement de désaveu du droit international des investissements. En effet, les Etats souhaitent jouir de davantage de liberté et de marge de manœuvre dans la définition et la conduite de leurs politiques économiques, en particulier en temps de crise. Cette défiance à l'égard de l'ordre juridique international relatif aux investissements rend le futur de ce système relativement incertain, ses instruments subissant un rejet allant jusqu'à la dénonciation des conventions.

B. La dénonciation des traités relatifs aux investissements internationaux

Même si les critiques à l'égard du droit international des investissements ont parfois permis des améliorations du droit international des investissements et un perfectionnement du système d'arbitrage, il demeure qu'elles ont dans certains cas entraîné un rejet du système, s'exprimant par des dénonciations tant de l'arbitrage CIRDI (1°) que des traités bilatéraux d'investissement (2°).

⁵⁴³ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 191-192.

⁵⁴⁴ CNUCED, "Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements", *IIA Issues Note*, n° 2, 2011, 9 p.

1°) Les dénonciations de la Convention de Washington

Le retrait de la Bolivie, de l'Equateur et du Venezuela du système CIRDI et la dénonciation de nombreux traités bilatéraux d'investissement révèlent le rejet par certains Etats du régime international de l'investissement⁵⁴⁵. Ce mouvement a commencé par la décision prise en avril 2007 par les pays membres d'« Alternativa Bolivariano para la America Latina y El Caribe » (ALBA), à savoir la Bolivie, le Venezuela, le Nicaragua et Cuba, de se retirer des organisations économiques internationales, telles que le Fonds Monétaire International ou la Banque mondiale⁵⁴⁶. Ce rejet du système économique mondial a retenti sur le CIRDI, institution de la Banque mondiale. La Bolivie a ainsi été le premier pays à dénoncer la Convention de Washington⁵⁴⁷ et a été suivie par l'Equateur et le Venezuela – la question restant en suspens pour le Nicaragua, mais pas pour Cuba, ce pays n'ayant de toutes façons jamais ratifié la Convention. Ces dénonciations révèlent l'hostilité développée par certains Etats à l'égard de l'arbitrage international, qui a pu s'exprimer de diverses façons.

Certains Etats ont commencé par tenter de limiter le champ de la compétence du CIRDI, en faisant une déclaration, conformément à l'article 25, paragraphe 4, de la Convention de Washington, dans laquelle ils faisaient connaître au Centre « la ou les catégories de différends qu'il[s] considèrerai[en]t comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre ». Ainsi, l'Equateur⁵⁴⁸ a commencé par notifier, en 2007, son intention d'exclure l'arbitrage CIRDI pour les différends en relation avec le secteur énergétique ou l'extraction minière. Cependant, une telle notification n'a pas d'effet si l'Etat donne par ailleurs son consentement à l'égard de ces différends. Il a été affirmé, dans l'affaire *Alcoa Minerals* que, dès lors que le

⁵⁴⁵ E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p. ; S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358 ; M. D. Nolan et F. G. Sourgens, "The Interplay Between State Consent to ICSID and Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention : The (Possible) Venezuela Case Study", *Transnational Dispute Management*, 2007, 51 p. ; J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration" Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 1, 2008, p. 71 et s. ; O. M. Garibaldi, "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278 ; I. A. Vincentelli, "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *Independent Research Paper*, 2009, 38 p. ; C. Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, Austin, 2010, pp. 353-368 ; A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.

⁵⁴⁶ E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p. ; C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p. ; A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.

⁵⁴⁷ E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p.

⁵⁴⁸ M. D. Nolan, F. G. Sourgens et E. Culbertson, "The Erosion BIT by BIT of Investment Protection in Ecuador", *Milbank Litigation*, 2009, 2 p.

consentement avait été donné sans réserve, l'Etat ne pouvait se prévaloir de sa déclaration faite en vertu de l'article 25 (4) pour retirer son consentement unilatéralement⁵⁴⁹. Or, étant donné que dans les traités bilatéraux d'investissement, le consentement est général et très large, ces déclarations n'avaient aucun effet⁵⁵⁰.

Ce mouvement d'opposition au droit international des investissements ressort également du droit interne de certains Etats. Ainsi, la Constitution de l'Equateur a été modifiée en 2008 et celle de la Bolivie en 2009 pour rendre inconstitutionnelle la participation de l'Etat à l'arbitrage international. Même si une telle précision n'a aucun effet en droit international, le droit interne, même constitutionnel⁵⁵¹, n'étant qu'un simple fait⁵⁵², elle révèle l'ampleur du mouvement d'opposition au CIRDI dans ces pays.

Face à l'absence d'efficacité internationale de ces diverses mesures, certains Etats ont opté pour la dénonciation de la Convention de Washington. En vertu du droit coutumier international⁵⁵³, tel que codifié dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit interne :

« L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu :

a) Conformément aux dispositions du traité ; ou

b) A tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants »⁵⁵⁴.

En l'absence de disposition spécifique dans le traité, la dénonciation reste possible s'il est « établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait » ou si le droit de dénonciation ou de retrait peut être déduit de la nature du traité⁵⁵⁵.

La Convention de Washington règle, toutefois, cette question, en autorisant la dénonciation, sous réserve d'une simple notification écrite par les parties. Conformément à l'article 71 de la Convention de Washington, la dénonciation prend effet six mois après sa notification.

⁵⁴⁹ CIRDI, *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. contre Jamaïque* (ARB/74/2), décision sur la compétence du 6 juillet 1975.

⁵⁵⁰ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 347.

⁵⁵¹ CPJI, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, avis consultatif du 4 février 1932, *Rec. Série A/B*, n° 44, p. 4. V. également CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 26 avril 1988, *CIJ Rec.* 1988, p. 12.

⁵⁵² CPJI, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt du 25 mai 1926, *Rec. Série A*, n° 7, p. 5 ; CPJI, *Question des « Communautés » gréco-bulgares*, avis consultatif du 31 juillet 1930, *Rec. Série B*, n° 17, p. 5 ; CPJI, *Affaires des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, arrêt du 7 juin 1932, *Rec. Série A/B*, n° 46, p. 96 ; CPJI, *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pazmany contre Etat Tchécoslovaque)*, arrêt du 15 décembre 1933, *Rec. Série A/B*, n° 61, p. 208. V. également les art. 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

⁵⁵³ A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.

⁵⁵⁴ Art. 54 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

⁵⁵⁵ V. l'art. 56, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

La Bolivie a ainsi été le premier Etat à dénoncer la Convention de Washington, ayant notifié au Centre sa dénonciation le 2 mai 2007, qui a donc pris effet le 3 novembre 2007. Ce pays avait déjà rencontré des difficultés dans le cadre du CIRDI, en particulier avec l'affaire *Aguas del Tunari* qui avait jeté le discrédit sur l'institution. Cette affaire concernait le service de distribution de l'eau et d'assainissement de Cochabamba, qui avait fait l'objet d'une concession auprès de la société américaine Bechtel. Cette dernière avait très rapidement augmenté les prix de façon exponentielle, de sorte que peu de temps après, de nombreuses manifestations avaient eu lieu, entraînant parfois des blessés, voire des morts. Suite à ces événements, la Bolivie avait résilié le contrat de concession, ce qui avait donné lieu à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI. Finalement, l'affaire a été abandonnée en 2006, probablement du fait de la campagne menée par un certain nombre d'organisations non-gouvernementales⁵⁵⁶. Il demeure que la Bolivie reproche aujourd'hui au CIRDI d'avoir façonné les principes du droit international des investissements à l'unique faveur des investisseurs et, comme l'a noté le Président Evo Morales :

« *We emphatically reject the legal, media and diplomatic pressure of some multinationals that (...) resist the sovereign rulings of countries, making threats and initiating suits in international arbitration* »⁵⁵⁷.

Ce mouvement a ensuite été suivi par l'Equateur, qui a notifié sa dénonciation le 6 juillet 2009, qui a pris effet le 7 janvier 2010 ; puis par le Venezuela, qui a dénoncé la Convention le 24 janvier 2012, celle-ci ayant pris effet six mois après réception de ladite notification, c'est-à-dire le 25 juillet 2012⁵⁵⁸. Ce dernier Etat avait connu pas moins de 23 arbitrages en matière d'investissement, dont dix avaient été entamés en 2011, faisant de lui le « *top respondent* »⁵⁵⁹, ce qui n'a probablement pas été étranger à sa décision.

Ces dénonciations ont soulevé de nombreux problèmes juridiques sur les conséquences qui y sont attachées, en particulier sur la possibilité d'initier de nouvelles réclamations à l'encontre de ces Etats, malgré leur dénonciation, sur le fondement de leur précédente offre d'arbitrage⁵⁶⁰. Les conséquences de ces dénonciations sont normalement réglées par l'article 72 de la Convention de Washington, qui prévoit qu' :

⁵⁵⁶ S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358.

⁵⁵⁷ Déclaration du Président Evo Morales du 9 mai 2007, telle que citée in S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p.

⁵⁵⁸ Voir le site Internet du CIRDI.

⁵⁵⁹ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., p. 86.

⁵⁶⁰ CNUCED, "Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims", *IIA Issues Note*, n° 2, 2010, 11 p. V. également O. M. Garibaldi, "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278.

« Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire ».

Cependant, la question se pose de savoir si le consentement doit être formé⁵⁶¹ ou si l'offre de consentement suffit⁵⁶². Plus précisément, il faut se demander si l'offre d'arbitrage faite dans le traité bilatéral d'investissement constitue un « consentement à la compétence du Centre » donné antérieurement à la dénonciation.

La question avait été envisagée lors des travaux préparatoires⁵⁶³. Christoph Schreuer déduit de leur analyse et des divers termes employés dans la Convention de Washington que le consentement doit être entendu comme comprenant l'offre de l'Etat, mais également l'acceptation de cette offre par l'investisseur⁵⁶⁴.

Il faut également s'attacher à l'objet et au but de l'article 72, qui est précisément que l'Etat s'abstienne de retirer unilatéralement son consentement⁵⁶⁵, conformément à l'article 25, paragraphe 1, comme l'a expliqué Aron Broches :

« It [Article 25] also states that when both parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. This last provision, which makes consent once given irrevocable, is probably the most important provision of the Convention. There are numerous examples of agreements between governments and foreign investors containing arbitration clauses which have been frustrated as a result of unilateral action by the government terminating the agreement, including the arbitration clause. One of the best-known examples is that of the 1933 concession of the former Anglo Iranian Oil Company. That concession contained an arbitration clause, and when Iran cancelled the concession in 1951 and the Company wanted to go to arbitration, it was

⁵⁶¹ J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration" Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 71-87 ; C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p. ; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 1280.

⁵⁶² E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, p. 3 et s. ; O. M. Garibaldi, "15. On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278.

⁵⁶³ Aron Broches notait ainsi que « *if the agreement with the company included an arbitration clause and that agreement lasted for say 20 years, that state would still be bound to submit its disputes with that company under that agreement to the Centre* ». De même, Gutierrez Cano se demandait « *whether a time limit should be introduced in the convention in order to avoid the situation where states would be bound indefinitely* ». Voir CIRDI, *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states: analysis of documents concerning the origin and the formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes, vol. II, partie 2, p. 1010 ; E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p. ; C. Tietje, K. Nowrot and C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, *Institute of Economic Law Martin Luther University*, Halle, 2008, 37 p., pp. 17-18.

⁵⁶⁴ C. Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, Austin, 2010, pp. 353-368.

⁵⁶⁵ E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p.

met by the argument, among other things, that the arbitration clause forming part of the concession had equally been annulled. Under the Convention, mutual consent has the effect of elevating the agreement between a private company and a State to have recourse to ICSID conciliation or arbitration to the level of an international legal obligation, and to that extent the Convention constitutes the private company a subject of international law »⁵⁶⁶.

Certains ont fait valoir qu'étant donné que le consentement anticipé n'était pas encore admis à l'époque et que les traités bilatéraux d'investissement étaient encore rares, la volonté d'éviter un retrait unilatéral par l'Etat de son consentement ne pouvait valoir qu'à l'égard d'un accord explicite entre les parties et non du consentement anticipé de l'Etat⁵⁶⁷. C'est ce qu'avait conclu Aron Broches, se référant explicitement aux traités bilatéraux d'investissement :

« In most cases, both parties will give their consent in a single instrument, such as a compromissory clause in an investment agreement or a compromise. There are, however, other possibilities; for instance, the consent of the State may be embodied in its investment promotion law, or in an investment protection treaty with another State, which provides that investors meeting certain conditions or falling within certain categories will have the right to submit investment disputes with the host State to the Centre. The consent of the investor may be evidenced by an express statement to that effect made to the host State, or it may be given at the time when the investor institutes proceedings against the host State. It must, however, be remembered that each party's consent becomes irrevocable only after both parties have given it. Therefore, in the examples last mentioned, the host State could withdraw its consent as long as the investor had not equally consented »⁵⁶⁸.

Les clauses modèles du CIRDI vont dans le même sens⁵⁶⁹.

Cependant, la Convention de Washington n'apporte pas réellement de réponse à cette question lorsque le consentement est donné au travers d'un traité bilatéral d'investissement et l'on peut légitimement se demander si, dans le cas où l'Etat ne voudrait plus se soumettre au CIRDI, il ne devrait pas dénoncer, non seulement la Convention de Washington, mais également les instruments contenant son consentement, en particulier les traités bilatéraux d'investissement⁵⁷⁰. Et même la dénonciation des traités bilatéraux d'investissement ne

⁵⁶⁶ A. Broches, "The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States", *RCADI*, t. 136, 1972-II, 1973, pp. 331-410, p. 352.

⁵⁶⁷ C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p.

⁵⁶⁸ A. Broches, "The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States", *RCADI*, t. 136, 1972-II, 1973, pp. 331-410, p. 353.

⁵⁶⁹ En 1969, une clause modèle, émise par le CIRDI en 1969, pour les cas où le consentement serait donné dans un traité bilatéral d'investissement, prévoyait ainsi que : « *From the point of view of the Convention, formal parity (...) is less important than reciprocity or mutuality between each government and the foreign investors with which it might have disputes. In particular, pursuant to Articles 28 (2) and 36 (2) of the Convention, a dispute cannot be submitted for settlement by either conciliation or arbitration unless both the government and the investor concerned have consented to such submission in writing, and under Article 25 (1) the consent of either party remains revocable (as far as the Convention is concerned) until the other other party has also given its agreement to such a submission* ».

⁵⁷⁰ S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358.

semble pas suffire étant donné que ces accords contiennent souvent, dans leur disposition relative au champ d'application *ratione temporis*, une clause de survie prévoyant que le traité continue de s'appliquer pendant une période supplémentaire – en général de dix ans – à l'égard des investissements effectués avant la dénonciation⁵⁷¹.

En tout cas, une attention particulièrement doit être portée aux clauses de règlement des différends contenues dans les traités bilatéraux d'investissement, qui seules permettent de savoir si l'Etat a réellement donné son consentement :

*« for the purposes of Article 72, it is important to ensure that the wording of the arbitration clause in each investment protection treaty in effect constitutes a state's prior consent to the jurisdiction of the centre »*⁵⁷².

Cette question de l'effet de la dénonciation et du consentement donné dans un traité bilatéral d'investissement s'est déjà posée, mais la fin anticipée de la procédure n'avait pas permis de trouver une réponse. L'affaire *E.T.I. Euro Telecom International N.V.* avait été enregistrée par le Secrétaire général du CIRDI le 31 octobre 2007⁵⁷³. La Bolivie avait alors envoyé une lettre au Président de la Banque mondiale, Robert Zoellick, faisant valoir que l'affaire ne pouvait être enregistrée du fait que le Centre n'était pas compétent. La question se posait donc de savoir quels étaient les effets d'un tel enregistrement. Certes, dans la première affaire dont a eu à connaître le CIRDI, l'un des requérants avait fait valoir que le Centre

*« had tacitly recognized the validity of its arguments [regarding jurisdiction] by the very fact of registration of the request »*⁵⁷⁴.

Cependant, l'article 36, paragraphe 3, de la Convention de Washington prévoit que :

« Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre ».

Dès lors, la décision d'enregistrer une affaire n'a aucun effet sur la détermination par le tribunal arbitral de sa compétence⁵⁷⁵. Le Tribunal aurait donc eu à déterminer s'il était

⁵⁷¹ E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p. ; CNUCED, "Denunciation of the ICSID Convention and BITs : Impact on Investor-State Claims", *IIA Issues Note*, n° 2, 2010, 11 p.

⁵⁷² E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p.

⁵⁷³ CIRDI, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. contre Bolivie* (ARB/07/28), décision d'enregistrement de l'affaire du 31 octobre 2007 ; ordonnance mettant fin à la procédure du 21 octobre 2009. V. également R. Castro de Figueiredo, "Euro Telecom v. Bolivia : The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs", *Transnational Dispute Management*, n° 1, 2009.

⁵⁷⁴ CIRDI, *Holiday Inns S.A. et al. contre Maroc* (ARB/72/1), tel que reproduit et commenté in P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162, p. 144.

⁵⁷⁵ V. le paragraphe 38 du Rapport des administrateurs. V. également C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p. ; J. Paulsson, N. Blackaby and L. Reed, *Guide to ICSID arbitration*, Kluwer Law International, Boston, 2011, XVII-468 p.

compétent⁵⁷⁶, malgré le fait que l'enregistrement ait eu lieu le 31 octobre 2007, alors que la dénonciation prenait effet le 3 novembre 2007⁵⁷⁷. La question se posait alors de savoir quelle était la « date critique », c'est-à-dire à quel moment le consentement cessait d'être opérationnel. Sébastien Manciaux avait pris parti pour la compétence du CIRDI, notant que :

« dans l'hypothèse où un investisseur préférerait un arbitrage CIRDI ou dans celle où le TBI qui le concerne ne proposerait que l'arbitrage CIRDI (...) il est encore temps – et ce jusqu'au 2 novembre prochain inclus – pour cet investisseur de donner son consentement en faveur de l'arbitrage CIRDI. La rencontre du consentement de la Bolivie et du consentement de l'investisseur avant cette date constituera en effet ce (double) consentement en faveur de l'arbitrage CIRDI qui, une fois donné, ne peut être retiré unilatéralement d'après les termes mêmes de l'article 25 de la Convention de Washington ».

Cependant, il semble que le consentement ne peut intervenir que jusqu'à la date de réception de la notification⁵⁷⁸. La question ne s'est, toutefois, pas posée, les parties ayant préféré renoncer à l'arbitrage CIRDI, pour préférer un arbitrage *ad hoc*.

Elle risque, toutefois, de se poser à nouveau dans l'affaire *Pan American Energy LLC contre Bolivie*⁵⁷⁹, qui a été enregistrée le 12 avril 2010, soit plus de deux ans après le retrait de cet Etat du Centre.

Le rejet de l'arbitrage entre Etats et investisseurs amène à une repolitisation du règlement des différends en matière d'investissement⁵⁸⁰. En tout cas, comme l'a noté Sébastien Manciaux, ces dénonciations ne sont pas anodines :

« Derrière la récusation d'un mode de règlement des différends, d'un outil, c'est l'œuvre entière qui est visée. La dénonciation de la Convention de Washington (...) participe d'une politique plus large de rejet du modèle dominant des instruments juridiques en matière d'investissements internationaux et du régime juridique de ces investissements tel qu'il se construit actuellement »⁵⁸¹.

Le règlement interétatique retrouve ainsi une place face à l'arbitrage entre Etats et investisseurs. C'est ainsi que l'Italie a épousé les plaintes de seize entreprises pour faire valoir leurs droits au titre de la protection diplomatique dans un arbitrage interétatique contre

⁵⁷⁶ C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p.

⁵⁷⁷ Voir S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358, p. 355.

⁵⁷⁸ C. Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, Austin, 2010, pp. 353-368, p. 355.

⁵⁷⁹ CIRDI, *Pan American Energy LLC contre Bolivie* (ARB/10/8) : le Tribunal n'était pas encore constitué au 1^{er} août 2012. Une autre affaire avait été enregistrée après la dénonciation de la Bolivie, l'affaire CIRDI, *E.T.I. Euro Telecom International N.V. contre Bolivie* (ARB/07/28). Cependant, la procédure a été interrompue le 21 octobre 2009 pour être reprise devant un tribunal *ad hoc*.

⁵⁸⁰ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., p. 87.

⁵⁸¹ S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358, p. 356.

Cuba⁵⁸², se fondant sur l'article 10 – relatif au règlement interétatique des différends concernant l'interprétation et l'application du traité – de l'accord de promotion et de protection des investissements de 1993. Plus récemment, l'Equateur a également eu recours à l'arbitrage interétatique relatif aux différends nés de l'interprétation et de l'application des dispositions conventionnelles, prévu dans le traité bilatéral d'investissement conclu avec les Etats-Unis d'Amérique en 1993. Par sa requête de juin 2011, cet Etat tente de renverser l'interprétation retenue des dispositions du traité dans l'affaire *Chevron*⁵⁸³, utilisant en quelque sorte l'arbitrage interétatique comme un mécanisme d'appel contre la sentence rendue. Cependant, le Tribunal s'est déclaré incompétent pour statuer dans cette affaire, considérant qu'il n'existait pas véritablement de différend dans cette affaire, les Etats-Unis n'ayant pas exprimé leur position sur l'interprétation retenue par l'Equateur⁵⁸⁴.

Il demeure que ce renouveau de l'arbitrage interétatique dans le contentieux de l'investissement international relève de ce mouvement de rejet, qui ne s'arrête pas aux dénonciations de la Convention de Washington, mais s'accompagne souvent d'un rejet des traités bilatéraux d'investissement.

2°) Une possible fin de l'ère des traités bilatéraux d'investissement

Les nombreuses critiques du droit international des investissements n'ont pas été sans conséquence sur les instruments principaux de leur développement, à savoir les traités bilatéraux d'investissement. Ces accords qui se sont jusqu'alors développés de façon exponentielle connaissent une chute de régime, ceux-ci ayant été parfois remplacés par d'autres instruments, mais aussi dans certains cas abandonnés. La CNUCED constate ainsi qu'avec 33 traités bilatéraux d'investissements signés en 2011 et seulement 10 au début de l'année 2012, ces accords sont en perte de vitesse⁵⁸⁵. Cela s'explique par le développement

⁵⁸² S.A., République d'Italie contre République de Cuba, sentence préliminaire du 15 mars 2005 ; S.A., République d'Italie contre République de Cuba, sentence finale du 15 janvier 2008. V. également D. J. Bederman et D. P. Stewart, "Republic of Italy v. Republic of Cuba", *AJIL*, vol. 106, n° 2, 2012, pp. 341-347.

⁵⁸³ S.A. CNUDCI, *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) contre Equateur*, sentence partielle du 30 mars 2010.

⁵⁸⁴ S.A. CPA, *Equateur contre Etats-Unis*, sentence du 2 septembre 2012. V. également L. Peterson, "United-States Defeats Ecuador's State-to-State Arbitration - Will Outcome Dissuade Argentine Copycat Case?", *IA Reporter*, 2012, 1 p. V. encore, CIJ, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif du 26 avril 1988, *CIJ Rec.* 1988, p. 12.

⁵⁸⁵ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., p. 84.

d'autres initiatives, mais également par la crise de légitimité que traverse le droit international des investissements.

Même s'il ne s'agit pas *stricto sensu* d'un traité bilatéral d'investissement, l'expérience des Etats-Unis à l'égard de l'Accord de libre-échange conclu avec l'Australie est intéressante, car elle révèle un changement de cap du droit international des investissements⁵⁸⁶. Les négociations de l'Accord ayant eu lieu concomitamment à l'affaire *Loewen*, les Etats-Unis ont pris conscience qu'ils ne pourraient ratifier un accord comprenant la possibilité d'arbitrage en matière d'investissement, le Congrès menaçant de faire échouer un tel Accord. De ce fait, l'Accord final signé le 8 février 2004 exclut non seulement l'arbitrage en matière d'investissement, mais toutes les dispositions relatives à la protection, les parties à l'accord ayant tout simplement abandonné le chapitre sur les investissements.

L'Australie a suivi le même mouvement et a déclaré, en avril 2011, sa volonté de ne plus intégrer de clause relative à l'arbitrage mixte dans ses traités bilatéraux d'investissements.

Une telle position va, pourtant, à l'encontre de l'objectif de protection des traités bilatéraux d'investissement, qui perdent alors la grande partie de leur intérêt :

« The very reason d'être of investment treaties and, in particular, of the innovation of direct investor arbitration against States is the perception held for a long time and universally, that a foreign investor does not, and cannot be expected to have, confidence in the impartiality of domestic courts, in particular in countries with recognized low quality of governance. Sending investor claims back to domestic courts is the very opposite of what the drafters of all investment treaties intended and what all professionally informed investors expect. Investment treaties fall and stand with their recourse to international arbitration. If domestic courts were seen as acceptable – and not under the sway of the host-State government, its political process and frequent anti-foreign investor sentiment whipped up for manifold reasons – such treaties would be largely unnecessary.

It is the ability to access a tribunal outside the sway of the host State which is the principal advantage of a modern investment treaty. This advantage is much more significant than the applicability to the dispute of substantive international law rules »⁵⁸⁷.

Au-delà des modifications apportées aux traités relatifs aux investissements, certains Etats ont voulu modifier leur politique de signature de tels accords. Ainsi, l'Afrique du Sud a affirmé, dans une déclaration du 26 juillet 2012 du Ministère du Commerce et de l'Industrie, son

⁵⁸⁶ N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défenseurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280.

⁵⁸⁷ T. Wälde, "The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, 2005, pp. 183-236, p. 190.

intention de s'abstenir de conclure de nouveaux traités bilatéraux d'investissement. Le Ministre, Rob Davies, a insisté sur le changement de politique de son Etat :

« Cabinet understood that the relationship between BITs and FDI was ambiguous at best, and that BITs pose risks and limitations on the ability of the Government to pursue its Constitutional-based transformation agenda. Cabinet concluded that South Africa should refrain from entering into BITs in future, except in cases of compelling economic and political circumstances. It instructed that all “first generation” BITs which South Africa signed shortly after the democratic transition in 1994, many of which have now reached their termination date, should be reviewed with a view to termination, and possible renegotiation on the basis of a new Model BIT to be developed. Cabinet further decided that South Africa should strengthen its domestic legislation in respect of the protection offered to foreign investors »⁵⁸⁸.

Il faut noter également que les traités bilatéraux d'investissement n'ont plus la faveur des gouvernements, les Etats comprenant que leur développement économique ne peut passer que par un mouvement d'intégration plus global. Ainsi, les traités bilatéraux d'investissement ont tendance à être remplacés par des accords de libre-échange, comme l'Accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et le Canada en 1989, qui a formé la base de l'ALENA ; ou même par des initiatives régionales plus larges⁵⁸⁹. On assiste ainsi à une régionalisation d'accords économiques globaux, réglant la question des investissements, mais également bien d'autres matières. La CNUCED note ainsi que :

« In quantitative terms, bilateral agreements still dominate international investment policymaking ; however, in terms of economic significance, there has been a gradual shift towards regionalism. Several developments in Asia, Europe and North America illustrate this trend »⁵⁹⁰.

Même si cette tendance a mis du temps à s'imposer dans le cadre de l'Union européenne⁵⁹¹, l'ALENA, l'ASEAN, l'Accord de Libre-échange de l'Amérique Centrale ou encore le Traité sur la Charte de l'Energie sont autant d'exemples d'intégrations régionales économiques générales, qui, même si elles l'intègrent, dépassent la seule question des investissements. Récemment, le projet d'accord de partenariat trans-pacifique semble prendre de l'ampleur avec les négociations de 2012. Neuf pays participent⁵⁹² et trois autres – le Canada, le Mexique

⁵⁸⁸ Déclaration du Ministre du Commerce et de l'Industrie sud-africain, Rob Davies, à l'ouverture de la Conférence de la CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Université de Witwatersrand, 26 juillet 2012.

⁵⁸⁹ R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., p. 25.

⁵⁹⁰ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p., pp. 84-86.

⁵⁹¹ En septembre 2011, le Conseil de l'Union européenne a donné les directives de négociation à la Commission pour conclure des accords de libre-échange avec le Canada, l'Inde et Singapour. En décembre 2011, les négociations des accords avec l'Egypte, la Jordanie, le Maroc et la Tunisie ont été entamées.

⁵⁹² Il s'agit de l'Australie, du Brunei Darussalam, du Chili, des Etats-Unis d'Amérique, de la Malaisie, de la Nouvelle-Zélande, du Pérou, de Singapour et du Viêt-Nam.

et le Japon – devraient prochainement les rejoindre pour aboutir à une zone de libre-échange couvrant trois continents et 35 pour cent de la production mondiale. Ces accords régionaux entraînent automatiquement une baisse du nombre de traités bilatéraux d’investissement, puisqu’ils les remplacent souvent.

Dans certains cas, les traités bilatéraux d’investissement sont tout simplement abandonnés. En 2008, l’Equateur a dénoncé neuf traités bilatéraux d’investissement⁵⁹³. Ce mouvement semble correspondre à une décision de sa Cour constitutionnelle qui a déclaré que les dispositions de plusieurs traités bilatéraux d’investissement étaient contraires à la Constitution⁵⁹⁴.

L’Equateur n’est pas le seul Etat à avoir mis fin à certains de ces accords. Il a été suivi du Salvador, du Nicaragua, du Venezuela, mais aussi des Pays-Bas. En juin 2011, la Bolivie a également mis fin à son accord avec les Etats-Unis d’Amérique. Même si les clauses de survie laissent planer un doute sur l’application continue de ces accords, ce mouvement de dénonciation jette un doute sur l’avenir de certains traités bilatéraux d’investissement.

*

Conclusion de la section. La crise de légitimité dont a souffert le droit international des investissements a ébranlé le système qu’avaient conjointement mis en place les traités bilatéraux d’investissement et la jurisprudence du CIRDI et a entraîné son rejet par certains Etats. Cependant, cette crise a eu l’avantage de réorienter une partie de ce droit, en faisant prendre conscience aux Etats, mais aussi aux arbitres, des enjeux essentiels d’une meilleure définition de la politique internationale en matière d’investissement.

Le plus grave reproche et le plus redondant fait au droit international des investissements tient à son déséquilibre. Walid Ben Hamida résume la position de certains commentateurs :

« On s’interroge si « le système actuel du contentieux transnational relatif aux investissements est déséquilibré en faveur de l’investisseur privé étranger au détriment de l’Etat d’accueil »⁵⁹⁵. Un auteur relève que l’Etat est maintenant en position

⁵⁹³ Ce sont les accords avec Cuba, la République dominicaine, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, la Roumanie et l’Uruguay.

⁵⁹⁴ L’avenir des accords conclus avec l’Allemagne, la Chine, les Etats-Unis, la Finlande, le Royaume-Uni et le Venezuela reste donc incertain.

⁵⁹⁵ B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l’investisseur privé étranger et au détriment de l’Etat d’accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202.

d'infériorité dans le contentieux économique transnational⁵⁹⁶. Un autre affirme que les conventions bilatérales d'investissement sont des conventions par essence inégalitaires⁵⁹⁷. Un troisième n'hésite pas à énoncer que la protection juridictionnelle dont bénéficient les investisseurs privés dans les traités d'investissement entraîne une « érosion considérable de la souveraineté de l'Etat »⁵⁹⁸. Enfin, il a été souligné que les traités d'investissement constituent une charte des droits exclusifs des investisseurs privés sans obligations, charges ou responsabilités, inapte à prendre en considération la promotion des objectifs de développement ou la protection de l'intérêt général⁵⁹⁹ »⁶⁰⁰.

Il est vrai que les traités bilatéraux d'investissement se concentrent sur la protection des investisseurs et que l'arbitrage CIRDI a vocation à leur offrir un mode de règlement des différends dans lequel ils sont dans une position d'égal à égal face à l'Etat.

Toutefois, au fur et à mesure que ce droit devenait de plus en plus réciproque et que les flux d'investissement se diversifiaient pour atteindre les pays du Nord, ces Etats ont pris conscience que ce déséquilibre pouvait leur être préjudiciable, entraînant, dès lors, une évolution dans les nouveaux modèles de conventions bilatérales d'investissement, mais aussi dans la jurisprudence du CIRDI. L'ordre juridique international relatif aux investissements, même s'il demeure un système de protection des investisseurs, cherche aujourd'hui un meilleur équilibre entre les droits de ces derniers et ceux des Etats.

⁵⁹⁶ P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395, p. 391.

⁵⁹⁷ V. l'intervention de Patrick Juillard in B. Audit, G. Burdeau et al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202, p. 191.

⁵⁹⁸ M. Sornarajah, "Right to Regulate and Safeguards" in CNUCED, *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp. 205-210, p. 209. L'auteur affirme : « Since protection has been the main thrust of the dispute settlement provisions, there has been a definite movement towards the creation of an automatic and unilateral right of recourse to arbitration created in the foreign investor. The right has led to concerns that there is a considerable erosion of sovereignty involved as a result of such provision ».

⁵⁹⁹ H. Mann, "The Right of States to Regulate and International Investment Law : A Comment" in CNUCED, *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp. 211-224, p. 212. Selon cet auteur, « The IIAS have become a charter of rights for foreign investors, with no concomitant responsibilities or liabilities, no direct legal links to promoting development objectives, and no protection for public welfare in the face of environmentally or socially destabilizing foreign investment ». Il ajoute : « international investment law is a system of corporate rights without responsibility or liability » (p. 215). Pour une étude critique du droit actuel des investissements, V. S. Anderson et S. Grusky, *Challenging Corporate Investor Rule : How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It*, Institute for Policy Studies : Food & Water Watch, Washington, 2007, IX-35 p.

⁶⁰⁰ W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n°4, 2008, pp. 999-1033, p. 999.

SECTION 2. UNE REORIENTATION DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Il n'est pas nouveau que l'on essaie d'imposer certaines obligations aux investisseurs et, en particulier, aux sociétés transnationales. Les questions de concurrence⁶⁰¹, de transfert de technologie⁶⁰², mais aussi d'environnement, de développement durable ou de corruption les concernaient directement et leur réglementation devait nécessairement, pour être efficace, viser ces acteurs privés. Cependant, les instruments utilisés, qu'il s'agisse de principes directeurs ou de lignes de conduite ou même de traités internationaux, ne pouvaient qu'espérer atteindre le comportement des investisseurs, sans qu'il soit possible d'imaginer que les Etats, les individus ou des organisations non-gouvernementales puissent directement invoquer ces normes à leur encontre. Même si le climat international poussait les entreprises à avoir des investissements socialement responsables et même si les arbitres reprenaient à leur compte ces principes, les instruments utilisés ne permettaient pas une réelle effectivité internationale de ces normes⁶⁰³.

Face à cette *soft law*, les Etats se trouvaient confrontés à de dures obligations contenues dans les traités bilatéraux d'investissement. Dès lors, il était plus que nécessaire de rééquilibrer le poids des obligations et leurs destinataires en intégrant certaines normes sociales dans les traités bilatéraux d'investissement. Plusieurs moyens étaient disponibles à cet effet, comme le fait remarquer Muthucumaraswamy Sornarajah :

« As the number of arbitrations under the investment treaties increases and the perception of their legitimacy decreases with conflicting decisions, states have responded in three principal ways. The first has been one of withdrawal from the system of investment arbitration. Some states have announced that they will consider not extending the life of their investment treaties after they expire. Others have sought to withdraw from the ICSID Convention. (...). The second response is to change at least future investment treaties so that there is an exclusion of certain sectors such as taxation from arbitration and the inclusion of exceptions to responsibility in the treaty itself. The third has been to argue new types of defences to liability ».

Le premier moyen constitue un rejet complet du système ; mais la préférence pour les deux autres montre que les Etats sont attachés au développement harmonieux du droit international des investissements et souhaitent le voir perdurer, même si cela implique quelques changements.

⁶⁰¹ CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, 2004, Genève, X-102 p.

⁶⁰² CNUCED, *Transfer of Technology*, UNCTAD/ITE/IIT/28, Publication des Nations Unies, 2001, Genève, IX-137 p.

⁶⁰³ CNUCED, *Trends in international investment agreements: an overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, 1999, Genève, IX-122 p., en particulier p. 72.

Ainsi, alors que les premiers traités bilatéraux d'investissement ne s'intéressaient qu'aux intérêts des investisseurs, les nouveaux modèles d'accord permettent de prendre en compte aussi l'intérêt des Etats. D'un système où les investisseurs n'avaient que des droits et les Etats que des obligations, on passe à un régime assurant davantage d'équilibre entre ces deux acteurs.

Le modèle des Etats-Unis de 2004 est l'un des premiers à avoir amorcé cette « modification de l'équilibre conventionnel »⁶⁰⁴. Cela s'explique par le désaveu du droit international des investissements subi dans ce pays, du fait de sa mise en cause dans certaines affaires CIRDI, mais aussi par les conditions entourant l'élaboration de cet accord, qui s'est faite en association avec les milieux intéressés et, notamment, les consommateurs, et par l'influence décisive exercée par l'ALENA.

La dernière génération de traités bilatéraux d'investissement a ainsi commencé à s'intéresser à la protection de l'environnement, aux droits des travailleurs ou à l'interdiction de la corruption, par exemple. Or, dès lors que ces principes deviennent des normes conventionnelles, ils s'imposent aux investisseurs, mais peuvent aussi être invoqués par les Etats, soit dans un recours contre les personnes privées qui seraient à l'origine de leur violation, soit comme moyen de défense.

C'est pourquoi l'intégration de ces nouvelles normes sociales fait du droit international des investissements un vecteur de leur efficacité. Même s'il s'agit pour l'instant, en grande partie, que *de lege ferenda*, on peut espérer que c'est la direction qu'emprunte aujourd'hui le droit international des investissements.

En tout cas, cette évolution permet de rééquilibrer le droit international des investissements et ainsi, peut-être, de lui redonner une bonne partie de sa légitimité. L'alliance des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI contribue ainsi à donner de nouvelles directions à l'ordre juridique international relatif aux investissements, qui impliquent non seulement une affirmation des obligations à la charge des investisseurs (Paragraphe 2), mais également des droits des Etats, qu'ils pourront faire valoir devant le juge international, afin de mener à bien leurs politiques publiques (Paragraphe 1).

⁶⁰⁴ P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682, p. 677.

PARAGRAPHE 1. DES DROITS A LA FAVEUR DES ETATS

Les pays du Nord, traditionnellement exportateurs de capitaux, ont été inquiétés par l'évolution du droit international des investissements, en particulier au regard des restrictions imposées à leur liberté normative. L'attitude des Etats-Unis à cet égard, est tout à fait révélatrice, l'expérience vécue dans le cadre de l'ALENA les ayant poussés à modifier leur modèle de traité bilatéral d'investissement⁶⁰⁵. Dès lors que les pays exportateurs de capitaux réalisent qu'ils peuvent se trouver en position de défendeur dans un arbitrage CIRDI, les critiques deviennent unanimes. Les Etats ont donc souhaité affirmer leurs droits, soit en insérant de nouvelles dispositions dans leurs traités bilatéraux d'investissement qui précisent les droits des Etats (B), soit en faisant valoir des moyens de défense justifiant certains comportements (A).

A. Des moyens de défense des Etats

L'utilisation de certains moyens de défense par les Etats dans l'arbitrage CIRDI est un phénomène récent. Pour certains, il révèle l'inefficacité du droit international des investissements :

« Coupled with the tenacity with which jurisdiction has been resisted by states, the exploration of defences to liability may have the effect of undermining the system of investment protection that has been built up by investment treaties. It was pointed out that the object of investment treaties was to bring about secure rules of investment through their statement in investment treaties. That original aim may have been undermined as a result of the increasing scope of defences to liability under the treaties. It could well be argued that the law has returned to the state of conflict and anarchical normlessness that existed prior to the advent of investment treaties »⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ K. Vandeveld, "A Comparison of the 2004 and 1994 US Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests", *Yearbook on International Investment Law and Policy*, vol. 1, 2009, p. 283 et s. ; G. Gagné et J. F. Morin, "The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 2, 2006, pp. 357-382 ; M. Kantor, "The New Draft Model US BIT: Noteworthy Developments", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, 2004, pp. 383-396 ; S. M. Schwebel, "The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: an Exercise in the Regressive Development of International Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, 2006, p. 161 et s.

⁶⁰⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 454. V. également p. 473 : « *The more the defences that are accommodated within the law, the weaker and more uncertain will be the system of investment protection* »

Au contraire, il semble que la découverte et l'utilisation progressive de moyens de défense par les Etats, ainsi que leur intégration au titre des exceptions dans les traités, révèlent la réactivité de l'ordre juridique relatif aux investissements et sa capacité à s'adapter pour perdurer. Cette évolution est, sans aucun doute, favorable au développement d'un droit plus équilibré et plus juste.

La question des moyens de défense des Etats a occupé une place essentielle dans les affaires argentines, étant donné leur nombre et leur ampleur. La stratégie de cet Etat était large et faisait notamment valoir l'inconstitutionnalité des traités bilatéraux d'investissement et de la Convention de Washington⁶⁰⁷ ; mais c'est surtout la transposition du droit international de la responsabilité au droit des investissements qui a occupé les arbitres.

Le droit de la responsabilité internationale admet des circonstances excluant l'illicéité. Elles sont précisées au Chapitre V de la première partie des Articles de la Commission du droit international. Six motifs sont prévus, au titre desquels figurent le consentement (article 20), la légitime défense (article 21), les contre-mesures (article 22), la force majeure (article 24), la détresse (article 24) et l'état de nécessité (article 25). Ces circonstances ont connu une nouvelle application en droit international des investissements, où, en particulier, l'état de nécessité a été utilisé comme un moyen de défense pour justifier les violations des traités bilatéraux d'investissement.

Le droit de la responsabilité internationale a donc trouvé à s'appliquer en droit international des investissements (1°), mais les difficultés créées par ces circonstances admises qu'« à titre exceptionnel » ont poussé les Etats à intégrer dans leurs traités bilatéraux d'investissement leurs propres moyens de défense, plus adaptés à la spécificité du contentieux (2°).

1°) Des moyens de défense tirés du droit international public

Des considérations de justice ont parfois rendu difficile l'application du droit international des investissements, la violation des traités bilatéraux d'investissement apparaissant pratiquement inéluctable. Il a donc fallu mettre en balance le principe fondateur « *pacta sunt servanda* »

⁶⁰⁷ C. E. Alfaro et P. Lorenti, "Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID Jurisdiction - The Potential New Government Defenses Against the Enforcement of ICSID Arbitral - Issues that May Subject the Award to the Revision of the Judiciary", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, 2005, 3 p.

avec d'autres doctrines classiques du droit international public, telles que les contre-mesures, mais surtout l'état de nécessité⁶⁰⁸.

Les contre-mesures ont été invoquées plusieurs fois par le Mexique, qui justifiait ses violations de l'ALENA par le fait qu'elles répondaient à la violation initiale du traité par les Etats-Unis d'Amérique. Cet argument semble contraire à la logique du droit international des investissements, étant donné qu'il semble confondre rapports interétatiques et relations entre l'Etat et l'investisseur. Pourtant, un Tribunal l'a admis, considérant que :

« *Chapter Eleven sets forth substantive obligations which remain inter-State, without accruing individual rights for the Claimants (...) the investor may bring the host State to an international arbitration in order to request compensation, but the investor will be in reality stepping into the shoes and asserting the rights of the home State* »⁶⁰⁹.

Cette décision a été très critiquée, Mathias Forteau montrant l'inadaptation de cette sorte de protection diplomatique inversée :

« l'affirmation – inconnue jusqu'alors des internationalistes – d'une sorte de protection diplomatique inversée qui conduit à voir dans l'action contentieuse de l'investisseur étranger un endossement des droits de l'Etat, dont il faudrait déduire, très curieusement, que l'indemnisation éventuellement obtenue par l'investisseur devrait être reversée à celui-ci »⁶¹⁰.

Cela explique certainement qu'une telle position n'ait pas été retenue dans l'affaire *Corn Products International* et il a été considéré que le Mexique ne pouvait faire valoir que ses

⁶⁰⁸ C. Leben, "L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement", *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 2005, pp. 47-52 ; SFDI, *La nécessité en droit international - Colloque de Grenoble*, Pedone, Paris, 2007, 384 p. ; A. Reinisch, "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, pp. 191-201 ; S. W. Schill, "International Investment Law and the Host States Power to Handle Economic Crises-Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 3, 2007, p. 265 et s. ; M. Waibel, "Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, n° 3, 2007, p. 637 et s. ; J. Kurtz, "Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis", *Society of International Economic Law - Working Paper*, N° 40/08, 2008, 51 p. ; J. Alvarez et K. Khamsi, "Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", *Yearbook on International Investment Law and Policy*, vol. 1, 2009, pp. 379-478 ; C. Binder, "Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 608-630 ; T. Gazzini, "Foreign Investment and Measures Adopted on Grounds of Necessity: Towards a Common Understanding", *Transnational Dispute Management*, vol. 7, n° 1, 2010, 28 p. ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.

⁶⁰⁹ CIRDI, *Archer Daniels Midlet et Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/04/5), sentence du 21 novembre 2007, paragraphes 168-169. V. également F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, pp. 493-494.

⁶¹⁰ M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39, p. 38.

violations du traité étaient des contre-mesures dans un contentieux l'opposant, non pas aux Etats-Unis d'Amérique, mais à un investisseur⁶¹¹.

La transposition des règles de la responsabilité internationale n'est donc pas toujours adaptée à l'ordre juridique relatif aux investissements. Comme le note Franck Latty :

« Certaines greffes ne prennent pas – dans ce cas bien précis, la nature hybride du contentieux conduit à un rejet des règles internationales »⁶¹².

Cependant, l'ensemble du droit de la responsabilité internationale ne doit pas être exclu, les Etats ayant puisé dans les circonstances excluant l'illicéité, reconnues comme coutumières, des moyens de défense pour justifier leur violation des traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, la force majeure et l'état de nécessité semblent pouvoir être plus facilement transposés⁶¹³.

La force majeure a un rôle important en droit international⁶¹⁴, mais n'a été que rarement évoquée dans l'arbitrage CIRDI⁶¹⁵. La force majeure et l'état de nécessité ont longtemps été confondus, leur distinction n'étant intervenue qu'en 1957 suite aux travaux de Francisco V. Garcia-Amador, rapporteur spécial de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats⁶¹⁶. Alors que dans le cas de l'état de nécessité, l'Etat choisit de ne pas exécuter ses obligations du fait d'un péril grave et imminent, la force majeure rend matériellement impossible l'exécution. Elle est définie comme circonstance excluant l'illicéité à l'article 23 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats qui précise :

« L'illicéité du fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un évènement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'Etat et

⁶¹¹ CIRDI, *Corn Products International, Inc. contre Mexique* (ARB(AF)/04/1), décision sur la responsabilité du 15 janvier 2008, paragraphes 65 et s.

⁶¹² F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, p. 495.

⁶¹³ E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667.

⁶¹⁴ La force majeure avait eu un certain rôle dans les Commissions des réclamations. Voir A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523 ; M. Stevens, A. Bjorklund, M. Carlson et A. de Gramont, "Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 189-209, p. 190. La force majeure a été invoquée récemment dans plusieurs affaires faisant suite à la crise indonésienne. V. not. *Himpurna contre Indonésie* (2000) ; *Karaha Bodas Co. contre Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara* (2006) ; *Phaiton Energy contre Pertamina* (transaction). Cependant, la force majeure fut systématiquement rejetée. Voir M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 465 et s.

⁶¹⁵ V. CIRDI, *AAPL contre Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990 ; CIRDI, *RSM Production Corporation et autres contre Grenada* (ARB/10/6), sentence du 13 mars 2009.

⁶¹⁶ M. Stevens, A. Bjorklund, M. Carlson et A. de Gramont, "Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 189-209, p. 190 ;

fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ».

Dans son rapport sur la force majeure, le Secrétariat des Nations Unies a insisté sur les conditions entourant cette exception :

« Il est généralement admis que, pour que l'exception de force majeure soit considérée comme fondée, il faut que les conditions suivantes soient réunies : 1° l'évènement doit être indépendant de la volonté du débiteur de l'obligation, et ne pas avoir été causé par lui ; 2° l'évènement doit être imprévu, ou prévu mais inévitable ou insurmontable ; 3° l'évènement doit être tel qu'il rend impossible au débiteur de l'obligation de s'acquitter de son obligation ; 4° il doit exister un lien de causalité entre l'évènement de force majeure, d'une part, et la non-exécution de l'obligation, d'autre part »⁶¹⁷.

Les crises économiques ont pu être invoquées comme force majeure excluant la responsabilité de l'Etat. Cependant, il est en général considéré que les difficultés financières d'un Etat ne rendent pas impossible l'exécution de l'obligation⁶¹⁸ :

« *Force majeure does not include circumstances in which performance of an obligation has become more difficult, for example due to some political or economic crisis* »⁶¹⁹.

La force majeure ne pourra jouer que dans des circonstances véritablement exceptionnelles, où, par exemple, l'investissement serait détruit.

Seul l'état de nécessité semble donc s'être bien adapté à la nature particulière du contentieux en matière d'investissement. L'état de nécessité a fait l'objet d'une jurisprudence importante des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, suite à son invocation régulière par l'Argentine⁶²⁰ dans de nombreuses affaires – plus de cinquante – suite à la crise économique qui l'a traversée et à la « pesification » de son économie⁶²¹. Cet Etat a donc puisé dans les

⁶¹⁷ Secrétariat des Nations Unies, "Force majeure" et cas fortuit en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1978, pp. 58-223, pp. 66-67, paragraphe 15.

⁶¹⁸ V. not., l'*Affaire de l'Indemnité russe*, sentence du 11 novembre 1912, *Rec. des sentences arbitrales*, p. 427 ; CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A*, n° 20/21, p. 5 ; l'*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence du 30 avril 1990, *Rec. des sentences arbitrales*, vol. XX, pp. 215-284. V. également A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523.

⁶¹⁹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, XXXIII-387 p., p. 171.

⁶²⁰ E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667 ; R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶²¹ K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130 ; A. G. Forji,

principes du droit international des moyens de défense pour justifier les violations des traités bilatéraux d'investissement, auxquelles il affirmait avoir été contraint par l'état de nécessité et d'urgence dans lequel il était.

L'état de nécessité a reçu un accueil mitigé de la part des tribunaux arbitraux et a encore donné lieu à une profonde contradiction de jurisprudence. Alors que le Tribunal statuant dans l'affaire *LG&E* a admis l'argument de l'Argentine, les autres tribunaux ont rejeté ce motif de dérogation, en particulier dans l'affaire *CMS*.

L'état de nécessité est considéré comme une circonstance excluant l'illicéité du comportement de l'Etat en droit international. Ce concept de droit international coutumier⁶²² est essentiel en droit international, comme l'avait rappelé une opinion dissidente dans l'affaire *Wimbledon* :

« La liberté d'un Etat de suivre la voie qui lui paraît la mieux appropriée aux exigences de sa sécurité et au maintien de son intégrité, est si essentielle que, dans le doute, des clauses conventionnelles ne sauraient être interprétées comme la limitant »⁶²³.

Les arbitres se sont donc fondés sur les Article de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, annexés à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies pour préciser cette notion. Or, il est intéressant de remarquer, avec Charles Leben que les arbitres ont appliqué ces règles :

« sans être le moins du monde gêné[s] par le fait qu'il[s] ne se trouve[nt] pas (...) en présence d'une relation entre deux Etats »⁶²⁴.

Ces Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat codifient l'état de nécessité de façon assez restrictive⁶²⁵. L'article 25 dispose ainsi que :

« 1. L'Etat ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :
a) constitue pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et

"Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 76, n°1, 2010, pp. 44-57.

⁶²² CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7. V. également S. Schwebel, "The Judgement of the International Court of Justice in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)" in CPA, *Resolution of International Water Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 247-258.

⁶²³ Opinion dissidente de MM. Anzilotti et Huber in CPJI, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, Rec. Série A, n° 1, p. 15, p. 37.

⁶²⁴ C. Leben, "La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, 683-714, p. 697. V. également F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, p. 482.

⁶²⁵ CIRDI, *Total S.A. contre Argentine (ARB/04/1)*, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, paragraphe 220. V. également R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

b) ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat ou des Etats à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'Etat comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou

b) Si l'Etat a contribué à la survenance de cette situation »⁶²⁶.

L'état de nécessité n'a donc vocation à jouer que dans de très rares cas⁶²⁷, comme le révèle la formulation négative de cette disposition⁶²⁸. D'une part, l'Etat ne pourra pas l'invoquer s'il y a contribué, si le traité l'exclut et, bien évidemment, dans le cas de normes impératives⁶²⁹. D'autre part, il faudra que plusieurs conditions cumulatives soient réunies⁶³⁰. L'Etat doit vouloir défendre un intérêt essentiel et vital, comme par exemple sa « survie politique ou économique, le maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, la conservation de sa paix intérieure, la survie d'une partie de sa population, la conservation écologique de son territoire ou d'une partie de son territoire, etc. »⁶³¹. De plus, le péril doit être grave et imminent⁶³². Les mesures prises doivent également constituer l'unique moyen – « *the only way* » – pour l'Etat de préserver ses intérêts et être, tout simplement indispensables⁶³³. Enfin, elles ne doivent pas porter atteinte à un intérêt essentiel d'un autre

⁶²⁶ Art. 25 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393. V. également CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7, paragraphe 51 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Rec.* 2004, p. 136, paragraphe 140.

⁶²⁷ V., par ex., CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Argentine (ARB/07/17)*, sentence du 21 juin 2011, paragraphe 344. V. également R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶²⁸ V. les commentaires sur l'article 25 in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.

⁶²⁹ V. l'art. 26 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. V. également J. E. Vinuales, "State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law", *Bepress Legal Series*, 2007, 20 p. ; R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶³⁰ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7. V. également CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine (ARB/01/8)*, sentence du 12 mai 2005 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)*, sentence du 22 mai 2007 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine (ARB/02/16)*, sentence du 28 septembre 2007. V. également A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523.

⁶³¹ R. Ago, "Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats - Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 1, 1980, pp. 14-68. V. également R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶³² V. CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7. V. également les paragraphes 15 et 16 des Commentaires sur l'art. 25 in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.

⁶³³ V. CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7, paragraphe 54. V. également R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188 ; G. Bottini, "Protection

Etat ou de la communauté internationale⁶³⁴. Cette dernière condition est difficile à appréhender en droit international des investissements, du fait que l'intérêt n'est plus celui d'un Etat, mais celui d'un investissement. Comme le note Andrea Bjorklund :

« *Given the hybrid nature of investor-State dispute settlement (...) it is unclear whether it is appropriate only to balance the interests of the State Parties. If those are the appropriate interests to be weighed, the investor could be at significant disadvantage, as she may not be well positioned to represent in convincing or authoritative fashion the interest of her home State. On the other hand, weighing the interests of a State against that of an individual investor might give the investor no greater advantage as in many cases an individual investor's interests will seem trivial compared to those of the State* »⁶³⁵.

Certains considèrent, toutefois, qu'étant donné que les traités bilatéraux d'investissement ont vocation à protéger les investisseurs, l'intérêt de ces derniers est bien l'intérêt de l'Etat⁶³⁶.

Enfin, même si l'état de nécessité est admis et exclut l'illicéité, cela ne signifie pas que l'Etat sera dispensé d'indemniser⁶³⁷.

L'état de nécessité est donc particulièrement difficile à mettre en œuvre sur le fondement du droit international coutumier. Certains Etats ont donc pris le parti d'intégrer, dans leurs traités bilatéraux d'investissement, une disposition les autorisant à prendre des mesures d'urgence dans certaines circonstances. Par exemple, le traité bilatéral d'investissement unissant les

of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163 ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.

⁶³⁴ V. les Commentaires sur l'art. 25 in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.

⁶³⁵ A. Bjorklund, "Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 459 et s. V. également A. Reinisch, "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, pp. 191-201.

⁶³⁶ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 357 : « *the [BIT] was made to protect investors it must be assumed that this is an important interest of the State parties* ». V. également R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶³⁷ V. l'art. 27 des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. V. également CIJ, *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7, p. 48 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 392 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 345. Contra : CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 25 juillet 2007, paragraphe 264. V. également V. Lowe, "Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses", *EJIL*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 405-411 ; R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p. ; A. Bjorklund, "Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 459 et s. ; R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

Etats-Unis d'Amérique à l'Argentine inclut un article XI, qualifié de « *non-precluded measures* »⁶³⁸, qui prévoit :

« Le présent Traité ne saurait empêcher l'une ou l'autre des Parties de prendre toutes mesures nécessaires au maintien et au rétablissement de l'ordre public, au respect de ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, ou à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité »⁶³⁹.

Il faut prendre soin de distinguer entre l'article XI qui, lorsqu'il s'applique, n'entraîne aucune violation du traité, alors que l'état de nécessité évoqué à l'article 25 des Articles de la Commission du droit international est une circonstance excluant l'illicéité⁶⁴⁰. De plus, les conditions de la disposition relative aux mesures non interdites ou « *non-precluded measures* » sont bien plus larges et moins strictes. Enfin, ces mesures étant explicitement autorisées, elles ne devront aucunement donner lieu à indemnisation.

Cette disposition a été invoquée par l'Argentine dans plusieurs affaires intervenant devant un tribunal du Centre. Cependant, dans la grande majorité, les tribunaux n'ont pas appliqué l'article XI, considérant que :

« *The Treaty itself did not deal with the legal elements necessary for the legitimate invocation of a state of necessity. The rule governing such questions will thus be found under customary international law* »⁶⁴¹.

Ils ont considéré que l'absence de précision du traité impliquait un renvoi implicite au droit coutumier international, tel qu'exprimé dans les Articles de la Commission du droit international, qui devait leur permettre d'interpréter cette disposition⁶⁴². Un Tribunal a expliqué ce raisonnement, en se fondant sur la Convention de Vienne sur le droit des traités :

⁶³⁸ G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163.

⁶³⁹ Art. 11 du TBI Etats-Unis d'Amérique – Argentine, 1991. Pour un commentaire de l'inclusion d'une telle disposition et une comparaison avec diverses dispositions du traité, voir E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667 ; R. Aguirre Luzzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.

⁶⁴⁰ A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.

⁶⁴¹ CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, paragraphe 378. V. également CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 308 et 374 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 333.

⁶⁴² Ils se sont fondés sur l'art. 31, paragraphe 3, c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui prévoit qu'« il sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...) c) de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties ». V. également C. Binder, "Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 608-630.

« According to Article 31 (3) of the Vienna Convention, the interpretation of treaty rules should take into account, inter alia, « any relevant rules of international law applicable in the relations between the Parties ». This approach to the interpretation of a treaty has also been adopted by the Iran-US Claims Tribunal in the Amoco case, where it stated:

« As a *lex specialis* in the relations between the two countries, the Treaty supersedes the *lex generalis*, namely customary international law. This does not mean, however, that the latter is irrelevant in the instant case. On the contrary, the rules of customary international law may be useful in order to fill in possible lacunae of the Treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in its text or, more generally, to aid interpretation and implementation of its provisions ». (...). So far, this Tribunal has limited itself to examining the question of whether the above-mentioned precept is a rule of general international law, applicable between the Parties to the BIT and, hence, a rule which may be used to interpret Article XI of the latter. It has reached an affirmative conclusion on this point »⁶⁴³.

Il s'ensuit que dans diverses affaires, les arbitres ont exclu l'état de nécessité, considérant que le comportement de l'Argentine ne rencontrait pas les conditions particulièrement strictes de l'article 25, même s'ils n'étaient pas opposés par principe à l'assimilation des crises économiques à un état de nécessité⁶⁴⁴, le Tribunal statuant dans l'affaire *CMS* constatant même qu' :

« Aucun élément, du point de vue du droit international coutumier ou de l'objet et du but du traité, ne peut, en soi, exclure une situation de crise économique majeure du champ d'application de l'article XI (...). Si le concept d'intérêts essentiels de sécurité devait être limité à des préoccupations politiques et de sécurité nationale immédiates, notamment à caractère international, et exclure d'autres intérêts, par exemple les situations d'urgence économique majeure, il y aurait un risque d'interprétation déséquilibré de l'article XI. Une telle approche ne serait pas totalement cohérente avec les règles qui régissent l'interprétation des traités »⁶⁴⁵.

⁶⁴³ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphes 616-621 (références omises).

⁶⁴⁴ La Commission du droit international semblait admettre cette hypothèse dès 1957, considérant que l'Etat pouvait ne pas exécuter ses obligations si cela se justifiait « par des raisons d'utilité publique ou de nécessité économique » (CDI, "Responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. I, 1957, p. 164 et s., p. 170). La jurisprudence internationale semble également admettre une telle possibilité. V. not., *l'affaire de l'Indemnité russe*, sentence du 11 novembre 1912, *Rec. des sentences arbitrales*, p. 427, p. 443, paragraphe 6 : « L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé ; le droit international doit d'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement Impérial Russe admet expressément (...) que l'obligation pour un Etat d'exécuter les traités peut fléchir « si l'existence même de l'Etat vient à être en danger, si l'observation du devoir international est... self-destructive » ». *Contra* : CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, arrêt du 12 juillet 1929, *Rec. Série A*, n° 20/21, p. 5, pp. 39-40 : « Force majeure – On ne saurait prétendre que la guerre elle-même, quelque grave qu'aient été ses conséquences économiques, ait juridiquement affecté les obligations nées des contrats conclus entre le Gouvernement serbe et les porteurs français. Les bouleversements économiques provoqués par la guerre n'ont pas libéré l'Etat débiteur, bien qu'ils puissent comporter des considérations d'équité ».

⁶⁴⁵ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphes 359-360, tels que traduit in K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130, p. 121. V., pour commentaire, T. Gazzini, "Necessity in International Investment Law: Some Critical

Cependant, les Tribunaux ont considéré que les conditions fixées à l'article 25 des Articles de la Commission du droit international n'étaient pas réunies, d'autant plus que l'Argentine avait contribué à la survenance de la crise. Ainsi, encore récemment, un Tribunal a rappelé l'importance du principe des « *clean hands* » :

« (i) *there is a rule of general international law which provides that necessity may not be invoked as a ground for precluding wrongfulness if the State concerned has significantly contributed to creating that necessity ; (ii) there also seems to be a general principle of law recognised by civilised nations that necessity cannot be recognised if a Party to a contract has contributed to it. This means that the rule or principle in question may be used, under Article 31 (3) of the Vienna Convention, to ascertain the meaning of Article XI of the Argentina-US BIT. Accordingly, that Article may be taken to mean that necessity cannot be invoked by a Party having itself created such necessity or having substantially contributed to it* »⁶⁴⁶.

De plus , il est difficile de vérifier, dans le cas d'une crise économique, si les moyens étaient les seuls à la disposition de l'Etat et si celui-ci ne pouvait pas prendre d'autres mesures pour préserver ses intérêts. Ainsi, dans l'affaire *Enron*, le Tribunal a noté que :

« *A rather sad world of comparative experience in the handling of economic crises, shows that there are always many approaches to address and correct such critical events, and it is difficult to justify that none were available in the Argentine case* »⁶⁴⁷.

Finalement, les tribunaux statuant notamment dans les affaires *CMS*, *Enron* et *Sempra*⁶⁴⁸ n'ont appliqué que l'état de nécessité reconnu en droit coutumier, mais n'ont pas fait application de l'article XI du traité bilatéral d'investissement, mettant ainsi à mal l'effet utile d'une telle disposition⁶⁴⁹.

Toutefois, un Tribunal a rejeté une telle interprétation, refusant de se fonder exclusivement sur le droit coutumier. Il a tout d'abord admis qu'une crise économique pouvait très bien constituer un état de nécessité rejetant fermement une interprétation plus stricte :

Remarks on *CMS v Argentina*", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 26, 2008, pp. 450-470. V. également CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphes 331 et 342.

⁶⁴⁶ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphe 624. V. également CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, paragraphes 356-360.

⁶⁴⁷ CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 308.

⁶⁴⁸ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007 ; CIRDI, *Sempra Energy International contre Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007. V. également les sentences CNUDCI dans les affaires *BG Group Plc contre Argentine*, sentence du 24 décembre 2007 ; CIRDI, *National Grid plc contre Argentine*, sentence du 3 novembre 2008.

⁶⁴⁹ G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163, p. 157 ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.

« Estimer qu'une crise économique d'une telle gravité ne peut constituer un intérêt essentiel de sécurité revient à minimiser les ravages que l'économie peut faire sur les vies de populations entières et à diminuer la capacité du gouvernement à gouverner. Lorsque les fondations économiques d'un Etat sont en péril, la situation peut être aussi grave qu'en cas d'invasion militaire, quelle qu'elle soit »⁶⁵⁰.

Le Tribunal s'est ensuite attaché à l'application de l'article XI du traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Argentine, considérant que le traité devait s'appliquer en tant que *lex specialis*⁶⁵¹. Dès lors, la responsabilité de l'Argentine devait être exclue, étant donné que son comportement répondait aux circonstances évoquées à l'article XI. Le Tribunal n'a donc eu recours à l'article 25 des Articles de la Commission du droit international que pour légitimer sa solution.

Cependant, si l'état de nécessité a été admis, il ne valait que pour la période de crise extrême :

« Cette exonération n'est applicable que dans des situations d'urgence ; une fois l'urgence passée, en d'autres termes une certaine stabilité retrouvée, l'Etat n'est plus exonéré de sa responsabilité en cas de violation des obligations imposées par le droit international et est tenu de recommencer immédiatement à les honorer »⁶⁵².

La responsabilité de l'Argentine n'était donc exonérée qu'entre le 1^{er} décembre 2001 et le 26 avril 2003.

⁶⁵⁰ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 25 juillet 2007, paragraphe 238, tel que traduit in K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130, p. 122. V., pour commentaire, S. W. Schill, "International Investment Law and the Host States Power to Handle Economic Crises-Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 3, 2007, p. 265 et s. ; A. G. Forji, "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity", *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 76, n°1, 2010, pp. 44-57 ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158. V. également CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008, paragraphe 178 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A. contre Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, paragraphes 346-350.

⁶⁵¹ V. également CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, paragraphe 133. V. également CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphe 552. Sur le principe *lex specialis*, v. not. l'art. 55 des Articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un Etat sont régies par des règles spéciales du droit international ». V. également A. Lindroos, "Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis", *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 27 et s. ; CDI, "Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 2006, 15 p. ; M. Koskeniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., paragraphe 56 : « Le principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général est généralement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et technique pour le règlement des conflits normatifs ».

⁶⁵² CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 25 juillet 2007, paragraphe 229, tel que traduit in K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130.

Les contradictions constatées dans la jurisprudence ne sont pas seulement liées à une différence d'appréciation de la gravité de la crise⁶⁵³, mais surtout à une différence de raisonnement. Ces décisions sont particulièrement intéressantes au regard des relations entretenues par le droit conventionnel et le droit coutumier, mais elles prêtent à confusion. En effet, comme l'a noté le Comité *ad hoc*, dans sa décision relative à l'affaire *CMS*, il faut distinguer entre règles primaires et secondaires⁶⁵⁴, conformément à la jurisprudence de la Cour mondiale⁶⁵⁵. Alors que l'article XI du traité bilatéral d'investissement, qui constitue une exception au traité, doit être considéré au moment où l'on vérifie la possible violation du traité et constitue donc une obligation primaire, ce n'est que dans le cas où la violation est établie qu'il faudra vérifier, comme moyen de défense, l'existence d'un état de nécessité, relevant ainsi des règles secondaires. Le Comité considère alors que :

« *in this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law* »⁶⁵⁶.

La même approche a été adoptée dans les sentences *Continental*⁶⁵⁷ et *El Paso*⁶⁵⁸, dans lesquelles les Tribunaux ont pris soin de distinguer l'analyse de la règle primaire, à savoir la clause de sauvegarde contenue à l'article XI du traité conclu par l'Argentine avec les Etats-Unis d'Amérique, de celle de la règle secondaire relevant du droit coutumier, tel qu'elle ressort de l'article 25 des Articles de la Commission. Or, les Tribunaux ont considéré que la plupart des griefs se justifiaient par la nécessité et étaient donc couverts par l'article XI du traité.

⁶⁵³ Alors que dans les affaires *CMS* et *Enron*, les tribunaux ont considéré la crise comme grave, mais pas suffisant pour entraîner un effondrement du système économique et social ; le Tribunal statuant dans l'affaire *LG&E* a considéré que la crise menaçait le gouvernement argentin et mettait en jeu un intérêt essentiel de l'Etat, en compromettant son existence et son indépendance. Voir K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130.

⁶⁵⁴ T. Christakis, "Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité ad hoc dans l'affaire *CMS c. Argentine*", *RGDIP*, vol. 111, n° 4, 2007, pp. 879-896 ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.

⁶⁵⁵ V., à propos d'une disposition sur les intérêts essentiels de sécurité dans un traité d'amitié, de commerce et de navigation, CII, *affaire des plates-formes pétrolières (Iran contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003, *CII Rec.* 2003, p. 161.

⁶⁵⁶ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* du 25 septembre 2007, paragraphes 133-134.

⁶⁵⁷ CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008, paragraphes 162-168 et paragraphe 222. V. également F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, p. 492.

⁶⁵⁸ CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphes 553-555.

Somme toute, l'état de nécessité n'est admis que lorsqu'une disposition l'intègre au traité d'investissement et en précise les conditions. Le droit coutumier, tel qu'il ressort de l'article 25 des Articles de la Commission du droit international, fait l'objet de conditions trop restrictives pour pouvoir s'appliquer, du moins dans le cas d'une crise financière. Ainsi, lorsque le traité ne prévoit pas de telles circonstances, l'argument est systématiquement rejeté⁶⁵⁹. En particulier, les tribunaux ont considéré que l'Argentine avait contribué à la survenance de l'Etat de nécessité, par sa politique économique, budgétaire et fiscale⁶⁶⁰.

Le recours aux règles coutumières de la responsabilité internationale des Etats, telles que codifiées par la Commission du droit international pose, toutefois, problème étant donné que ces règles ne sont censées s'appliquer qu'aux relations interétatiques et non aux relations entre un Etat et le ressortissant d'un autre Etat. Il est certes rappelé que les règles relatives à la responsabilité interétatique sont « sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'Etat peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un Etat »⁶⁶¹, dans le cas en particulier où il existe des « procédures permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans l'intervention de l'Etat »⁶⁶² ; mais cette transposition est parfois difficile⁶⁶³.

De nombreuses incertitudes demeurent, tant chez les Etats qui ne savent pas dans quelle mesure ils pourront prendre les décisions qui s'imposent en cas de crise économique, que chez les investisseurs. Ce manque de sécurité juridique met à mal le climat d'investissement et entraîne une perte de confiance chez les opérateurs. Il était donc nécessaire que les Etats apportent des réponses dans leurs traités bilatéraux d'investissements, seuls instruments à même de restaurer la confiance des investisseurs.

⁶⁵⁹ V., par ex., sentence CNUDCI, *National Grid plc contre Argentine*, sentence du 3 novembre 2008.

⁶⁶⁰ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 538 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 312 ; sentence CNUDCI, *National Grid plc contre Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, paragraphe 260.

⁶⁶¹ Art. 33, paragraphe 2, des Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite.

⁶⁶² V. le paragraphe 4 du Commentaire des Articles in CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393, p. 252.

⁶⁶³ A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512, pp. 502-504. V. également l'affaire CIRDI, *Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine* (ARB/04/14), sentence du 8 décembre 2008, et son analyse de l'art. 36 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

2°) L'affirmation de la liberté des Etats à agir en temps de crise dans les traités bilatéraux d'investissement

Face à l'incertitude, particulièrement économique, à laquelle est confrontée la communauté internationale⁶⁶⁴, certains Etats ont voulu préciser leurs obligations et ainsi assurer leur marge de manœuvre en cas d'urgence, par exemple liée à une crise financière. L'état de nécessité étant une norme coutumière, on peut s'interroger sur l'utilité d'inclure de telles clauses ; mais les contradictions de jurisprudence et les différences dans les conditions d'application et les conséquences de ces principes militent pour des précisions conventionnelles⁶⁶⁵. Ces clauses de sauvegarde⁶⁶⁶ ont donc vocation à permettre aux parties de ne pas appliquer certaines règles conventionnelles si les intérêts vitaux de la nation sont menacés⁶⁶⁷.

Comme cela a été révélé dans les affaires argentines⁶⁶⁸, les Etats-Unis d'Amérique intègrent depuis longtemps une disposition relative à la « sécurité essentielle ». Ainsi, le modèle américain prend soin d'affirmer que les Etats peuvent agir pour protéger leur sécurité ou leur stabilité financière⁶⁶⁹. Les modèles récents sont encore plus précis que l'article XI de l'Accord avec l'Argentine. L'article 18 du modèle de 2012 précise ainsi :

« Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée :

⁶⁶⁴ V. également sur le débat sur le « droit à l'existence » de l'Etat ou le « droit à l'autoconservation » - ou « *right of self-preservation* » en anglais : R. Ago, "Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats - Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 1, 1980, pp. 14-68 ; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, LI-490 p., pp. 29-99 ; R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188 ; A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523 ; G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163.

⁶⁶⁵ G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163, p. 163 : « *the inclusion of NPM [non-precluded measures] provisions in BITs seems desirable, since they give a better picture of what is being offered to investors through BITs, contributing in that way to legal certainty* ».

⁶⁶⁶ Cette qualification a été reprise dans l'affaire CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008, paragraphe 164 : « *Article XI restricts or derogates from the substantial obligations undertaken by the parties to the BIT in so far as the conditions of its invocation are met. In fact, Art. XI has been defined as a safeguard clause; it has been said that it recognizes "reserved rights", or that it contemplates "non-precluded" measures to which a contracting state party can resort* ».

⁶⁶⁷ V., pour comparaison, l'art. 3 des Codes de l'OCDE de libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles : les dispositions des Codes « n'empêchent pas un Etat de prendre les mesures qu'il estime nécessaire (...) à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité » ; et les Commentaires du Comité de l'investissement qui précise que ces clauses de sauvegarde sont « censées intervenir dans des situations exceptionnelles. Elles permettent en principe aux Membres de mettre en place, de réinstaurer ou de maintenir des restrictions qui ne sont pas couvertes par les réserves aux Codes et, dans le même temps, d'exempter ces restrictions du principe de libéralisation progressive ». V. également K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130.

⁶⁶⁸ V. *supra*, p. 833 et s.

⁶⁶⁹ V. l'art. 20 – *Financial Services* – du modèle des Etats-Unis de 2007.

- a) comme exigeant d'une Partie de fournir ou de permettre l'accès à toute information dont elle considère la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ; ou
- b) comme empêchant une Partie de prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour remplir ses obligations se rapportant au maintien ou au rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale ou à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité »⁶⁷⁰.

D'autres accords incluent des clauses de sauvegarde leur permettant de déroger à leurs obligations afin de protéger les intérêts essentiels de sécurité de la nation. C'est le cas en particulier du Canada⁶⁷¹, mais aussi de l'Allemagne⁶⁷², de l'Inde⁶⁷³ ou de l'Union belgo-luxembourgeoise⁶⁷⁴. Cela ne signifie pas qu'il s'agisse d'une pratique conventionnelle uniforme. D'une part, la plupart des Etats n'incluent pas de telles clauses, comme, par exemple, la France ou le Royaume-Uni⁶⁷⁵. Dans ce cas, même si le principe n'a pas d'assise conventionnelle, il s'appliquera à titre coutumier, les parties n'y ayant pas pour autant renoncé⁶⁷⁶. D'autre part, les clauses ne sont nullement uniformes quant à leur contenu ou portée⁶⁷⁷. En particulier, certains accords définissent les intérêts essentiels de sécurité, ce qui réduit le champ de la clause.

Par exemple, le Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement incluait une disposition relative aux exceptions générales, où figurait une référence aux intérêts essentiels de sécurité, qui étaient définis de façon stricte. Ainsi, il était prévu qu' :

- « Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme
 - a. empêchant une partie contractante de prendre toute mesure qu'elle juge nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité :
 - (i) prise en période de guerre, de conflit armé ou dans toute autre situation d'urgence dans les relations internationales ;
 - (ii) relative à la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération d'armes de destruction massive ;

⁶⁷⁰ Art. 18 du modèle des Etats-Unis de 2012, mais aussi de 2004, le dernier modèle l'ayant repris exactement. V. également l'art. 2102 de l'ALENA et l'art. 24 du Traité sur la Charte de l'Energie.

⁶⁷¹ Art. 10 du modèle canadien de 2004.

⁶⁷² V. l'art. 3 du Protocole additionnel des traités conclus par l'Allemagne sur le modèle de 2005.

⁶⁷³ V. l'art. 12 du modèle indien de 2003.

⁶⁷⁴ V. not., W. Burke-White et A. Von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, 2007, pp. 307-386.

⁶⁷⁵ G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163.

⁶⁷⁶ CIJ, *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *CIJ Rec.* 1989, p. 15, paragraphe 50 : « La Chambre ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écartier soit verbalement précisée ». Il s'agissait en l'espèce de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, mais le raisonnement est transposable.

⁶⁷⁷ W. Burke-White et A. Von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, 2007, pp. 307-386 ; K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130, p. 115 ; G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163.

(iii) relative à la production d'armes et de munitions »⁶⁷⁸.

Cette définition stricte des intérêts essentiels en matière de sécurité ne permet pas à l'Etat d'aller au-delà des cas explicitement prévus et de se prévaloir d'une telle disposition, par exemple, en cas de crise financière. Il en est de même du modèle canadien, dont l'article 10, relatif aux exceptions générales, précise qu' :

« Aucune disposition du présent accord n'a pour effet :

a) d'imposer à une Partie l'obligation de fournir des renseignements ou de donner accès à des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité ;

b) d'empêcher une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité

(i) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre ou à tout commerce d'autres articles, matériels, services et technologies destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou autres forces de sécurité,

(ii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale, ou

(iii) se rapportant à la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres engins nucléaires explosifs »⁶⁷⁹.

Il a été admis que les crises économiques graves mettaient en jeu la sécurité nationale⁶⁸⁰ ; mais des incertitudes demeurent. Certains modèles ont, alors, préféré inclure une disposition spécifique relative aux domaines économique et financier. Ainsi, le modèle canadien de 2004 répond directement aux préoccupations liées aux crises. Son article 10, relatif aux exceptions générales, dispose qu' :

« Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'interdire à une Partie d'adopter ou de maintenir en place des mesures raisonnables, pour des raisons de prudence telles que :

a) la protection des investisseurs, des déposants, des participants aux marchés financiers, des titulaires de police, des auteurs d'une demande de règlement fondée sur une police ou des personnes envers lesquelles une institution financière a des obligations fiduciaires ;

b) le maintien de la sécurité, de la solidité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière des institutions financières ; et

⁶⁷⁸ Partie VI « Exceptions et sauvegardes », paragraphe 2, de l'Accord multilatéral sur l'investissement in OCDE, *L'Accord Multilatéral sur l'Investissement - Projet de texte consolidé*, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, 1998, Paris, 153 p.

⁶⁷⁹ Art. 10, paragraphe 4, du modèle canadien de 2004.

⁶⁸⁰ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la compétence du 30 avril 2004, paragraphe 238. V. également A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523.

c) la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier de cette Partie »⁶⁸¹.

Il en est de même du modèle norvégien de 2007, dont l'article 25 est consacré spécifiquement à la régulation prudentielle :

*« Notwithstanding any other provisions of this Agreement, a Party shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, to ensure the integrity and stability of the financial system, or to enhance market competition, including ownership control and limitation »*⁶⁸².

Même si l'impact de la crise argentine ressort clairement de telles dispositions, il faut noter que le champ de ces exceptions s'étend bien au-delà des seules mesures économiques.

Au-delà de la définition des motifs justifiant une dérogation, la procédure peut également différer. La formulation de ces clauses dans les modèles américain et canadien laisse à penser que l'Etat pouvant prendre toute mesure qu'il « estime nécessaire », celles-ci ont un caractère automatique – qualifié de « *self-judging* »⁶⁸³ – faisant dépendre la qualification et le choix des moyens de la protection des intérêts essentiels du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. D'autres accords prévoient une procédure plus précise, l'Accord multilatéral sur l'investissement imposant à l'Etat prenant des mesures au titre des intérêts essentiels de sécurité de le notifier aux autres parties et organisant une procédure de consultation en cas de contestation.

Malgré ces quelques précisions, les conditions de mise en œuvre de telles dispositions posent problème, en particulier pour déterminer selon quels critères la sécurité économique doit être évaluée. On ne peut légitimement laisser l'Etat seul juge des circonstances⁶⁸⁴ et il faut donc rechercher une évaluation objective⁶⁸⁵. Le Tribunal statuant dans l'affaire *LG&E* a ainsi considéré que :

⁶⁸¹ Art. 10, paragraphe 2, du modèle canadien de 2004.

⁶⁸² Art. 25 du modèle norvégien de 2007.

⁶⁸³ Ce caractère a été rejeté pour l'Article XI de l'Accord entre l'Argentine et les Etats-Unis, dont les termes étaient certes moins définitifs. V., par ex., CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, paragraphe 370.

⁶⁸⁴ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7, paragraphes 49 et s.. V. également CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, paragraphes 212-213 ; CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 331 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company contre Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité ad hoc du 25 septembre 2007, paragraphe 373.

⁶⁸⁵ Pour une comparaison en droit du commerce international et en droit monétaire international, voir A. Qureshi, "The Economic Emergency Defence in Bilateral Investment Treaties: A Development Perspective" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 631-635 ; A. H. Qureshi, "A Necessity Paradigm of "Necessity" in International Economic Law", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 41, 2010, pp. 99-136. V. également l'art. VIII, Section 2 (a) des Statuts du Fonds monétaire international et la décision n° 144 du 14 août 1952. La jurisprudence relative à l'art. XX du GATT a parfois été reprise par les tribunaux CIRDI : v. not., CIRDI, *Continental Casualty Company contre Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008, paragraphe 192.

« d'après les éléments portés à sa connaissance concernant l'intention des parties en 1991, lorsque le traité a été signé, le tribunal décide de considérer que la disposition n'a pas un caractère automatique »⁶⁸⁶.

De plus, en tant qu'exception, l'urgence économique doit être interprétée restrictivement, comme l'a rappelé Andra Bjorklund par rapport à l'affaire *Enron* :

« The Tribunal asserted that the very object and purpose of the treaty was to apply in situations of economic difficulty and hardship in order to guarantee the rights of the treaty's beneficiaries. Thus, interpreting the essential security interest provision in a manner resulting in an escape route from the treaty could not be reconciled with the object and purpose. The Tribunal thus concluded that a « restrictive interpretation of any such alternative is mandatory » »⁶⁸⁷.

En tout cas, l'inclusion de telles clauses est opportune, le droit de la responsabilité internationale semblant parfois inadapté aux relations transnationales. En particulier, les conditions entourant l'état de nécessité sont trop strictes pour permettre sa mise en œuvre dans les circonstances de crises économiques, qui préoccupent aujourd'hui tous les Etats. Dès lors, à moins de remplacer le test du « *only way* » par l'application d'un principe de proportionnalité⁶⁸⁸, il est indiqué que les Etats intègrent des dispositions spécifiques, leur permettant de prendre les mesures nécessaires en cas de crise, tout en préservant la sécurité juridique. Ainsi, l'on pourrait imaginer l'application, comme pour les clauses d'indemnisation des dommages en cas de guerre ou autres situations d'urgence nationale, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée, restaurant ainsi la liberté des Etats, tout en évitant des mesures discriminatoires, ce qui demeure l'un des objectifs principaux des traités bilatéraux d'investissement⁶⁸⁹.

Même si à l'heure actuelle, les crises économiques et la marge de manœuvre laissée aux Etats pour réagir dans ces circonstances sont un enjeu essentiel, l'affirmation de moyens de défense au bénéfice des Etats participe d'un mouvement plus général de rééquilibrage du droit

⁶⁸⁶ CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. et LG&E International Inc. contre Argentine* (ARB/02/1), sentence du 25 juillet 2007, paragraphes 207-214, spéc. paragraphe 212, tel que traduit in K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130, p. 124. V. également CIRDI, *El Paso Energy International Company contre Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, paragraphes 588-610.

⁶⁸⁷ A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523, p. 504. V. également CIRDI, *Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, paragraphe 331.

⁶⁸⁸ A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523 ; A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp. 137-159.

⁶⁸⁹ M. Stevens, A. Bjorklund, M. Carlson et A. de Gramont, "Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 189-209, p. 198.

international des investissements, qui rendait également nécessaire l'affirmation des droits des Etats.

B. L'affirmation des droits des Etats

Face au mouvement de contestation du droit international des investissements, et en particulier de l'arbitrage dans le cadre du CIRDI, certains Etats ont préféré réaffirmer leurs droits dans les traités bilatéraux d'investissement et préciser les différentes dispositions afin de limiter la marge de manœuvre des arbitres. Cependant, au-delà de l'affirmation textuelle des droits des Etats, se pose la question de leur possibilité de les faire valoir en justice. Les sujets par excellence de l'ordre juridique international se trouvent étonnamment privés de recours face à ces personnes privées que sont les investisseurs. Ainsi, en plus de précisions conventionnelles (2°), il semble nécessaire de réfléchir à l'affirmation de la capacité processuelle des Etats (1°).

1°) Une affirmation juridictionnelle des droits des Etats

Même si l'Etat dispose du privilège du préalable et a toujours la possibilité de poursuivre l'investisseur devant ses tribunaux nationaux, ce qui est, sans nul doute, un élément d'équilibre des relations ; sa capacité processuelle internationale pour attirer un investisseur devant un tribunal arbitral ou pour faire valoir ses droits à son encontre est limitée. Or, l'affirmation des droits des Etats passe nécessairement par la reconnaissance de voies de recours et par la possibilité de faire valoir le comportement de l'investisseur ou le contexte comme circonstances atténuantes de leur responsabilité, en particulier dans détermination de la réparation. Cette possibilité ne leur étant pas toujours reconnue du fait de la nature profondément consensuelle de l'arbitrage, les tribunaux arbitraux ont parfois pris le parti spontanément d'avoir une vision large de la responsabilité, évaluant également le comportement de l'investisseur et les circonstances, afin de parvenir à un plus grand équilibre entre droits des investisseurs et droits des Etats.

La défense des droits des Etats semble, en effet, difficile, ceux-ci ayant étonnamment peu accès à un forum international pour faire valoir leurs prétentions dans le contentieux relatif aux investissements – même si ceux-ci ont toujours accès au juge interne. En effet, l'investisseur ne donnant pas son consentement préalablement comme l'Etat, il sera particulièrement difficile de l'obtenir. C'est pourquoi certains ont évoqué le qualificatif d'arbitrage unilatéral, seul l'investisseur pouvant engager l'instance dès lors que l'action se fonde sur un traité bilatéral d'investissement⁶⁹⁰. La défense des droits des Etats ne pourra alors passer que par des demandes reconventionnelles, qui, quoiqu'essentielles pour pallier le déséquilibre procédural, n'ont qu'un champ très limité.

Pourtant, les demandes reconventionnelles semblent pouvoir jouer un rôle important en droit international des investissements, en contribuant à rééquilibrer les droits des Etats et des investisseurs, ainsi qu'à moraliser le comportement de ces derniers. Face à la crise de légitimité que traverse le droit international des investissements :

« L'admission des demandes reconventionnelles pourrait donc assurer un rééquilibrage entre les intérêts des Etats et les intérêts des investisseurs, pallier l'absence d'un contrôle juridictionnel des activités des investisseurs et permettre aux arbitres de prendre en considération d'autres valeurs non marchandes relatives à la dignité des hommes et aux principes fondamentaux de la société »⁶⁹¹.

Parallèlement, alors que de plus en plus de voix se font entendre pour imposer des obligations aux personnes privées, il semble nécessaire que des demandes reconventionnelles soient admises pour qu'elles ne restent pas lettre morte. L'Etat pourrait ainsi se prévaloir du comportement de l'investisseur, au regard en particulier de l'environnement, des droits de l'homme ou des normes sociales, pour justifier ou limiter sa responsabilité. De plus, certains ont fait valoir que le rejet des demandes reconventionnelles était une « incitation à la mauvaise foi », poussant l'investisseur à écarter du champ de la compétence les opérations qui pourraient engager sa responsabilité. Admettre les demandes reconventionnelles serait aussi un moyen de favoriser une meilleure administration de la justice en évitant la multiplication des recours et en protégeant ainsi l'intégrité du système⁶⁹².

⁶⁹⁰ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

⁶⁹¹ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272, p. 263.

⁶⁹² H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628 ; W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272, pp. 270-271.

En plus de tous ses avantages, une telle possibilité est conforme aux principes procéduraux internationaux, en particulier de l'égalité des parties et du procès équitable⁶⁹³, aux traités ainsi qu'à la mission des arbitres.

En effet, l'article 46 de la Convention de Washington prévoit expressément cette possibilité :

« Sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre »⁶⁹⁴.

Les traités bilatéraux d'investissement restent, quant à eux, souvent silencieux sur l'admission des demandes reconventionnelles⁶⁹⁵. Cependant, l'absence de qualification dans les clauses relatives au règlement des différends, ceux-ci devant en général seulement être en relation avec un investissement⁶⁹⁶, laisse ouverte cette possibilité. Comme le note Walid Ben Hamida :

« Il est possible à la lecture de ces dispositions de soutenir qu'en contenant une clause de règlement des différends large, ces instruments englobent les comportements des investisseurs privés et autorisent les Etats à introduire des demandes reconventionnelles »⁶⁹⁷.

De la même façon, la plupart des clauses de règlement des différends contenues dans les traités bilatéraux d'investissement prévoient que « chaque partie » peut recourir à l'arbitrage, laissant ainsi penser que l'Etat pourrait, par analogie, déposer une demande reconventionnelle⁶⁹⁸.

L'admission de demandes reconventionnelles est également conforme au rôle des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI. En effet, leur mission ne s'arrête pas strictement aux

⁶⁹³ V., par ex., Commission européenne des droits de l'homme, *Nicos Shacolas contre Chypre* (N° 20492/92), seconde chambre, 2 mars 1994.

⁶⁹⁴ V. également l'article 40 du Règlement d'arbitrage.

⁶⁹⁵ L'ALENA, dans sa version du 13 mai 1992, prévoyait cependant à son art. XX07 (10) : « *The Tribunal may determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the acts or measures constituting the alleged breach of this Chapter* ».

⁶⁹⁶ Voir *supra*, p. 343 et s.

⁶⁹⁷ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272, p. 264. V. également H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628. V. également : Sentence CNUDCI, *Saluka Investments BV contre République Tchèque*, décision sur la compétence au regard de la demande reconventionnelle de la République Tchèque, 7 mai 2004. *A contrario*, lorsqu'une clause de règlement des différends est rédigée en termes restrictifs, le tribunal risque de décliner sa compétence. V. CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/01), sentence du 7 décembre 2011, paragraphe 869 : « *the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to « disputes (...) concerning an obligation of the latter » undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State* ».

⁶⁹⁸ H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.

investissements et les clauses de droit applicable font, en général, également référence au droit interne et au droit international général⁶⁹⁹. L'Etat devrait donc pouvoir se prévaloir, par exemple, de sa législation environnementale ou de son droit du travail. De même, les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI devrait pouvoir s'affirmer en tant que véritables juges internationaux, protecteur de ses normes. La Commission du droit international note, à cet égard, que :

« La compétence de la plupart des tribunaux internationaux se limite à certains types de différends ou à ceux découlant de tel ou tel traité particulier. Mais le fait qu'elle soit limitée n'implique pas que la portée du droit applicable dans l'interprétation et l'application de ces traités soit limitée. (...) une distinction s'est imposée entre compétence et droit applicable »⁷⁰⁰.

Cette question s'est posée récemment devant un Tribunal arbitral qui devait faire application d'une clause de règlement des différends, contenue dans le traité bilatéral d'investissement entre la Grèce et la Roumanie, qui prévoyait que :

« *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement and the applicable rules and principles of international law* ».

L'absence de référence au droit interne a été interprétée par le Tribunal comme un moyen l'empêchant de prendre en considération les obligations de l'investisseur, le traité bilatéral ne se référant qu'aux droits des Etats⁷⁰¹. Une telle position apparaît, toutefois, restrictive, les arbitres pouvant toujours se référer au droit international⁷⁰².

Néanmoins, les limites fixées par la Convention de Washington ne permettent pas, dans tous les cas, l'admission des demandes reconventionnelles⁷⁰³. En effet, celles-ci doivent être directement en lien avec l'objet du différend, mais surtout elles doivent être couvertes par le consentement des parties⁷⁰⁴. Dans la mesure où les demandes reconventionnelles sont couvertes par le consentement, cela ne crée pas de difficulté particulière :

⁶⁹⁹ V., par ex., l'art. 42 de la Convention de Washington. Voir *supra*, p. 490 et s.

⁷⁰⁰ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 30.

⁷⁰¹ CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/01), sentence du 7 décembre 2011. V. également P. Lalive et L. Halonen, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, vol. 2, 2011, pp. 141-156 : « *the arbitration agreement should refer to disputes that can also be brought under domestic law for counterclaims to be within the tribunal's jurisdiction* ». Cependant, certains tribunaux ont également refusé de se fonder sur le droit interne : Sentence CNUDCI, *Sergei Pauskok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company contre Mongolie*, sentence du 28 avril 2011.

⁷⁰² V. *supra*, p. 498 et s.

⁷⁰³ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 749 et s. V. également H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.

⁷⁰⁴ V. not. CIRDI, *Spyridon Roussalis contre Roumanie* (ARB/06/01), sentence du 7 décembre 2011.

« it might be argued, there would be mutual consent of the parties to arbitration only to the extent of the overlap between the general consent or offer of the state to arbitrate in the investment treaty and the investor's particular consent taking advantage of that offer »⁷⁰⁵.

Cependant, la compétence du Centre sera strictement limitée, pour les demandes reconventionnelles, à la mesure de l'acceptation de l'investisseur, d'autant plus lorsque l'acceptation se fait par la requête d'arbitrage. Comme le note Christoph Schreuer :

« If the investor accepts the offer only in respect of its specific claim, consent will be restricted by the terms of the acceptance. If the investor accepts the offer of jurisdiction by instituting proceedings, consent exists only to the extent necessary to deal with the investor's request »⁷⁰⁶.

Les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI se sont souvent abstenues de rentrer dans de telles considérations et ont simplement considéré que les demandes n'étaient pas fondées⁷⁰⁷. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *SPP*, le Tribunal ne s'est pas interrogé sur sa compétence à l'égard des demandes reconventionnelles, mais a considéré qu'il n'existait pas de preuve suffisante⁷⁰⁸. Il en est de même dans l'affaire *Genin*, dans laquelle l'Estonie invoquait des violations du droit local⁷⁰⁹. Cette acceptation des demandes reconventionnelles peut être interprétée comme la reconnaissance d'un droit des Etats à cet égard. Cependant, la jurisprudence récente ne va pas dans ce sens. Il s'agit davantage d'une reconnaissance de la compétence du tribunal fondée sur l'acceptation implicite de l'investisseur de la possibilité de déposer des demandes reconventionnelles⁷¹⁰.

La question s'est posée à nouveau dans les affaires *SGS*. Ainsi, dans celle contre le Pakistan, le Tribunal avait déduit de considérations d'équité la nécessité pour chaque partie de faire valoir ses prétentions :

« The source of jurisdiction to consider such a counter-claim and the governing law applicable to such a claim is of capital importance. It would be inequitable if, by reason of the invocation of ICSID jurisdiction, the Claimant could on the one hand elevate its side of the dispute to international adjudication and, on the other, preclude

⁷⁰⁵ I. F. I. Shihata et A. R. Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Rev. – FILJ*, vol. 14, n° 2, 1999, pp. 299-361, p. 320.

⁷⁰⁶ C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p., p. 756.

⁷⁰⁷ H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.

⁷⁰⁸ CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992, paragraphes 254-256.

⁷⁰⁹ CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001, paragraphe 376.

⁷¹⁰ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272, p. 266.

the Respondent from pursuing its own claim for damages by obtaining a stay of those proceedings for the pendency of the international proceedings, if such international proceedings could not encompass the Respondent's claim. The assumption underlying the Claimant's request to stay the Islamabad arbitration is that this Tribunal can hear both parties' claim »⁷¹¹.

Le Tribunal n'avait, toutefois, pas eu à s'interroger au-delà sur sa compétence, l'investisseur ayant consenti aux demandes reconventionnelles⁷¹².

Dans l'affaire *Saluka*, le Tribunal s'est concentré sur les termes du traité bilatéral d'investissement entre la République tchèque et les Pays-Bas, qui faisait référence à « tous les différends » pour conclure que la définition de la compétence était :

« wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met »⁷¹³.

Le Tribunal ne s'est pas plus interrogé sur la compétence au regard de la Convention de Washington.

Cette solution semble conforme à la volonté de certains d'élargir le champ des demandes reconventionnelles. Walid Ben Hamida prône ainsi :

« d'étendre la solution retenue en théorie générale des contrats en considérant que toute réponse par laquelle la personne privée modifie le domaine de l'offre initialement déterminé par la partie publique devrait s'analyser, non en une acceptation, mais en un refus d'acceptation accompagné d'une contre-offre d'arbitrage adressée à l'Etat »⁷¹⁴.

En l'état actuel, cependant, le droit de l'Etat d'émettre des demandes reconventionnelles est strictement limité par l'acceptation du consentement de l'investisseur et, si ce dernier objecte à la compétence du tribunal pour connaître ces demandes, il n'est pas évident que l'Etat puisse les présenter. Les Etats devraient, dès lors, s'emparer de la question dans leurs traités bilatéraux d'investissement, en vue de davantage de sécurité juridique. Il suffirait de préciser dans la disposition relative au règlement des différends que l'acceptation de l'investisseur de

⁷¹¹ CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), ordonnance procédurale n°2 du 16 octobre 2002, p. 16

⁷¹² CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), décision sur la compétence du 6 août 2003. V. également CIRDI, *SGS contre Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004.

⁷¹³ Sentence CNUDCI, *Saluka Investments BV contre République Tchèque*, décision sur la compétence au regard de la demande reconventionnelle de la République Tchèque, 7 mai 2004, paragraphe 37-39.

⁷¹⁴ W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272, p. 269.

l'offre d'arbitrage implique également son consentement pour les demandes reconventionnelles⁷¹⁵.

Et pourquoi ne pas aller plus loin et limiter le consentement de l'Etat à l'arbitrage aux cas où l'investisseur y aurait préalablement consenti ? L'Etat pourrait modifier ses traités bilatéraux d'investissement, afin d'inclure des clauses de règlement des différends qui, au lieu d'être inconditionnelles, fixeraient des limites au consentement de l'Etat, permettant ainsi de rééquilibrer les droits procéduraux des parties au niveau international. L'Etat pourrait ainsi défendre ses intérêts dans une action en justice qu'il mènerait contre l'investisseur, non seulement devant ses propres tribunaux, mais aussi dans le cadre de l'arbitrage international⁷¹⁶.

A défaut d'action internationale réelle de l'Etat, les tribunaux arbitraux ont tenté de rééquilibrer d'eux-mêmes le droit international des investissements, en envisageant la responsabilité de l'Etat au regard du comportement de l'investisseur et du contexte, qui pouvait fournir une justification du comportement de l'Etat. Ainsi, même si l'Etat ne peut pas nécessairement affirmer ses droits au travers d'une demande reconventionnelle, les tribunaux ont spontanément intégré dans leur évaluation de la responsabilité de l'Etat et, *a fortiori* de l'indemnisation, ces divers éléments.

La prise en compte du contexte est particulièrement importante pour les pays anciennement socialistes, nouvellement convertis à l'économie de marché, ou pour les Etats ayant acquis leur indépendance récemment. Dans l'affaire *Genin contre Estonie*, même si le Tribunal a considéré que certaines mesures de l'Etat étaient irrégulières, il a refusé d'y voir une violation du traitement juste et équitable notant que :

*« The Tribunal considers it imperative to recall the particular context in which the dispute arose, namely, that of a renascent independent state, coming rapidly to grips with the reality of modern financial, commercial and banking practices and the emergence of state institutions responsible for overseeing and regulating areas of activity perhaps previously unknown. This is the context in which Claimants knowingly chose to invest in an Estonian financial institution »*⁷¹⁷.

De même, dans l'affaire *Generation Ukraine*, le Tribunal a considéré que :

⁷¹⁵ H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.

⁷¹⁶ G. Laborde, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 97-122 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 225 et s.

⁷¹⁷ CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001, paragraphe 348. V. également CIRDI, *Ionnis Kardassopoulos contre Géorgie* (ARB/05/18), décision sur la compétence du 6 juillet 2007, paragraphes 99-100.

« Finally, it is relevant to consider the vicissitudes of the economy of the state that is host to the investment in determining the investor's legitimate expectations, the protection of which is a major concern of the minimum standards of treatment contained in bilateral investment treaties. The Claimant was attracted to the Ukraine because of the possibility of earning a rate of return on its capital in significant excess to the other investment opportunities in more developed economies. The Claimant thus invested in the Ukraine on notice of both the prospects and the potential pitfalls. Its investment was speculative. Perhaps for this very reason, the Claimant was cautious about contributing substantial sums of its own money to the enterprise, preferring to seek capital from third parties to finance the construction of the building »⁷¹⁸.

Cependant, même si certains tribunaux arbitraux ont utilisé le contexte pour évaluer la responsabilité de l'Etat, ce n'est pas pour autant une règle générale d'interprétation, la plupart des arbitres n'y prêtant que peu d'attention⁷¹⁹.

De même, l'incapacité de l'investisseur à prendre des décisions économiques rationnelles sera prise en compte, comme l'a affirmé le Tribunal dans l'affaire *Maffezini* :

« The Tribunal must emphasize that Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgment »⁷²⁰.

L'investisseur ne pourra ainsi se prévaloir de son ignorance des conditions de l'investissement dans l'Etat en cause. Dans l'affaire *Methanex*, le tribunal a rejeté la qualification d'expropriation étant donné le contexte particulier des Etats-Unis, qui aurait dû informer l'investisseur de l'importance des exigences environnementales dans cet Etat⁷²¹.

Dans le même ordre d'idée, plusieurs tribunaux arbitraux ont affirmé que tous les changements politiques et économiques ne devaient pas être imputés à l'Etat et engager sa responsabilité :

« not all government regulatory activity that makes it difficult or impossible for an investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing laws that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation under Article 1110. Governments, in their exercise of

⁷¹⁸ CIRDI, *Generation Ukraine contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003.

⁷¹⁹ V., par ex., *GAMI Investments, Inc. contre Mexique*, sentence du 15 novembre 2004, paragraphe 94 : « *It is no excuse that regulation is costly. Nor does a dearth of able administration or a deficient culture of compliance provide a defense* ».

⁷²⁰ CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), Rectification de la sentence du 31 janvier 2001, paragraphe 64. V. également CIRDI, *Eudoro Armeto Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001, paragraphe 75 : « *The Tribunal feels that prudence would have prompted a foreigner arriving in a country that had suffered severe economic problems to be much more conservative in his investments* » ; CIRDI, *Parkerings Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphes 335-336.

⁷²¹ Sentence CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005, partie IV, paragraphes 9 et 10 : « *Methanex entered a political economy in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, non-governmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons (...). Methanex entered the United States market aware and actively participating in this process* ».

regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue »⁷²².

Ces divers moyens tirés du contexte ou du comportement de l'investissement vont jouer un rôle important dans l'évaluation de l'indemnisation. Ainsi, dans l'affaire *AMT*, le Tribunal a insisté sur le fait qu'

« Il ne serait ni pratique ni raisonnable d'utiliser une méthode de détermination du montant de l'indemnisation éloignée des réalités de la situation (...). Le tribunal va au contraire opter pour la méthode la plus vraisemblable et la plus réaliste dans les circonstances de l'espèce, tout en rejetant toute autre méthode de calcul qui conduirait à enrichir injustement l'investisseur qui a décidé d'effectuer son investissement, à tort ou à raison, dans un pays tel que le Zaïre, en croyant qu'il construit un château en Espagne ou un chalet suisse en Allemagne sans aucun risque politique ou même économique ou financier quelconque »⁷²³.

Cette appréciation est proche d'une transposition de la règle des « *clean hands* », tirée du droit des traités, qui permet de tirer les conséquences de la faute de l'investisseur en matière de réparation du dommage. L'indemnisation sera donc réduite si l'investisseur n'a pas fait preuve de la diligence requise par les circonstances ou s'est montré imprudent. C'est ce qu'a considéré le Tribunal dans l'affaire *MTD* :

« *The Tribunal decided earlier that the Claimants incurred costs that were related to their business judgment irrespective of fair and equitable treatment under the BIT. As already noted, the Claimants, at the time of their contract with Mr. Fontaine, had made decisions that increased their risks in the transaction and for which they bear responsibility, regardless of the treatment given by Chile to the Claimants. (...) The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment* »⁷²⁴.

La découverte de droits des Etats par les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI montre bien que les déséquilibres du droit international des investissements ne sont pas liés à leur action. Ils savent bien que pour que le système continue à fonctionner correctement et que l'ordre juridique dont ils ont la charge perdure, il faut que son droit soit proportionné et juste. Les raisons du déséquilibre du droit international des investissements étant liées à la surprotection

⁷²² CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 112. V. également CIRDI, *Azinian Davitian & Baca contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999, paragraphe 83.

⁷²³ CIRDI, *American Manufacturing et Trading contre Zaïre* (ARB/93/1), sentence du 21 février 1997

⁷²⁴ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chili S.A. contre Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, paragraphes 242-243.

organisée par les traités bilatéraux d'investissement, le nouvel équilibre ne pouvait provenir que de précisions conventionnelles.

2°) Des précisions conventionnelles

La jurisprudence extensive et particulièrement favorable aux investisseurs rendait nécessaire la réaffirmation des droits des Etats et certaines précisions dans les traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, même si certains droits coutumiers des Etats devaient s'appliquer en l'absence de support conventionnel, le fait qu'ils soient passés sous silence dans les traités poussaient les tribunaux à faire un arbitrage en général favorable aux droits des investisseurs.

Les Etats l'ont compris et ont tenté de rééquilibrer les dispositions des traités bilatéraux d'investissement. La réaffirmation de certaines libertés classiques, qui avaient été oubliées du fait de l'affirmation excessive de la protection des investisseurs, paraissait alors nécessaire.

En particulier, les Etats possèdent le droit de choisir leur système économique et de réguler librement les activités sur leur territoire. Comme l'ont affirmé Howard Mann et Konrad von Moltke :

*« the most important of host State rights – the right to regulate – is not in the gift of an investment agreement »*⁷²⁵.

Cependant, l'explosion du contentieux en matière d'investissement a parfois abouti à ce que toute mesure générale prise par l'Etat soit susceptible de donner lieu à de très nombreux arbitrages, comme ce fut le cas avec l'Argentine⁷²⁶, qui, suite à la crise et à sa loi sur l'urgence économique qui supprimait la parité peso-dollar⁷²⁷, a été soumise à une avalanche de demandes d'arbitrages se fondant sur les traités bilatéraux d'investissement pour l'accuser d'expropriation déguisée.

Il était donc nécessaire d'intégrer liberté normative des Etats et leurs pouvoirs de police dans les traités bilatéraux d'investissement, qui ont ainsi fait l'objet d'une nouvelle affirmation. Cette réaffirmation est importante, car elle permettra d'éviter la qualification

⁷²⁵ H. Mann et K. v. Moltke, *Southern Agenda on Investment ? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development Pub., Winnipeg, 2005, 22 p., p. 11.

⁷²⁶ E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667.

⁷²⁷ V. la loi du 6 janvier 2002 sur l'urgence économique.

d'expropriation⁷²⁸ et, ainsi, d'éviter d'avoir à indemniser l'investisseur, comme l'a affirmé le Tribunal statuant dans l'affaire *Methanex* :

*« It is a principle of customary international law that, where economic injury results from bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required »*⁷²⁹.

Pourtant, il ne fait pas de doute qu'il s'agissait bien d'une norme coutumière⁷³⁰, qui aurait dû être toujours présente à l'esprit des arbitres.

Cette liberté normative s'exprime particulièrement dans certains domaines jugés essentiels à la communauté internationale dans son ensemble, comme, par exemple, l'environnement. Ce domaine paraît particulièrement important en droit international des investissements du fait qu'il plane toujours le soupçon que :

*« As a result of lax laws, multinational corporations see developing countries as havens where they may make profits without having to bear the costs associated with compliance with the strict regulatory standards they face in their home states. NGOs believe that investment treaties deter actions being taken against polluters as the treaties ensure that infringements of existing rights of investors are regarded as expropriations under the treaties »*⁷³¹.

De plus, étant donné que les Etats ont certaines obligations en vertu de l'ordre juridique international à l'égard de l'environnement, il est logique de leur permettre de réglementer librement ce domaine, sans avoir systématiquement besoin de payer une indemnisation aux investisseurs qui subiraient un préjudice du fait de ces mesures. Certains tribunaux arbitraux avaient explicitement reconnu ce principe :

« as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating

⁷²⁸ S. E. Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563.

⁷²⁹ Sentence CNUDCI, *Methanex contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005, partie IV, ch. C, p. 11, paragraphe 24.

⁷³⁰ V. not., le Projet de Harvard de 1961 sur la responsabilité internationale des Etats pour les dommages causés aux étrangers : « *An uncompensated taking of an alien property or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws ; from a general change in the value of currency ; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health or morality ; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful* ». V. également la sentence CNUDCI dans l'affaire *Saluka Investments BV contre République Tchèque*, sentence partielle du 2 mars 2006, qui considère cette disposition comme une codification du droit international coutumier en la matière et qui note que : « *These exceptions do not, in any way, weaken the principle that certain takings or deprivation are non-compensable. They merely remind the legislator or, indeed, the adjudicator, that the so-called « police power exception » is not absolute* ».

⁷³¹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 225 et s.

government to then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation »⁷³².

Cependant, face à l'incertitude de la jurisprudence, les Etats ont parfois préféré intégrer une telle précision dans leurs traités bilatéraux d'investissement. On a ainsi vu apparaître des dispositions relatives à l'environnement, à la santé et à la sécurité. L'ALENA fait ainsi référence trois fois à ces diverses questions, une première pour autoriser les arbitres à nommer des experts⁷³³, une deuxième pour autoriser les prescriptions de résultat ayant pour objet l'environnement, la santé et la sécurité⁷³⁴ et une troisième relative spécifiquement aux « mesures environnementales », qui dispose :

« 1. Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement.

2. Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime qu'une autre Partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné ».

Cette disposition est intéressante, car si elle révèle la nouvelle place de l'environnement en droit international des investissements, elle ne pose réellement aucune obligation à l'égard des Etats, ni même de dérogation étant donné que les mesures environnementales doivent être compatibles avec les dispositions du chapitre 11⁷³⁵. Cette disposition est, de plus, strictement interétatique et n'implique aucune obligation à l'égard des investisseurs.

Les accords conclus par les Etats-Unis d'Amérique suivent le même schéma, les articles 12 des modèles américains de 2004 et de 2012 disposant :

« Rien dans ce Traité ne pourra être interprété comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs compatible avec le présent Traité, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière sensible aux préoccupations environnementales ».

⁷³² Sentence CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005.

⁷³³ V. l'art. 1133 de l'ALENA.

⁷³⁴ *Ibid.*, art. 1106.

⁷³⁵ W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, 2008, pp. 999-1033.

Cette disposition n'aura, elle aussi, qu'un effet limité étant donné que les mesures de l'Etat doivent encore être compatibles avec les autres dispositions de l'accord⁷³⁶.

Toutefois, suite à l'affaire *S.D. Myers*⁷³⁷ qui a révélé l'inefficacité de la clause contenue dans l'ALENA⁷³⁸ dans la conduite d'une politique environnementale, certains Etats ont précisé leurs dispositions. La Norvège a, par exemple, insisté sur l'intérêt essentiel de la protection de l'environnement, précisant dans le Commentaire de son modèle d'accord de 2007 que :

« Economic interests have been weighed against a number of other important social considerations, including resource administration and the environment, in a collective assessment of advantages and disadvantages for Norway of concluding new investment agreements. In order to conduct a satisfactory environmental protection policy, it is of decisive importance that national authorities have a right to employ effective instruments relevant to meet the needs dictated by environmental problems at any given time. Freedom of action and flexibility in the use of instruments are important over time. For the Government, it has therefore been a primary consideration to ensure that investment agreements are drafted in such a way that they do not limit the freedom of action of the environmental protection authorities in providing national instruments for protection of the external environment ».

Les modèles récents sont également davantage opérationnels, ceux-ci ne faisant pas figurer la condition selon laquelle la mesure relative à l'environnement doit être conforme à l'accord. Ainsi, par exemple, l'article VIII du modèle colombien de 2008 précise seulement que la mesure doit être proportionnée :

*« Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that is considered appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with the environmental law of the Party, provided that such measures are proportional to the objectives sought »*⁷³⁹.

⁷³⁶ S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563, p. 561 : « force est de constater que, sans constituer des exceptions générales aux règles de protection des investissements, certaines références à l'environnement (art. 12) et au droit social (art 13) confirment la tendance à la prise en compte des préoccupations d'intérêt général. Il faut souligner que ces dispositions ne semblent pas avoir de valeur dérogatoire par rapport aux règles protectrices des investissements pour la simple raison qu'elles n'ont pas véritablement de valeur contraignante. En effet, les termes employés – encourager, s'efforcer – font de ces dispositions un parfait exemple de *soft law*. De plus, comme l'article 1114 de l'ALENA, l'article 12 ne vise explicitement que des mesures qui sont par ailleurs conformes au reste des dispositions du traité ».

⁷³⁷ Sentence CNUDCI, *S.D. Myers contre Canada*, sentence du 30 décembre 2002. Le Tribunal a considéré que la disposition contenue dans l'ALENA était simplement « hortatory », à savoir exhortative. Pourtant, l'action du Canada était conforme à la Convention de Bâle sur le transfert et l'élimination des déchets dangereux.

⁷³⁸ V. l'art. 1114 (1) de l'ALENA : «Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement ».

⁷³⁹ V. également, par ex., l'art. 2 de l'accord entre la Russie et la Hongrie de 1995 ; l'article 12 de l'accord entre l'Inde et la République Tchèque de 1996 et l'Accord entre l'Afrique du Sud et Madagascar de 2006.

L'Etat demeure donc libre d'adopter, de maintenir ou d'appliquer aux investisseurs étrangers une législation ayant vocation à protéger l'environnement, à condition que les mesures prises obéissent au principe de proportionnalité.

Parallèlement, les dispositions relatives à l'environnement des nouveaux traités bilatéraux d'investissement ont également pour objet d'éviter une course vers le bas des politiques gouvernementales en vue d'attirer les investisseurs⁷⁴⁰. Ces clauses encouragent les parties à maintenir un niveau élevé de protection de ces impératifs en rappelant aux parties qu'il serait inapproprié qu'elles acceptent une diminution du niveau de protection à la seule fin de promotion des investissements. Appelée « *Not lowering standards* », elle a vocation à éviter que les Etats ne négocient la venue d'un investisseur en diminuant leurs standards de protection environnementale ou sociale. L'article 11 du modèle canadien prévoit ainsi que :

« Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consultent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné ».

Il en est de même de l'article 12 des modèles américains de 2004 et de 2012. Il convient, à cet égard, de remarquer qu'alors que la disposition sur l'environnement du modèle américain de 2004 paraissait particulièrement moderne, le modèle de 2012 l'a profondément modifié, en faisant l'une des plus grandes différences avec le précédent. La nouvelle disposition est bien plus détaillée et comprend sept paragraphes – au lieu de deux auparavant. Allant au-delà de l'interdiction du nivellement des obligations ou de la « course vers le bas » en matière d'environnement et de la reconnaissance de la liberté d'agir de l'Etat en la matière, elle précise la notion d'environnement en donnant une définition du droit de l'environnement⁷⁴¹, prévoit la possibilité de procéder à des consultations en la matière⁷⁴² tout en admettant la participation du public⁷⁴³. Surtout, elle procède à une véritable déclaration de principe, reconnaissant le caractère essentiel de la protection de l'environnement, important ainsi les normes de cette branche du droit international dans le champ des investissements :

⁷⁴⁰ Cette préoccupation répond à l'hypothèse du « *pollution haven* », selon laquelle les gouvernements tenteront d'attirer les investissements en limitant les régulations applicables. R. Bachand et A. Veilleux, "Droits et devoirs des investisseurs : Existe-t-il un espace juridique transnational?", *Centre études internationales et mondialisation - Cahier de recherche*, 01-13, 2004, 44 p. ; P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

⁷⁴¹ V. l'art. 12, paragraphe 4, du modèle américain de 2012.

⁷⁴² *Ibid.*, paragraphe 6.

⁷⁴³ *Ibid.*, paragraphe 7.

« *The Parties recognize that their respective environmental laws and policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment* »⁷⁴⁴.

Il demeure, toutefois, que la plupart des traités ne contiennent pas de telles dispositions. On peut, cependant, se demander si l'évolution des mentalités et du droit en la matière ne va pas finalement obliger les arbitres à procéder systématiquement à un arbitrage entre la protection de l'investissement et le respect de normes minimales en matière d'environnement⁷⁴⁵.

Il en est de même en matière de droits de l'homme. A cet égard, il est intéressant de noter qu'alors que plusieurs Etats tentent de conclure des traités plus équilibrés, certains s'y opposent, apparemment du fait de l'application du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures. Ainsi, l'Inde a refusé de signer un accord plus moderne avec le Canada, du fait de l'intégration des droits de l'homme⁷⁴⁶. Ces Etats souhaitent garder strictement séparées les problématiques de commerce et d'investissement de celles relatives à la personne humaine.

Il demeure que plusieurs Etats incluent dans leurs nouveaux modèles des dispositions relatives aux droits de l'homme, en particulier en lien avec le travail. Le modèle américain de 2012 est également intéressant à cet égard, du fait qu'il intègre encore une fois une disposition bien plus détaillée sur les droits des travailleurs que celle du modèle de 2004, prévoyant des consultations et une ouverture au public⁷⁴⁷. En plus de l'interdiction traditionnelle de la course vers le bas en matière de droit du travail⁷⁴⁸, il reconnaît explicitement certains droits, l'interdiction des discriminations venant s'ajouter à la liste de 2004, qui prévoyait seulement la reconnaissance de la liberté d'association et du droit de s'organiser en syndicats, ainsi que l'élimination du travail forcé et du travail des enfants. Surtout, le modèle renvoie à la Déclaration de l'Organisation internationale du Travail, faisant de ses règles des obligations en droit international des investissements :

« *The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization (« ILO ») and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up* »⁷⁴⁹.

Certains ont, toutefois, été déçus par une telle disposition, à laquelle on reproche de n'avoir :

« aucune portée novatrice : bien qu'elle fasse référence aux droits des travailleurs, qualifiés de *internationally recognized labour rights*, elle est encore loin d'imposer des obligations expresses aux Etats et matériellement aux investisseurs en matière de

⁷⁴⁴ Art. 12, paragraphe 1, du modèle américain de 2012.

⁷⁴⁵ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 227.

⁷⁴⁶ F. Cabrera, "Canada Seeks Public Feedback on its Environmental Review of India Investment Treaty", *Investment Treaty News*, n° 1, 2007, pp. 5-7.

⁷⁴⁷ V. l'art. 13, paragraphes 4 et 5.

⁷⁴⁸ V. l'art. 13, paragraphe 2 du modèle de 2012. V. également l'art. 13, paragraphe 1, du modèle de 2004.

⁷⁴⁹ Art. 13, paragraphe 1, du modèle de 2012.

protection des droits des travailleurs. Elle n'impose en effet qu'une obligation de consultation entre les Parties »⁷⁵⁰.

Pourtant, il ne faut pas nier l'impact essentiel d'une telle disposition, comme le reconnaît Roman Grynberg à propos des accords de libre-échange conclus par les Etats, qui ont suivi la même tendance :

« The most dramatic element of the US-Jordan Agreement has been the elevation and explicit definition of labour standards (...). The legal modality employed for the assurance of labour standards is the commitment by parties not to derogate or waive existing standards in order to increase trade. While the Agreement elevates labour standards contained in the ILO Declarations and Fundamental Rights at Work and its Follow-up as the benchmark of these standards, it is careful to only explicitly define certain labour laws, including :

- the right of association;*
- the right to organize and bargain collectively;*
- a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour;*
- a minimum age for employment of children; and*
- acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health (...). What is significant is that this list includes labour standards that are well beyond what are commonly defined as "core" labour standards »⁷⁵¹.*

Si l'affirmation des droits des Etats passe en partie par la reconnaissance expresse dans les traités bilatéraux d'investissement de certaines libertés et marges de manœuvre, elle implique également l'intégration d'exceptions. Kenneth Vandeveld, revenant sur l'élaboration du modèle de 2004 des Etats-Unis, insiste ainsi sur la volonté :

« to preserve greater regulatory discretion for the BIT parties. This was to be achieved by increasing the number of general exceptions to BIT obligations, by allowing the parties greater latitude to maintain or to adopt measures that do not conform to certain BIT obligations; and by limiting the remedies that investor-state tribunals may impose for a breach of a BIT obligation »⁷⁵².

La tendance des traités bilatéraux d'investissement suit d'ailleurs de plus en plus la pratique de l'OMC et, en particulier, l'article XX du GATT qui fixe les exceptions générales. Les Etats transposent ainsi parfois ces exceptions générales dans une disposition, mais incluent également des exceptions relatives aux droits sociaux, aux droits de l'homme ou à l'environnement et parfois des clauses de sauvegarde au regard des intérêts essentiels de sécurité.

⁷⁵⁰ L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852, p. 819.

⁷⁵¹ R. Grynberg, "The United-States-Jordan Free Trade Agreement – A New Standard of North-South FTAs", *Journal of World Investment*, vol. 2, n° 1, 2001, pp. 5-19, pp. 14-15.

⁷⁵² K. Vandeveld, "A Comparison of the 2004 and 1994 US Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests", *Yearbook of Investment Arbitration*, vol. 1, 2009, p. 257 et s., p. 283.

Ce sont les Etats-Unis qui ont intégré de telles exceptions sur une base systématique⁷⁵³, mais ils ont été vite rejoints par un certain nombre d'Etats. Par exemple, l'article 10 du modèle canadien de 2004 contient une disposition particulièrement longue et précise sur les exceptions, contenant au-delà des exceptions classiques liées à la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement, des dérogations relatives à la stabilité du système financier et monétaire, à la protection des données ou à l'industrie culturelle.

Le modèle du Royaume-Uni de 2005 est l'un des rares modèles européens à contenir une telle disposition. Il prévoit, à son article 7 relatif aux exceptions que :

*« The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the nationals or companies of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order »*⁷⁵⁴.

Cette disposition a, toutefois, un champ très limité, se concentrant principalement sur l'ordre public. Parmi les modèles européens, il en existe un faisant exception de part sa modernité. Il contient une véritable disposition relative aux exceptions générales : il s'agit du modèle norvégien de 2007 qui consacre une section entière de son accord aux exceptions⁷⁵⁵. La première disposition de cette section est relative aux exceptions générales :

« Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:

- i. to protect public morals or to maintain public order;*
- ii. to protect human, animal or plant life or health ;*
- iii. to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement;*
- iv. for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value ; or*
- v. for the protection of the environment »*⁷⁵⁶.

La suite de la section prévoit le même type de disposition autorisant les parties à l'accord à prendre des mesures dérogatoires, en vue de préserver le système financier, les intérêts essentiels à la sécurité ou la diversité culturelle. Une disposition prévoit ainsi que :

⁷⁵³ Cette pratique est assez ancienne. V. not. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Rec.* 1984, p. 392.

⁷⁵⁴ Art. 7 du modèle du Royaume-Uni de 2005. V. également l'art. IV, paragraphe 1, du TBI Royaume-Uni – Colombie, 2010.

⁷⁵⁵ V. la section 5 du modèle norvégien de 2007.

⁷⁵⁶ Article 24 du modèle norvégien de 2007. Cette disposition ressemble étrangement à l'article XX du GATT.

« The provisions of this Agreement shall not apply to a Party's laws and measures specifically designed to preserve and promote linguistic and cultural diversity, cultural and audiovisual policy, as well as rights and obligations of the Parties under international agreements and national laws and measures relating to copyright and related rights »⁷⁵⁷.

Le modèle canadien de 2004 est également très précis et abouti. L'article 10 contient une disposition relative aux exceptions générales particulièrement large, de sept paragraphes. Il y est prévu notamment qu'

« 1. A condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ;
- b) à l'exécution des lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord ;
- c) à la conservation des ressources épuisables, biologiques ou non biologiques »⁷⁵⁸.

Les autres paragraphes ne font que préciser le premier, en autorisant l'Etat à prendre des mesures pour des raisons prudentielles ou financières, permettant de maintenir la sécurité, l'intégrité et la stabilité du système financier ; mais aussi pour maintenir sa politique relative à la monnaie ou pour préserver ses intérêts essentiels en matière de sécurité ou d'exécution des lois. Il est également intéressant de noter, qu'au paragraphe 4, il est prévu qu' :

« Aucune disposition du présent accord n'a pour effet : (...)

c) d'empêcher une Partie de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

Il faut, cependant, insister sur le fait que ces exceptions sont soumises à une double condition – qu'elle soit ou non explicitement mentionnée – à savoir, d'une part, qu'elles ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, et, d'autre part, qu'elles soient soumises au principe de proportionnalité.

Enfin, les Etats essaient de restreindre la marge de manœuvre des arbitres. Cela passe, d'une part, par des précisions conventionnelles, comme, par exemple, l'exclusion de l'application de la clause de la nation la plus favorisée au règlement des différends ; et, d'autre part, par un

⁷⁵⁷ Art. 27 – « *Cultural Exceptions* » - du modèle norvégien de 2007.

⁷⁵⁸ V. également les accords conclus par le Canada avec la Lettonie (26 avril 1994) ; l'Ukraine (24 octobre 1994) ; Trinité-et-Tobago 11 septembre 1995) et les Philippines (9 novembre 1995).

effort de définitions. Plusieurs modèles récents se sont, en particulier, attachés à définir la notion d'investissement, celle d'expropriation ou encore le traitement juste et équitable. Là encore, le modèle américain a donné l'impulsion nécessaire, ayant lui-même été inspiré par un rapport d'une Commission du Congrès, qui insistait sur le besoin de précision de divers termes et principes des traités bilatéraux d'investissement⁷⁵⁹. Cette position n'est pas étrangère à la défiance des Etats-Unis, affirmée depuis que ceux-ci se sont trouvés en position de défendeur dans le cadre de l'arbitrage CIRDI.

De telles précisions conventionnelles ont été reprises par plusieurs Etats, en particulier pour la définition des expropriations indirectes et l'exclusion des mesures de régulation. Le modèle canadien de 2004 dispose, dans une annexe à son article 13 relatif aux expropriations :

« Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement »⁷⁶⁰.

La présomption est donc déplacée en faveur de l'Etat. Cette disposition est conforme à l'ensemble du nouveau modèle canadien, qui marque une réelle évolution :

*« Canada's new FIPA is not a uni-dimensional investors' treaty. Instead, it is a multi-layered investment treaty. As such, it attempts to strike a balance between private investors' rights and the right of a sovereign State to regulate in the public interest. The new FIPA uses several tools to strike this balance and thereby ensure that States can maintain sovereignty in their defined spheres of public interest »*⁷⁶¹.

Il en est de même du modèle colombien de 2008, qui précise ainsi que :

*« Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied for public purposes or social interest or with objectives such as public health, safety and environment protection, do not constitute indirect expropriation »*⁷⁶².

⁷⁵⁹ V. le rapport adopté en 2002, SRep 107-39 (107th Cong., 2nd Sess), 13-5 ; et le Bipartisan Deal de mai 2007 qui fixe les objectifs des négociateurs américains. V. également S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 200.

⁷⁶⁰ V. également J. McIlroy, "Canada's new Foreign Investment Protection and Promotion Agreement - Two Steps Forward, One Step Back?", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 4, 2004, pp. 621-646.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 644.

⁷⁶² Art. VI, paragraphe 2, c) du modèle colombien de 2008. V. également l'annexe B des modèles américains de 2004 et de 2012 : « Sauf circonstances rares, les mesures réglementaires de caractère non discriminatoire qu'une Partie conçoit et applique aux fins de protéger des objectifs légitimes de défense du bien-être collectif, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ». V. également S. E. Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563.

Comme le note Saïda El Boudouhi, cette disposition constitue un véritable progrès pour les droits des Etats :

« On voit à quel point ces dispositions sont bien plus favorables à l'Etat en ce sens qu'il ne s'agira plus, comme dans le cas de la théorie du pouvoir souverain de réglementation, de confronter les intérêts étatiques à l'impact économique sur l'investisseur étranger. Il suffira de prouver que la mesure est adoptée dans un but légitime d'intérêt général et qu'elle n'est pas discriminatoire »⁷⁶³.

La découverte jurisprudentielle de moyens de défense et de droits des Etats, ainsi que l'ajout de précisions conventionnelles ont permis, dans une certaine mesure, d'affirmer les droits des Etats et ainsi de contribuer au rééquilibrage du droit international des investissements. Cependant, un équilibre véritable ne peut être mis en place sans un changement de fond qui transforme l'ordre juridique relatif aux investissements, non plus en un système de (sur)protection des investisseurs, mais en un droit équilibré régissant les relations entre Etats et investisseurs.

PARAGRAPHE 2. DES OBLIGATIONS IMPOSEES AUX INVESTISSEURS

Le déséquilibre constaté du droit international des investissements devait passer nécessairement par l'affirmation d'obligations à l'égard des investisseurs⁷⁶⁴, qui ne semblaient jusqu'alors que destinataires de droits.

Le rôle des tribunaux arbitraux semblait ne pouvoir être que limité en la matière, ceux-ci n'ayant pas le même pouvoir normatif que les Etats. Cependant, la jurisprudence des tribunaux, source subsidiaire du droit international, peut avoir un rôle de correctif du système, par l'interprétation émise par les arbitres et par l'arbitrage qu'ils font entre des principes aux conséquences contradictoires. Les tribunaux avaient ainsi réussi à affirmer quelques obligations à la charge des investisseurs, qu'ils avaient en particulier puisés dans l'arbitrage commercial international. Ces obligations, quoique fondamentales, restaient élémentaires et rendaient nécessaire une intervention des Etats. Ainsi dans les modèles récents, de nouvelles clauses relatives aux obligations des investisseurs ont parfois été ajoutées.

⁷⁶³ S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563, p. 556.

⁷⁶⁴ P. Protopsaltis, *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers - Réflexions sur un cadre juridique inachevé*, Thèse d'obtention de doctorat, Université Paris I, 2008, 791 p.

Dès lors, c'est bien l'alliance des conventions bilatérales d'investissement (A) et de la jurisprudence du CIRDI (B) qui a permis de faire évoluer le droit international des investissements, afin de restaurer une partie de sa légitimité et dans un esprit de préservation du système sans lequel tant l'une que l'autre périrait.

A. Des obligations découlant des traités bilatéraux d'investissement

Même si certains principes et règles de comportement à la charge des investisseurs sont apparus dans la jurisprudence, ceux-ci ne semblaient pas avoir une assise conventionnelle suffisante pour permettre aux tribunaux de retenir une interprétation constante et équilibrée des droits et devoirs respectifs des Etats et des investisseurs. Ainsi, même si certaines dispositions classiques avaient reçu une interprétation favorable à l'équilibre des droits entre Etats et investisseurs (1°), de nouvelles clauses sont apparues ayant pour objet de mettre en avant l'intérêt général par rapport aux droits des investisseurs en leur imposant certaines obligations (2°).

1°) Des obligations classiques interprétées en vue d'un plus grand équilibre

Les clauses des traités bilatéraux d'investissement ont pratiquement toujours été interprétées à la faveur des investisseurs. Cela se justifie aisément par le fait que le seul objectif de ces accords est la protection des investissements, qui doit permettre leur promotion. Dès lors, chaque disposition a été interprétée à la lumière de cet objectif, ce qui a abouti à un droit fondamentalement déséquilibré. Pourtant, certains principes auraient pu permettre de modifier l'équilibre des relations entre Etats et investisseurs.

Certaines dispositions classiques semblent ainsi pouvoir permettre aux arbitres de mieux équilibrer les droits des Etats avec ceux des investisseurs.

Tout d'abord, certains ont pu évoquer la référence faite au développement de l'Etat hôte pour imposer des obligations aux investisseurs. La plupart des préambules insistent sur le fait que

la promotion des investissements doit permettre le développement économique des Etats⁷⁶⁵. Cependant, les préambules n'ont pas de force obligatoire dans l'ordre juridique international. Ils sont, toutefois, un élément d'interprétation important⁷⁶⁶, pouvant permettre aux arbitres de mieux équilibrer les droits des investisseurs et ceux des Etats⁷⁶⁷.

Les arbitres ont ainsi utilisé le critère du développement économique, en évaluant la contribution de l'investissement au regard de cet objectif dans leur définition de l'investissement⁷⁶⁸. Cependant, même sur ce point, il n'existe pas encore de consensus, un tribunal ayant insisté sur le fait que :

« s'il peut éclairer le sens des dispositions des articles du traité, le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité »⁷⁶⁹.

Certains souhaitent pourtant aller plus loin et considèrent ainsi qu'un investissement nuisible au développement économique de l'Etat ne devrait pas jouir de la protection du traité.

La prise en considération du développement économique dans le droit international des investissements pose, toutefois, problème, en particulier du fait de la définition floue et subjective de cette notion. Cependant, il existe une définition précise et relativement objective du développement en droit de l'investissement, fournie par une autre institution de la Banque mondiale, l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements. Son Règlement opérationnel donne une méthode d'évaluation de la contribution au développement économique, précisant que :

« In determining whether an Investment Project will contribute to the development of the Host Country, the Underwriting Authority shall have regard to such factors as the Investment Project's potential to generate revenues for the Host Country ; the contribution of the Investment Project to maximizing the Host Country's productive potential, and in particular to producing exports or imports substitutes and reducing vulnerability to external economic changes ; the extent to which the Investment Project will diversify economic activities, expand employment opportunities and

⁷⁶⁵ V. *supra*, p. 114 et s. V. également W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, 2008, pp. 999-1033.

⁷⁶⁶ V. l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. V. également, not., CIJ, *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, *CIJ Rec.* 1952, p. 176, pp. 196-197 ; CIJ, *Affaires du Sud-ouest africain (Ethiopie contre Afrique du Sud ; Libéria contre Afrique du Sud)*, arrêt relatif aux exceptions préliminaires du 21 décembre 1962, *CIJ Rec.* 1962, p. 319, pp. 330-331 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *CIJ Rec.* 1984, p. 392, p. 428 ; CIJ, *Affaires du Sud-ouest africain (Ethiopie contre Afrique du Sud ; Libéria contre Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, *CIJ Rec.* 1966, p. 6, p. 39. V. également P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p., pp. 146-147.

⁷⁶⁷ Le préambule a été, par ex., pris en considération dans l'affaire CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine (ARB/97/3)*, sentence II du 20 août 2007, paragraphe 7.4.4.

⁷⁶⁸ V. *supra*, p. 343 et s. V. également W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, 2008, pp. 999-1033.

⁷⁶⁹ CIRDI, *Víctor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili (ARB/98/2)*, sentence du 8 mai 2008, paragraphe 374.

improve income distribution; the degree to which the Investment Project will transfer knowledge and skills to the Host Country; and the effects of the Investment Project on the social infrastructure and environment of the Host Country »⁷⁷⁰.

Une prise en considération du développement apparaît, en tout cas, essentielle aujourd'hui, d'autant plus que le « développement durable »⁷⁷¹ est devenu l'un des objectifs de la communauté internationale⁷⁷².

Ensuite, la question s'est posée de savoir si le principe du traitement juste et équitable ne pouvait être interprété non seulement à la faveur des investisseurs, mais aussi comme un principe de protection des droits des Etats, préservant leur liberté normative d'agir avec justice et équité⁷⁷³. Même si certains arbitres ont pu évaluer le comportement de l'investisseur au regard du traitement juste et équitable⁷⁷⁴, l'interprétation retenue est en général loin d'être favorable aux Etats.

Le traitement juste et équitable a, toutefois, pu être utilisé pour nuancer l'appréciation de la responsabilité de l'Etat et ainsi lui permettre de jouir de davantage de liberté dans la mise en œuvre de sa politique⁷⁷⁵. En effet, si le traitement juste et équitable est apprécié en fonction des attentes légitimes des investisseurs, on comprend que les attentes ne seront pas les mêmes en fonction du niveau de développement et doivent être conformes au contexte⁷⁷⁶. C'est en tout cas ce qu'ont affirmé certains tribunaux arbitraux, comme dans l'affaire *Genin* ou *Generation Ukraine*⁷⁷⁷.

⁷⁷⁰ Paragraphe 3.06 du Règlement opérationnel de l'AMGI, tel qu'amendé le 4 février 2011.

⁷⁷¹ Le développement durable peut se définir comme « un mode de développement qui vise à satisfaire les besoins des générations présentes sans compromettre les capacités des générations futures à répondre aux leurs ». Voir J. Salmon et G. Guillaume, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 336. V. également la Déclaration de New Dehli sur les principes du droit international relatif au développement durable (rés. 2/2002), avril 2002 ; la déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit au développement (rés. 41/128), 4 décembre 1986. V., pour commentaire, A. Newcombe, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 3, 2007, pp. 357-407.

⁷⁷² P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

⁷⁷³ P. Muchlinski, "'Caveat Investor'?: The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard" in F. Ortino, *Nationality and Investment Treaty Claims. Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 205-236 ; S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 172-17 ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.

⁷⁷⁴ CIRDI, *Biwater Gauff contre Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008.

⁷⁷⁵ V. not., CIRDI, *Azinian Davitian & Baca contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999, paragraphe 83 ; CIRDI, *Waste Management contre Mexique* (ARB(AF)/98/2), décision sur la compétence du 2 juin 2000, paragraphe 177 ; CIRDI, *Emilio Agustin Maffezini contre Espagne* (ARB/97/7), Rectification de la sentence du 31 janvier 2001, paragraphe 64 ; CIRDI, *Eudoro Armeto Olguin contre Paraguay* (ARB/98/5), sentence du 26 juillet 2001 ; CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, paragraphe 112.

⁷⁷⁶ V. *supra*, p. 569 et s.

⁷⁷⁷ CIRDI, *Alex Genin et autres contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001 ; CIRDI, *Generation Ukraine Inc. contre Ukraine* (ARB/00/9), sentence du 16 septembre 2003.

Par ailleurs, la question des obligations des investisseurs s'est aussi posée au regard des clauses d'admission ou d'encouragement des investissements. Certes, lorsque le traitement national s'applique dans la phase pré-établissement, l'Etat n'a guère réellement de pouvoir pour contrôler l'entrée des investisseurs. Il peut seulement soulever l'exception de sécurité nationale pour faire valoir quelques limites, notamment dans les industries d'armement ou de défense. Aux Etats-Unis, l'amendement Exon-Florio permet au président d'interdire l'accès aux investissements considérés comme une menace à la sécurité nationale⁷⁷⁸.

Il demeure que, souvent, lorsque le traitement national n'est pas appliqué à la phase pré-établissement, il est prévu l'obligation de remplir certaines conditions pour jouir de la protection du traité⁷⁷⁹. Certains traités obligent le potentiel investisseur à rechercher une autorisation écrite pour pouvoir effectuer son investissement⁷⁸⁰. Le plus souvent, il s'agit de l'obligation de respect du droit local⁷⁸¹, qui permet de préserver le pouvoir de régulation de l'Etat, au moins dans la phase d'établissement de l'investissement.

La clause de respect du droit local a également pu être appréciée pour évaluer les responsabilités respectives de l'Etat et de l'investisseur. Dans l'affaire *Fraport*, le Tribunal note que :

*« As for policy, BITs oblige governments to conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal if not identical obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law. It is arguable that even an investment which is not made in accordance with host state law may import economic value to the host state. But that is not the only goal of this sector of international law. Respect for the integrity of the law of the host state is also a critical part of development and a concern of international investment law »*⁷⁸².

Le Tribunal reconnaît explicitement des obligations à la charge de l'investisseur et, en particulier, celle de respecter le droit local. L'illégalité de l'investissement sera sanctionnée par les arbitres dans l'évaluation de la responsabilité et, surtout, de son indemnisation. Le Professeur Cremades, dans son opinion dissidente, revient sur les obligations des investisseurs et sur les conséquences d'une violation du droit interne :

⁷⁷⁸ V. *supra*, p. 851 et s.

⁷⁷⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 232 et s.

⁷⁸⁰ V. les traités conclus par certains pays de l'Asie du Sud-est, en particulier la Malaisie et Singapour. V. également M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 232 et s.

⁷⁸¹ V. *supra*, p. 406 et s. V. également B. Poulain, "Droit applicable. La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-Etat", *Gazette du Palais*, n° 349, 2007, p. 41 et s. ; C. Knahr, "Investment in Accordance with the Host State Law" in A. Reinisch et C. Knahr, *International Investment Law in Context*, Eleven International Pub., Utrecht, 2008, p. 27 et s.

⁷⁸² CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 402.

« *The majority also speaks of good faith in international arbitration. As I will explain, good faith applies to both the investor and the State Party. Of course, any illegal behavior by an investor is likely to have consequences. Criminal conduct can and should be punished within the domestic criminal justice system. Illegal conduct by the investor might well excuse or limit any liability of the State Party in an arbitration pursuant to the BIT, depending on the circumstances. It is also possible for the Contracting Parties to a BIT to exclude the jurisdiction of an arbitral tribunal for illegalities committed by the investor. Investor illegality is serious, and there are many means to address it* »⁷⁸³.

La question se pose, en effet, de savoir si le Tribunal ne devrait pas se déclarer incompétent lorsque l'investissement a été effectué illégalement, l'investisseur ne pouvant alors plus se prévaloir de la protection du traité, y compris des clauses de règlement des différends. Le Tribunal, dans l'affaire *Fraport*, a rejeté cette hypothèse :

« *allegations by the host state of violations of its law in the course of the investment, as a justification for state action with respect to the investment, might be a defense to claimed substantive violations of the BIT, but could not deprive a tribunal acting under the authority of the BIT of its jurisdiction* »⁷⁸⁴.

Cependant, certains tribunaux ont refusé de connaître des affaires où est mis en jeu un investissement créé en violation du droit local. Dans l'affaire *Inceysa*, le tribunal a ainsi décliné sa compétence en considérant que l'investissement avait été fait de manière illégale⁷⁸⁵. Peu importe le fondement de la demande, l'investissement doit être effectué conformément au droit local.

Enfin, même lorsque le traité ne contient pas de disposition explicite, les tribunaux s'attachent à l'intérêt général, par exemple lorsqu'il s'agit d'apprécier les circonstances analogues dans l'application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. Pour vérifier si les deux investissements sont comparables, certains tribunaux ont recherché s'il existait un facteur d'intérêt général justifiant un traitement différencié⁷⁸⁶. Claire Crépet Daigremont note, à cet égard que :

« les arbitres n'ont-ils d'autre choix pour faire prévaloir les politiques d'intérêt public que de court-circuiter l'enchaînement logique du raisonnement en faisant appel à une

⁷⁸³ Paragraphes 13 et 14.

⁷⁸⁴ CIRDI, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines* (ARB/03/25), sentence du 16 août 2007, paragraphe 402, paragraphe 345.

⁷⁸⁵ CIRDI, *Inceysa Vallisoletana contre El Salvador* (ARB/03/26), sentence du 2 août 2006.

⁷⁸⁶ Sentence CNUDCI, *S.D. Myers contre Canada*, sentence du 13 novembre 2000, paragraphe 250 ; Sentence CNUDCI, *Pope & Talbot contre Canada*, sentence du 10 avril 2001, paragraphe 78 ; Sentence CNUDCI, *United Parcel Service contre Canada*, sentence du 11 juin 2007, paragraphes 173 et s. ; CIRDI, *Parkerings Compagniet AS contre Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007, paragraphes 362 et s. V. également S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563 ; C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162 ; W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, 2008, pp. 999-1033.

interprétation extensive des circonstances analogues prenant en considération les motifs d'intérêt général »⁷⁸⁷.

Et Saïda El Boudouhi répond :

« Ceci n'est rien d'autre qu'une clause de sauvegarde de l'intérêt général imaginée par les arbitres pour pallier l'absence d'exception à l'application des clauses indirectes et ainsi se réserver une marge d'appréciation permettant de prendre en compte des intérêts publics »⁷⁸⁸.

Il en est de même pour la qualification de l'expropriation indirecte⁷⁸⁹, l'intérêt général pouvant constituer une motivation légitime à condition que la mesure soit proportionnelle⁷⁹⁰. A défaut d'une interprétation toujours cohérente sur la question⁷⁹¹, cette position a été relayée par certains traités bilatéraux d'investissement récents⁷⁹².

Ainsi, avant même que les Etats prennent conscience du caractère dangereusement déséquilibré du droit international des investissements qu'ils mettaient en place avec leurs accords, les arbitres avaient tenté de réorienter les droits et obligations des sujets de cet ordre juridique si particulier grâce aux clauses qui étaient à leur disposition. L'émergence de nouvelles obligations dans les traités bilatéraux d'investissement est venue compléter ce mouvement.

⁷⁸⁷ C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162, p. 159.

⁷⁸⁸ S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563, p. 554.

⁷⁸⁹ V. not. Y. Nouvel, "Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *RGDIP*, vol. 106, n° 1, 2002, pp. 79-102 ; J. Paulsson et Z. Douglas, "Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 145-158 ; A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Rev. – FILJ*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57 ; S. Manciaux, "Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements" in F. Horchani, *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Pedone, Paris, 2007, pp. 73-94 ; A. Reinisch, "Expropriation" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.

⁷⁹⁰ CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002 ; Sentence CNUDCI, *Methanex Corporation contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005.

⁷⁹¹ V., par ex., CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992 ; CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA contre Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Metalclad contre Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

⁷⁹² V. les modèles récents du Canada et des Etats-Unis d'Amérique. V. *supra*, p. 673 et s.

2°) De nouvelles obligations nées d'un besoin d'équilibre

Les modèles récents d'accords bilatéraux d'investissement imposent un certain nombre d'obligations aux investisseurs, faisant valoir en quelque sorte que seuls les investissements « responsables » ont vocation à être protégés. Les nouvelles obligations des investisseurs sont liées à la prise de conscience que l'investissement peut être nuisible à l'intérêt général des Etats, de leurs populations et même de la communauté internationale dans son ensemble. Une nouvelle façon d'investir voit le jour, plus respectueuse de son environnement et de la personne humaine. Cela a élargi le champ des traités bilatéraux d'investissement, qui évoquent désormais en particulier les questions d'environnement, de santé ou de droits sociaux⁷⁹³. Même si ces dispositions ont été en partie évoquées précédemment, il convient d'étudier leur effet, non plus dans le cadre interétatique, mais à l'égard des investisseurs.

Ce mouvement a été entamé par l'ALENA, qui consacre plusieurs dispositions à des questions non strictement économiques, s'attachant à la protection du milieu où aura lieu l'investissement. Il s'est ensuite répandu dans plusieurs modèles de traités bilatéraux d'investissement de la dernière génération qui vont toujours plus loin dans l'affirmation du caractère essentiel de ces préoccupations.

Même si elles sont strictement interétatiques, on peut déduire des clauses des traités bilatéraux d'investissement l'obligation des investisseurs de se montrer respectueux des normes environnementales de l'Etat hôte et de ne pas compromettre ces normes en demandant qu'elles ne soient pas appliquées à un potentiel investissement. Cela ressort plus particulièrement de certains accords, comme par exemple l'article XVII du traité entre le Canada et la Barbade de 1996 :

« aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'empêcher une Partie contractante d'adopter, de conserver ou d'appliquer une mesure par ailleurs compatible avec le présent accord qu'elle juge opportune pour faire en sorte que **l'investissement sur son territoire tienne compte de préoccupations environnementales** »⁷⁹⁴.

La modification la plus importante tient surtout à la reconnaissance de la liberté normative de l'Etat en la matière, qui permet d'exclure la qualification d'expropriation pour les mesures prises en vue de protéger l'environnement, la santé et la sécurité. Par exemple, le modèle norvégien de 2007 reconnaît explicitement le droit de réguler de l'Etat, quand celui-ci est motivé en particulier par la santé ou la sécurité publique ou encore par l'environnement. De

⁷⁹³ V. *supra*.

⁷⁹⁴ Caractère gras ajouté.

façon négative, l'investisseur devra donc prendre soin à ne pas nuire à ces préoccupations et devra appliquer toute nouvelle mesure en la matière, sans que ne lui soit ouvert aucun recours⁷⁹⁵. Surtout, il ne pourra invoquer aucune indemnisation s'il subit un préjudice du fait de ces mesures.

Ce mouvement, entamé avec l'environnement, s'est étendu aux droits de l'homme et aux normes sociales, au point qu'on a vu apparaître un nouveau concept, lié à la « responsabilité sociale des entreprises ». Par exemple, l'accord entre le Canada et le Pérou de 2006 dispose :

« chaque Partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises, internationales reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principe qui ont été approuvées ou qui sont appuyées par les Parties. Ces principes portent sur des questions telles que le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. Par conséquent, les Parties rappellent à ces entreprises l'importance d'intégrer ces normes de responsabilité sociale des entreprises dans leurs politiques internes ».

Le modèle norvégien de 2007 insiste également sur la responsabilité sociale des entreprises, son préambule disposant :

« *Emphasizing the importance of corporate social responsibility* »⁷⁹⁶.

La notion d'investissement socialement responsable est en train de prendre d'assaut les traités bilatéraux d'investissement⁷⁹⁷. Le modèle norvégien est plus précis que le modèle canadien et impose aux investisseurs l'application des Lignes directrices de l'OCDE sur les entreprises multinationales et l'obligation de faire partie du *Global compact* des Nations Unies. L'article 32, relatif à la « *Corporate Social Responsibility* », prévoit :

« *The Parties agree to encourage investors to conduct their investment activities in compliance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and to participate in the United Nations Global Compact* ».

Le *Global Compact* est un pacte conclu entre des acteurs publics et privés, ayant pour objet de créer un forum de discussion afin d'encourager les entreprises à respecter certains principes jugés fondamentaux⁷⁹⁸. Il est fondé sur un ensemble de valeurs que doivent partager tous les membres.

⁷⁹⁵ V. l'art. 12 du modèle norvégien de 2007.

⁷⁹⁶ Sixième paragraphe du Préambule du modèle d'accord sur la promotion et la protection de l'investissement de la Norvège, 2007.

⁷⁹⁷ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

⁷⁹⁸ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

Ce pacte est né d'une initiative du Secrétaire général des Nations Unies qui, au Forum économique de Davos, a proposé de créer un partenariat entre les Nations Unies et le secteur privé. L'entente a été conclue le 26 juillet 2000 entre l'Organisation – comprenant en particulier le Secrétaire général, mais associant aussi le Conseil des droits de l'homme, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et des institutions spécialisées telles que l'Organisation internationale du Travail – cinquante entreprises multinationales, des organisations non-gouvernementales et des syndicats. Il regroupe aujourd'hui des « milliers de participants répartis dans plus de 100 pays »⁷⁹⁹.

Le *Global Compact* est fondé sur dix principes, qui doivent être respectés par l'ensemble de ses membres. Parmi ces principes figurent ceux selon lesquels les entreprises doivent promouvoir et respecter les droits de l'homme reconnus sur le plan international ; elles ne doivent pas se rendre complices de violations de ces droits ; elles doivent respecter l'exercice de la liberté d'association et le droit à la négociation collective ; travailler à l'élimination du travail forcé et du travail des enfants et contribuer à la fin des discriminations. Les entreprises doivent également promouvoir les préoccupations liées à l'environnement, prendre des initiatives afin de rendre leurs activités moins nuisibles et contribuer à la diffusion des technologies respectueuses de l'environnement. Enfin, elles doivent agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin.

Le *Global Compact* est fortement lié aux nombreuses initiatives de codes de conduite internationaux, privés ou publics⁸⁰⁰, en vue de réglementer le comportement des entreprises multinationales et des investisseurs⁸⁰¹. Il montre un changement d'optique du droit international, qui reconnaît désormais que les entreprises multinationales doivent également respecter et promouvoir certaines valeurs universelles.

L'avantage du *Global Compact* est qu'il organise une forme de coopération entre les entreprises et les organes des Nations Unies permettant un dialogue et l'échange de conseils. L'application du droit international aux investisseurs se fait donc naturellement grâce à ce réseau et aux codes de conduite.

Le modèle d'accord de la Norvège ne s'arrête, toutefois, pas là, et apparaît particulièrement moderne sur la question. Le Gouvernement norvégien a fait de l'environnement et des droits

⁷⁹⁹ V. le site Internet du *Global Compact* pour plus d'informations.

⁸⁰⁰ A. Veilleux et R. Bachand, "Droits et devoirs des investisseurs", *Cahier de recherche*, vol. 1, 2001, 44 p.

⁸⁰¹ Voir *supra*, p. 779 et s. V. également, par ex., les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE (1976) ; la Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale (1977) ; les Normes des Nations Unies sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme (2003). V., pour commentaire, P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

sociaux une priorité dans sa politique d'investissement. Il affirme, dans la Déclaration Soria Moria⁸⁰², que le Gouvernement :

*« work to promote an international trade regime in which decisive importance must be attached to the environment, vocational and social rights, food security and development in poor countries »*⁸⁰³.

Ces nouvelles préoccupations ressortent de l'ensemble du modèle d'accord de la Norvège. Elles sont encore renforcées par la mise en place par l'accord d'une institution, le *Joint Committee*, composé de représentants des deux parties et chargé de nombreuses missions, notamment de statuer sur les questions d'interprétation et d'application de l'accord et, plus largement, de veiller à son application, mais aussi de conseiller les gouvernements sur les moyens de promouvoir l'investissement ou de proposer des amendements à l'accord⁸⁰⁴. Parmi ces mission figure celle de statuer, en tant que Comité d'éthique, sur les pratiques des investisseurs ou des Etats⁸⁰⁵. Ainsi, en vertu de l'article 11 « *Not Lowering Standards* », le *Joint Committee* pourra être saisi si un Etat tente d'encourager l'investissement en baissant ses standards de protection de santé, de sécurité, de travail ou encore relatifs à l'environnement⁸⁰⁶. Par ailleurs, l'article 23 prévoit que le *Joint Committee* pourra :

*« where relevant, discuss issues related to corporate social responsibility, the preservation of the environment, public health and safety, the goal of sustainable development, anticorruption, employment and human rights »*⁸⁰⁷.

Sans nul doute, cet encadrement institutionnel favorisera l'équilibrage des droits de l'investisseur et de l'Etat.

Il demeure, cependant, que ce type d'accords reste rare et que la plupart des modèles, en particulier européens, n'incluent pas de disposition relative à l'environnement, la santé, la sécurité ou les droits sociaux. A défaut de telles précisions conventionnelles, les arbitres ont tenté de découvrir, dans le droit international *lato sensu*, des obligations à la charge des investisseurs, permettant de rééquilibrer en partie le droit international des investissements.

⁸⁰² La Déclaration Soria Moria est une Déclaration politique du Gouvernement norvégien Jens Stoltenberg du 12 décembre 2005, qui précise les objectifs, not. en matière de politique étrangère, insistant tout particulièrement sur le développement économique et les droits de l'homme.

⁸⁰³ V. la Déclaration Soria Moria du Gouvernement norvégien, 12 septembre 2005. Il est également affirmé que la libéralisation du commerce « *should only take place within a framework under which fair distribution, fundamental social standards, the environment and national food security are taken into account* ».

⁸⁰⁴ V. l'article 23 du modèle norvégien de 2007.

⁸⁰⁵ *Id.*

⁸⁰⁶ *Ibid.*, art. 11, paragraphe 2.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, art. 23, paragraphe 3, (vii).

B. Des obligations découlant du droit international

Le droit international, tant public que privé, comprend certaines obligations qui s'appliquent tant aux Etats qu'aux personnes privées qui interviennent sur la scène internationale. Ces principes, même s'ils ne sont pas mentionnés dans les traités, tendent à rééquilibrer le jeu des relations entre investisseurs et Etats (1°), certains d'entre eux étant d'une importance fondamentale pour la communauté internationale (2°).

1°) Des obligations internationales s'imposant aux investisseurs

Comme le note Surya Subedi, il existe un mouvement de fertilisation croisée du droit international :

« In this age of globalisation, no area of law can remain uninfluenced by the developments taking place in other areas of law. There is a great degree of interconnectedness or cross-fertilisation taking place both within public international law and foreign investment law. Foreign investment law is therefore influenced by cross-fertilisation from other areas of public international law, especially those relating to human rights and environmental protection, as well as certain fundamental principles of international economic law such as the principle of economic self-determination of states, the right to develop, and the permanent sovereignty of states over their natural resources »⁸⁰⁸.

Ce mouvement est particulièrement fort en droit international des investissements, qui trouve difficilement sa place dans la distinction entre droit international public ou droit international privé. Ainsi, les arbitres ont pu puiser des principes dans d'autres branches du droit international pour découvrir les obligations des investisseurs.

Certaines normes internationales ne découlent pas des traités bilatéraux d'investissement, ni de la nature particulière de l'Etat, mais davantage du fait qu'on se situe en droit international économique. La qualité d'opérateur économique œuvrant pour un projet commun implique certaines obligations liées à ce partenariat. Alors que le droit international des investissements et surtout l'arbitrage dans le cadre du CIRDI avaient vocation à gommer la différence de nature entre l'investisseur et l'Etat – qui dispose de prérogatives de puissance publique ; on a

⁸⁰⁸ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., p. 158.

constaté que la relation économique qui s'instaure par l'investissement entre ces deux opérateurs n'était pas toujours à la faveur de l'Etat. L'Etat se trouvant en situation de concurrence difficile sur le marché des investissements et n'ayant souvent pas les connaissances techniques nécessaires avait besoin d'une protection dans cette relation particulière, ce qui avait pour corrolaire l'imposition de certaines obligations sur l'investisseur. Une sentence CCI a d'ailleurs mis en lumière quelques uns de ces devoirs :

« la qualité respective des parties, l'importance économique de l'opération nouée et sa nature de contrat de coopération passé avec un Etat en développement imposeraient à l'entreprise des devoirs de prudence, d'information et de renseignement qui n'ont pas été respectés en l'espèce et qui sont la cause directe des difficultés depuis rencontrées. L'Etat est donc fondé à solliciter des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause ce comportement »⁸⁰⁹.

Ces obligations relèvent d'un standard de loyauté, qui s'applique aux relations transnationales. Même si cette loyauté entre opérateurs économiques est apparue dans le commerce international, elle revêt une importance toute particulière en droit international des investissements, étant donné la durée de telles opérations. A ce titre, plusieurs principes s'appliquent, tels que « *pacta sunt servanda* » ou l'obligation de bonne foi, qui s'imposent à l'investisseur du fait de la nature particulière de ce partenariat économique⁸¹⁰.

Dans l'affaire *Amco*, la bonne foi a ainsi été qualifiée d'

« exigence fondamentale que l'on retrouve dans tous les systèmes de droit, qu'il s'agisse des droits nationaux ou du droit international »⁸¹¹.

L'application de la bonne foi va entraîner, notamment une obligation d'information, qui est particulièrement essentielle en droit international des investissements⁸¹². Elle a même été considérée comme une « obligation de tout révéler à son partenaire »⁸¹³. Même si la formule a pu être critiquée du fait de son caractère excessif, elle démontre la portée de cet engagement. Cette obligation revêt une importance toute particulière lorsque l'un des cocontractants est un Etat.

⁸⁰⁹ CCI, sentence n° 5030 de 1992 disponible in J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Collection of ICC arbitral awards: Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC Pub., Paris, 1997, CCVII-672 p., p. 475 et s.

⁸¹⁰ P. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *JDI*, vol. 116, n° 2, 1989, pp. 305-327.

⁸¹¹ CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie* (ARB/81/1), décision sur la compétence du 25 septembre 1983, paragraphe 47. V. également CIRDI, *Inceysa Vallisoletana S.L. contre El Salvador* (ARB/03/26), sentence du 2 août 2006, paragraphes 230 à 239.

⁸¹² G. Blanc et P. Leboulanger, "Peut-on encore parler d'un droit du développement ?", *JDI*, vol. 118, n° 4, 1991, pp. 903-945 ; P. Leboulanger, "L'arbitrage international Nord-Sud" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 323-340.

⁸¹³ V., en particulier, CIRDI, *Klöckner contre Cameroun* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983. P. Rambaud, "Deux arbitrages du CIRDI", *AFDI*, vol. 30, n° 1, 1984, pp. 391-408 ; E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p.

Ainsi, préalablement à l'investissement, lorsqu'une relation contractuelle doit s'instaurer entre l'Etat et l'investisseur, ce dernier a une obligation de prudence, d'information et de renseignement préalable et une obligation de s'abstenir de toute manœuvre illicite avant l'investissement⁸¹⁴. Ces obligations sont proches de la théorie des vices du consentement et ont été reconnues très tôt dans la jurisprudence, même si les tribunaux ont souvent rejeté leur application à l'espèce⁸¹⁵.

Une fois l'investissement effectué, l'obligation d'information ne disparaît pas pour autant et devient même encore plus décisive vu la durée des opérations d'investissement :

« C'est une des caractéristiques majeures des contrats de longue durée que de reconnaître à la personne publique contractante un droit d'information et de contrôle permanent sur la conduite des opérations »⁸¹⁶.

Cette obligation d'information est reconnue même en l'absence de précision dans le contrat, dans une loi ou dans un traité. C'est ce qu'a rappelé le premier tribunal ayant statué dans une affaire CIRDI :

« en dehors d'une stipulation expresse de l'accord de base, on doit considérer, sur un plan général, la communication des informations nécessaires pour constater, une fois les travaux réalisés, qu'ils sont bien conformes aux obligations conventionnelles. Il va de soi que toute partie à un contrat doit être mise en état de s'assurer que les obligations souscrites à son égard ont été correctement exécutées »⁸¹⁷.

L'obligation d'information serait donc une obligation générale, découlant directement du principe de bonne foi contractuelle⁸¹⁸. Elle s'applique pendant toute la durée de l'investissement, non seulement à l'opération économique en tant que telle, mais aussi à l'environnement de l'investissement⁸¹⁹. Comme le note Emmanuel Gaillard :

⁸¹⁴ S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 325 et s.

⁸¹⁵ V. not., CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, *Atlantic Triton Company Limited contre Guinée* (ARB/84/1), sentence du 21 avril 1986 ; CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), sentence du 6 janvier 1988 ; CIRDI, *Southern Pacific Properties contre Egypte* (ARB/84/3), sentence du 20 mai 1992 ; CIRDI, *Robert Azinian et autres contre Mexique* (ARB(AF)/97/2), sentence du 1^{er} novembre 1999 ; CIRDI, *Alex Genin et autres contre Estonie* (ARB/99/2), sentence du 25 juin 2001 ; .

⁸¹⁶ P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, XVI-354 p., p. 69.

⁸¹⁷ CIRDI, *Holiday Inns S.A. et autres contre Maroc* (ARB/72/1), décision du 23 septembre 1974, telle que citée in P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, XVI-354 p., pp. 69-70.

⁸¹⁸ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., au regard de l'affaire *Amco* ; S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p., p. 393.

⁸¹⁹ CIRDI, *Adriano Gardella S.p.A. contre Côte d'Ivoire* (ARB/74/1), sentence du 29 août 1977 ; CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983 ; CIRDI, *Maritime International Nominees Establishment contre Guinée* (ARB/84/4), sentence du 6 janvier 1988.

« Il importe davantage de souligner que [l'obligation de tout révéler] trouve tout naturellement sa place parmi les principes généraux du droit applicables aux contrats internationaux. Elle découle directement des exigences de la bonne foi dans l'exécution des contrats que chacun s'accorde à compter au rang des principes existant dans la quasi-totalité des systèmes juridiques. Il est donc permis d'y voir une nouvelle illustration du phénomène de spécialisation des principes « généraux » du droit qui, en s'affinant, deviennent plus directement opérationnels (...). La sentence nous paraît donc devoir être approuvée lorsqu'elle observe que « le principe suivant lequel une personne qui s'engage dans des rapports contractuels intimes fondés sur la confiance, doit traiter avec son collègue de façon franche, loyale et candide » est un principe général et lorsqu'elle sanctionne le cocontractant qui s'abstient de révéler à son partenaire des faits qui, s'ils avaient été connus de lui, l'auraient incité à mettre un terme au projet »⁸²⁰.

Cette obligation est ainsi fondamentalement liée à l'obligation de minimiser les pertes, qui s'impose à l'investisseur. Ce principe général du droit du commerce international trouve également à s'appliquer dans l'arbitrage CIRDI⁸²¹.

Même si ces standards ont vocation à s'appliquer aux relations contractuelles, on peut se demander s'ils ne devraient pas s'imposer également en l'absence de contrat entre l'Etat et l'investisseur. L'obligation d'information dépasse le cadre contractuel et s'impose à l'investisseur dès lors qu'il rentre sur le territoire de l'Etat hôte. Ainsi, par exemple, si l'investisseur constate que son investissement est nuisible à l'environnement ou à la santé des personnes vivant sur le territoire, il doit en informer l'Etat afin de minimiser les dommages. C'est en tout cas ce qui ressort des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, dont la troisième partie traite de la « Publication d'informations », qui doit permettre, non seulement aux actionnaires, mais également à l'Etat ou aux organisations internationales d'évaluer l'action de l'entreprise en termes d'impact sur l'environnement, la santé ou le droit social⁸²². Ces principes découlant de la bonne foi ne s'arrêtent donc pas aux relations contractuelles, mais s'appliquent à l'ensemble du droit international des investissements.

Au-delà de ces standards déduits des relations commerciales internationales, des normes tirées d'autres préoccupations du droit international peuvent également s'appliquer⁸²³. Le droit

⁸²⁰ E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p., p. 133.

⁸²¹ CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH et autres contre Cameroun et Société Camerounaise des Engrais* (ARB/81/2), sentence du 21 octobre 1983. V., pour comparaison, CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, p. 7 : la Cour internationale de Justice, même si elle ne se prononce pas explicitement sur la question, semble rejeter une telle obligation.

⁸²² OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Editions OCDE, Paris, 2011, 101 p., p. 32 et s. V. également P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.

⁸²³ L. Chedly, "Ordre public transnational et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313.

international des investissements se trouve véritablement à la croisée des chemins entre droit international privé et droit international public.

En effet, l'activité des entreprises multinationales peut avoir un effet décisif dans la conduite des relations internationales d'un Etat. Ainsi, le droit international des investissements tire du droit international général l'obligation des entreprises multinationales de ne pas interférer avec les affaires internes. L'allégation selon laquelle le Gouvernement Allende au Chili aurait été renversé par un coup d'Etat organisé, en partie, par des groupes d'investisseurs étrangers, a rendu nécessaire l'affirmation d'un tel principe. La question s'est posée à nouveau en Irak et a montré à quel point l'activité des investisseurs étrangers était centrale dans la conduite de la politique des Etats⁸²⁴.

La communauté internationale a également commencé à envisager la possibilité d'imposer des obligations internationales aux personnes privées grâce au droit international de l'environnement⁸²⁵. En effet, les personnes privées peuvent être tenues responsables des dommages qu'elles causent à l'environnement, en particulier en vertu du principe du pollueur-payeur⁸²⁶. Dès 1982, la Charte mondiale de la nature imposait des obligations directes aux acteurs privés insistant sur le fait que :

« L'homme peut, par ses actes ou par leurs conséquences, transformer la nature et épuiser ses ressources et doit, de ce fait, pleinement reconnaître qu'il est urgent de maintenir l'équilibre et la qualité de la nature et de conserver les ressources naturelles »⁸²⁷.

Ces préoccupations ont également été prises en compte par la Commission des Nations Unies sur les sociétés transnationales dans son Projet de code de conduite de 1990⁸²⁸ ou dans les lignes directrices de l'OCDE de 2000. Il en est de même pour les droits de l'homme⁸²⁹.

⁸²⁴ V. not. S. Subedi, *International Investment Law : Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p. ; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 148 et s.

⁸²⁵ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.

⁸²⁶ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 165-167.

⁸²⁷ Préambule de la Charte mondiale de la nature adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution A/RES/37/7 du 28 octobre 1982.

⁸²⁸ V. les paragraphes 41 et 43 du Projet de code de conduite sur les sociétés transnationales adoptés par le Conseil économique et social en 1990 : « *Transnational corporations shall carry out their activities in accordance with national laws, regulations, established administrative practices and policies relating to the preservation of the environment of the countries in which they operate and with due regard to relevant international standards. Transnational corporations should, in performing their activities, take steps to protection the environment and where damaged to rehabilitate it and should make efforts to develop and apply adequate technologies for this purpose* » ; « *Transnational corporations should be responsive to request from Governments of the countries in which they operate and be prepared where appropriate to co-operate with international organizations in their efforts to develop and promote national and international standards for the protection of the environment* ».

⁸²⁹ Voir *supra*, p. 779 et s.

Au-delà de l'intégration de ces principes fondateurs, le droit international des investissements, du fait qu'il implique d'importants transferts de fonds, se trouve également au centre de la lutte contre le blanchiment d'argent, le trafic de stupéfiants ou le crime organisé. Les investisseurs et les Etats doivent ainsi être particulièrement attentifs à l'origine des moyens financiers de l'investissement et les arbitres à condamner ce type de comportement.

Le droit international des investissements devient alors un vecteur d'application du droit international et son arbitre se transforme peu à peu en juge des valeurs de la communauté internationale, faisant de lui un acteur privilégié de la mise en œuvre de l'ordre public transnational.

2°) L'apparition d'un ordre public transnational

L'ordre public transnational⁸³⁰ – à distinguer de l'ordre public international au sens du droit interne⁸³¹ – peut également constituer une limite aux droits des investisseurs⁸³². Cette notion, qui fait partie des « plus flou[e]s, plus difficiles à saisir et plus controversé[e]s »⁸³³ et qui est

⁸³⁰ V. not., sur cette notion : I. Fadlallah, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *RCADI*, t. 249, 1996, pp. 369-430 ; A. J. van den Berg, *International Arbitration 2006 : Back to Basics? International Arbitration Congress, Montréal, 31 May - 3 June 2006*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, XIII-957 p., spec. p. 849 et s. ; E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2008, 240 p. ; M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.

⁸³¹ Il se définit comme un « motif (...) utilisé (en matière de conflits de lois ou de conflits d'autorités et de juridictions) pour limiter l'application de la loi étrangère dans la mesure où les dispositions de celle-ci sont incompatibles avec des principes essentiels de la loi du for ». Voir J. Salmon et G. Guillaume, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p., p. 788. V. également M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.

⁸³² H. Rolin, "Vers un ordre public réellement international" in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp. 441-462 ; P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373 ; P. Kahn, "A propos de l'ordre public transnational : quelques observations" in J.-F. Gerkens et H. Peter, *Mélanges Fritz Sturm*, Editions juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, pp. 1539-1550 ; M. Hunter et G. Conde E Silva, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations", *The Journal of World Investment*, vol. 4, n° 3, 2003, pp. 367-378 ; M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.

⁸³³ P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373, p. 330.

encore très contestée⁸³⁴, ferait, appliquée au droit international des investissements, de l'arbitre un juge à part entière dans cet ordre juridique, dont il devra protéger l'ordre public⁸³⁵.

L'ordre public transnational ou réellement international est apparu dans les années 1960 avec la sentence CCI n° 1110⁸³⁶ et est né de l'idée qu'il existe certaines « normes d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient parties d'un consensus universel, auraient vocation à prévaloir devant n'importe quel forum ayant juridiction à l'égard des personnes privées »⁸³⁷. C'est en tout cas ce qu'a affirmé le tribunal statuant sous l'égide du CIRDI dans l'affaire *World Duty Free Limited contre Kenya* :

« *The term « international public policy » (...) is sometimes used with another meaning, signifying an international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora. It has been proposed to cover that concept in referring to « transnational public policy » or « truly international public policy »* »⁸³⁸.

Le caractère transnational de cet ordre public tiendrait au fait qu'il :

« traduit des valeurs fondamentales faisant l'objet d'un consensus de la communauté internationale : opérateurs du commerce international et Etats en particulier »⁸³⁹.

L'ordre public transnational est souvent étudié en lien avec l'arbitrage commercial international ou la *lex mercatoria*, mais il a fait son apparition dans le droit international des investissements. Comme le note Mathias Forteau :

« l'évolution la plus notable des dernières années a tenu à l'irruption de l'ordre public transnational (traditionnellement utilisé par les arbitres commerciaux saisis de litiges purement privés) dans le prétoire de juridictions à caractère public, en l'occurrence les tribunaux arbitraux constitués dans le cadre institutionnalisé du CIRDI pour connaître

⁸³⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2007, XIII-1025 p., p. 345 : « L'existence d'un ordre public transnational qui puiserait son fondement dans l'idée de sauvegarde de principes de caractère universel n'a pas encore été démontrée ; elle a même expressément été rejetée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Banque ottomane* ».

⁸³⁵ Certains considèrent que « l'ordre public est un non-sens s'il n'est pas associé à un ordre juridique » : W. Lienhard, *Le rôle et la valeur de l'ordre public : en droit privé interne et en droit privé international*, Sirey, Paris, 1934, 251 p. ; L. Chedly, "Ordre public transnational et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313.

⁸³⁶ J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1999, XV-623 p., p. 356. Pour un exemple assez récent d'application de « règle véritablement internationale », concernant la prohibition de la corruption, v. la sentence CCI n° 12290 de 2005, telle que publiée in E. Jolivet, "Chroniques - Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale", *JDI*, n° 4, 2010, p. 1406 et s., pp. 1408-1409.

⁸³⁷ M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.

⁸³⁸ CIRDI, *World Duty Free Limited contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006, paragraphe 139.

⁸³⁹ L. Chedly, "Ordre Public Transnational et Investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313.

des réclamations dirigées par des investisseurs étrangers contre des Etats ou certaines de leurs émanations »⁸⁴⁰.

Cela ressort, en particulier, de certaines décisions rendues en droit international des investissements – pas seulement dans le cadre du CIRDI – comme par exemple dans l'affaire *Methanex* :

« *as a matter of international constitutional law a tribunal has an independent duty to apply imperative principles of law or jus cogens and not give effect to parties' choices of law that are inconsistent with such principles* »⁸⁴¹.

A cet égard, la nature particulière de l'arbitrage dans le cadre du CIRDI et du droit international des investissements soulève la question de la qualification de l'ordre public, qui serait peut-être davantage international que transnational, recoupant en quelque sorte le *jus cogens* du droit international public. Il semble cependant, davantage, que l'ordre public transnational subisse un mouvement « d'internationalisation (au sens du droit international public, c'est-à-dire au sens où l'ordre public international trouve désormais une partie de son ancrage dans le droit international public dont il épouse alors la nature et le régime des sources et des normes)⁸⁴² »⁸⁴³, plutôt qu'une transformation en *jus cogens*. Alors que traditionnellement, l'existence d'un ordre public international été remise en cause⁸⁴⁴, certains constatant même que « la communauté internationale des Etats n'est pas une entité suffisamment structurée et n'est pas à un stade d'intégration suffisant pour être à l'origine d'un ordre juridique au sens premier du terme »⁸⁴⁵, force est de constater aujourd'hui qu'il n'y a alors plus lieu de distinguer entre ordre public transnational et ordre public véritablement international⁸⁴⁶. La reconnaissance de cet ordre public transnational, à composante

⁸⁴⁰ M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49, p. 6.

⁸⁴¹ Sentence CNUDCI, *Methanex contre Etats-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005, partie IV, ch. C, p. 11, paragraphe 24.

⁸⁴² Certains internationalistes publicistes ont déjà montré, dans le cadre d'une analyse comparative et analogique, que la *lex mercatoria* (et en son sein l'ordre public transnational) fonctionnerait peu ou prou comme le droit international public (y inclus, parmi ses différentes institutions, le *jus cogens*) (V. par ex., épousant cette démarche, M. Virally, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques" in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp. 373-385. - A. Pellet, "La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 53-74). Le propos est tout autre ici : il s'agit de montrer en quoi, au-delà de ces analogies, l'ordre public « réellement international » relève du droit international public.

⁸⁴³ M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49, p. 7.

⁸⁴⁴ Une majorité de la doctrine en droit international privé s'accorde sur « l'impossibilité même que puisse exister un ordre juridique international ». Voir M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49, p. 15. V. pour les tenants de cette théorie : P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 379-402 ; C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Paris, 2001, XIV-571 p.

⁸⁴⁵ C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Paris, 2001, XIV-571 p., p. 284.

⁸⁴⁶ M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.

internationale, en droit international des investissements est d'ailleurs nécessaire au regard des modalités d'arbitrage dans le cadre du CIRDI. Si la sentence rendue est obligatoire et si elle doit être exécutée comme un jugement définitif, c'est que les juridictions internes, privées de l'*exequatur*, ne peuvent vérifier la conformité à l'ordre public international au sens du droit interne. C'est donc bien aux arbitres qu'incombe cette mission, qui deviennent dès lors « les dépositaires ultimes du respect de l'ordre public international dont [ils] vont pouvoir réguler [eux]-mêmes l'invocation par les personnes privées mais aussi par les Etats eux-mêmes »⁸⁴⁷.

Une fois admise l'existence de l'ordre public transnational, il demeure que son contenu est difficile à appréhender. Selon certains, cet ordre public transnational comprendrait le développement de l'Etat d'accueil, comme

« norme qui serait supérieure au droit choisi par les parties et qui doit se trouver à travers l'ensemble des préoccupations des pays sous développés et qui cristalliserait un noyau représentant un « intérêt vital pour l'ensemble des pays sous développés » »⁸⁴⁸.

L'arbitrage est alors conçu comme « instrument pour la réalisation du développement »⁸⁴⁹. Pierre Lalive consacre ainsi un ordre public de développement dans son ordre public transnational⁸⁵⁰.

Il est surtout unanimement reconnu que l'interdiction de la corruption constitue une norme impérative⁸⁵¹. Cela a été clairement affirmé par une sentence de la CCI, qui constate que :

« sur la base des considérations qui précèdent le tribunal arbitral estime qu'un contrat incitant ou favorisant la corruption de fonctionnaires est contraire à l'ordre public transnational et que, si tel s'avère être l'objet du contrat de consultance, il n'a d'autre option que d'en constater la nullité »⁸⁵².

Cette reconnaissance est quasiment unanime⁸⁵³ et ressort des nombreuses conventions de lutte contre la corruption⁸⁵⁴ adoptées au niveau régional – dans le cadre de l'OCDE⁸⁵⁵ ou de

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁸⁴⁸ A. Mezghani, "L'arbitrage et les impératifs de développement" in CERP, *Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*, Impr. officielle de la République tunisienne, Tunis, 1981, pp. 59-83, p. 91.

⁸⁴⁹ P. Fouchard, "Arbitrage et droit international du développement" in *Droit international et développement - Actes du colloque international tenu à Alger du 11 au 14 octobre 1976*, Office des publications universitaires, Alger, 1978, 492 p. ; A. Mezghani, "L'arbitrage et les impératifs de développement" in CERP, *Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*, Impr. officielle de la République tunisienne, Tunis, 1981, pp. 59-83 ; L. Chedly, "Ordre public transnational et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313.

⁸⁵⁰ P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373.

⁸⁵¹ V., en particulier, les sentences de la CCI de 1963 (n° 1110), de 1981 (n° 3913), de 1982 (n° 3916) et de 1998 (n° 8891).

⁸⁵² V. la sentence de la CCI n° 8891 de 1998 telle que reproduite in J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Collection of ICC arbitral awards: Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC Pub., Paris, 2003, CCXXX-617 p., p. 561.

⁸⁵³ S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p., pp. 50-52. Sur les questions posées par la sanction de la corruption et la possible nullité des contrats conclus

l'Union européenne⁸⁵⁶ – mais aussi international⁸⁵⁷. Or ces conventions internationales font l'objet d'une grande attention des arbitres dans la vérification de l'existence d'une norme relevant de l'ordre public transnational⁸⁵⁸.

La question n'a pas tardé à se poser dans le cadre du CIRDI. La corruption avait été soulevée par l'Égypte dans l'affaire *Wena*, mais le Tribunal a jugé que les éléments de preuve étaient insuffisants⁸⁵⁹. Il a, toutefois, reconnu que la corruption aurait conduit à la nullité du contrat.

Dans l'affaire *Société d'investigation, de recherche et d'exploitation minière contre Burkina Faso*, la corruption a permis de faire annuler le contrat. Cependant, il faut noter que les arbitres n'ont fait aucune référence à l'ordre public transnational, ceux-ci ayant préféré se fonder sur le droit français, applicable en la matière.

Cette prudence montre que même si les normes de l'ordre public transnational sont unanimement admises, son existence demeure controversée. Pierre Lalive constatait ainsi que :

« Alors même que l'occasion se présenterait, il n'est pas certain que l'arbitre international aurait le courage, certains diront l'imprudence, de s'exprimer en formules novatrices (...) là où il peut motiver sa décision selon des schémas plus traditionnels, et plus aptes à assurer la reconnaissance et l'exécution judiciaire de la sentence dans les divers Etats intéressés »⁸⁶⁰.

sous son empire : H. Raeschke-Kessler et D. Gottwald, "Corruption" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 584-616.

⁸⁵⁴ H. Raeschke-Kessler et D. Gottwald, "Corruption" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 584-616.

⁸⁵⁵ V. la Convention de l'OCDE du 21 novembre 1997. V. également P. Cavalerie, "La convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales", *AFDI*, vol. 43, n° 1, 1997, pp. 609-632 ; G. Sacerdoti, "La convention internationale de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 1999, p. 3 et s. ; U. Draetta, "La lutte contre la Corruption des fonctionnaires publics étrangers : premières observations sur les examens de la phase 2 au titre de la Convention OCDE", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2005, p. 99 et s.

⁸⁵⁶ V., dans le cadre de l'Union européenne, la Convention pénale sur la corruption du 27 janvier 1999 et la convention civile sur la corruption du 9 novembre 1999. V. également la Convention interaméricaine contre la corruption, 1996.

⁸⁵⁷ V. la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, signée le 15 décembre 2000, en particulier l'art. 862 : « chaque Etat partie envisage les mesures législatives et autres actes visés au § 1 du présent article [actes de corruption] impliquant un agent public étranger ou un fonctionnaire international. De même, chaque Etat partie envisage de conférer le caractère d'infraction pénale à d'autres formes de corruption ». V. également la Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 31 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Au 12 juillet 2012, 161 Etats étaient parties à la Convention.

⁸⁵⁸ CIRDI, *World Duty Free contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006, paragraphes 138-157. L'ordre public ressort « *through international conventions, comparative law and arbitral awards* ». Le Tribunal conclut alors : « *in light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy* » (paragraphe 157).

⁸⁵⁹ CIRDI, *Wena Hotels Ltd. contre Egypte* (ARB/98/4), sentence finale du 8 décembre 2000.

⁸⁶⁰ P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373, p. 330.

Pourtant, la qualification de l'interdiction de la corruption peut avoir un effet sur l'exécution de la sentence. Même si la question ne se pose pas dans les mêmes termes dans le cadre du CIRDI, l'article 34 de la loi type de la CNUDCI préconise que la sentence soit annulée si elle est « contraire à l'ordre public » de l'Etat. Or l'interdiction de la corruption fait sans nul doute partie de cet ordre public⁸⁶¹. En dehors de la stricte question de l'exécution de la sentence, c'est sa légitimité qui est en jeu lorsque se pose une question de corruption.

Cela explique probablement l'évolution du CIRDI, dont un tribunal a expressément reconnu l'existence d'un acte de corruption dans l'affaire *World Duty Free Company contre Kenya*⁸⁶². Les circonstances de cette affaire étaient quelque peu particulières, l'investisseur faisant lui-même valoir que le contrat avait été conclu en échange du paiement d'une somme importante au Président du Kenya, Arap Moi. Le Tribunal a donc qualifié l'acte de corruption et a conclu que le contrat était nul du fait de sa contrariété avec l'ordre public international. C'est bien parce que ce moyen relevait de l'ordre public international que l'Etat pouvait le soulever, malgré le fait qu'il en soit à l'origine. Les faits étaient très particuliers, étant donné que la question de la preuve ne s'est pas posée en l'espèce. Par la suite, cependant, celle-ci a créé de nombreuses difficultés. Ainsi, dans l'affaire *African Holding Company of American Inc. et Société africaine de construction au Congo SARL*, l'Etat faisait valoir qu'il était de notoriété publique que le contrat n'avait pu être conclu que grâce à la corruption. Le Tribunal rejeta l'argument considérant que l'Etat n'apportait pas de preuve. Il revint, toutefois, sur la corruption, notant qu'il :

« s'inquiétait de constater qu'un certain nombre d'administrations des parties défenderesses dans des cas d'arbitrage international ont recours à des allégations de corruption pour empêcher que le tribunal ne se déclare compétent ou pour en influencer la décision sur le fond, ce qui constitue une raison supplémentaire pour laquelle la norme de la preuve doit, à cet égard, être particulièrement élevée »⁸⁶³.

La preuve est, en effet, particulièrement difficile à apporter pour les faits de corruption :

« *corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption* »⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2009, LVIII-613 p., p. 489.

⁸⁶² CIRDI, *World Duty Free contre Kenya* (ARB/00/7), sentence du 4 octobre 2006.

⁸⁶³ CIRDI, *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. contre République démocratique du Congo* (ARB/05/21), sentence sur la compétence du 29 juillet 2008, paragraphe 55.

⁸⁶⁴ CIRDI, *EDF (Services) Limited contre Roumanie* (ARB/05/13), sentence du 8 octobre 2009, paragraphe 237.

Il demeure que les tribunaux sont réticents à considérer les faits de corruption⁸⁶⁵, même lorsqu'il existe des preuves sérieuses⁸⁶⁶.

Au-delà de la corruption, il est difficile de qualifier d'autres normes comme appartenant à l'ordre public transnational. Il semble que la protection des droits de l'homme fait également partie de cet ordre public, seuls les investissements réalisés sans que ceux-ci ne soient violés devant être protégés. Dans l'affaire *Phoenix*, le Tribunal note ainsi que :

*« It is evident to the Tribunal that the same holds true in international investment law and that the ICSID Convention's jurisdictional requirements – as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs »*⁸⁶⁷.

La question s'est également posée à l'égard de la protection du patrimoine culturel commun de l'humanité⁸⁶⁸. Dans l'affaire *SPP*, l'Égypte faisait valoir que la rupture du contrat de construction d'un complexe hôtelier se justifiait par la volonté de protéger le patrimoine culturel situé sur le « plateau des pyramides ». Même si les tribunaux statuant tant dans le cadre de la CCI que du CIRDI ont reconnu le caractère fondamental de cette mission de protection, ils ont toutefois considéré que l'investisseur devait être indemnisé.

Certains commentateurs ont, toutefois, considéré que la protection du patrimoine culturel devait faire partie de l'ordre public transnational, dont les arbitres doivent être les gardiens :

« pour que le problème se pose dans le cadre de l'ordre public international, il doit s'agir nécessairement d'un site ou d'un monument d'une qualité exceptionnelle, car il peut être très grave de voir disparaître ou être endommagés des biens culturels pour de simples raisons commerciales. Il n'est pas de la mission des arbitres de refaire le monde et de se substituer aux autorités publiques et aux consciences individuelles pour le quotidien. En revanche, lorsqu'un intérêt fondamental est en jeu, n'est-il pas du devoir des arbitres comme de tout juge, même privé de le préserver (...) Il ne s'agit pas pour l'arbitre de s'instituer le censeur d'actes banaux, mais d'assurer la cohésion

⁸⁶⁵ CIRDI, *Empresas Lucchetti, SA et Lucchetti Peru SA contre Pérou* (ARB/03/4), sentence du 7 février 2005, p. 17 et s. ; CIRDI, *SGS contre Pakistan* (ARB/01/13), sentence du 8 septembre 2003, paragraphes 330 et 350 ; S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation contre États-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005 ; CIRDI, *TSA Spectrum de Argentine S.A. contre Argentine* (ARB/05/5), sentence sur la compétence du 19 décembre 2008 ; CIRDI, *Azpetrol International Holdings B.contre, Azpetrol Group B.contre et Azpetrol Oil Services Group B.contre Azerbaijan* (ARB/06/15), sentence du 8 septembre 2009.

⁸⁶⁶ CIRDI, *Siemens contre Argentine* (ARB/02/8), sentence du 6 février 2007.

⁸⁶⁷ CIRDI, *Phoenix Action Ltd contre République Tchèque* (ARB/06/5), sentence du 15 avril 2009, paragraphe 78.

⁸⁶⁸ V., en particulier, C. Bories, *Le patrimoine culturel en droit international : les compétences des États à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Pedone, Paris, 2011, 556 p.

et la cohérence d'un système dans des circonstances exceptionnelles de façon à ne pas faire des milieux d'affaires des sociétés fermées, indifférentes »⁸⁶⁹.

Dans la sentence *Joseph Charles Lemire*, le Tribunal a reconnu une telle liberté de l'Etat de définir sa politique culturelle, entendue largement comme incluant la musique locale :

*« As a sovereign State, Ukraine has the inherent right to regulate its affairs and adopt laws in order to protect the common good of its people, as defined by its Parliament and Government. The prerogative extends to promulgating regulations which define the State's own cultural policy. The promotion of domestic music may validly reflect a State policy to preserve and strengthen cultural inheritance and national identity. The "high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders" is reinforced in cases when the purpose of the legislation affects deeply felt cultural or linguistic traits of the community »*⁸⁷⁰.

La question se pose aujourd'hui par rapport à l'environnement, qui apparaît comme une « valeur supérieure au marché »⁸⁷¹. Cependant, il n'est pas évident que sa protection appartienne pour l'instant aux normes de l'ordre public transnational.

Somme toute, tant la notion d'ordre public que son contenu font l'objet d'une constante évolution et ont un caractère profondément dynamique. Leur indétermination permet, de plus, aux arbitres d'avoir toujours une technique à leur disposition pour faire valoir les valeurs de justice et d'équité. Certes, le gouvernement des juges n'est pas bien loin, mais une telle évolution est favorable à la survie du système, qui ne pourrait se fonder exclusivement sur les modifications conventionnelles, toujours plus compliquées et longues.

Il faut, toutefois, noter que même si l'ordre public transnational a servi à affirmer des obligations à la charge des investisseurs, il comprend également des principes s'imposant aux Etats, comme par exemple le standard minimum et l'encadrement du droit de nationaliser. Comme le note Andreas Bucher :

« l'ordre public transnational est (...) appelé à intervenir à l'encontre des mesures prises unilatéralement par l'Etat contractant dans le but de priver la partie étrangère de ses droits contractuels (...) dans un grand nombre d'arbitrages internationaux, l'obligation de l'Etat d'indemniser son cocontractant étranger a été reconnue sur la base d'une référence du droit international public (...). Mais il ne fait pas de doute que cette obligation doit être également imputée à l'Etat lorsque le contrat se borne à

⁸⁶⁹ P. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *JDI*, vol. 116, n° 2, 1989, pp. 305-327, p. 318. V. également J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1999, XV-623 p., p. 413 et s. V. également M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p., p. 231 et s. et p. 472 et s.

⁸⁷⁰ CIRDI, *Joseph Charles Lemire contre Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 21 janvier 2010, paragraphe 505.

⁸⁷¹ L. Chedly, "Ordre public transnational et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313, p. 310.

désigner, comme *lex contractus* la loi de l'Etat contractant et que celle-ci ne prévoit pas d'indemnisation suffisante. Cette obligation et les principes liés à sa mise en œuvre s'appliquent alors en tant qu'éléments de la relation contractuelle fondés sur l'ordre public transnational »⁸⁷².

L'ordre public transnational permet donc de « poser des limites objectives et impératives à l'activité des personnes privées *comme* des personnes publiques »⁸⁷³.

*

Conclusion de la section. Malgré l'évolution du droit international des investissements, certains s'inquiètent encore du fait que l'action des arbitres demeure trop favorable aux investisseurs :

*« There is a real danger that arbitral tribunals, seeing themselves bound by the limits of the treaties upon which their jurisdiction is based, will feel understandably compelled to give a very narrow interpretation of the nature and scope of the IIA obligations to the exclusion of interests other than those of the investor as an alleged victim of regulatory malpractice. If they do not offer a creative interpretation of IIA obligations, which allows for the balancing of investor expectations with those of the wider society in which they operate and which (...) must act as a formative influence of investor expectations, then arbitral tribunals risk being perceived as upholding an increasingly unjust and biased system of existing pro-investor BITs and other IIAs »*⁸⁷⁴.

Cependant, ce risque est aujourd'hui faible, les arbitres ayant pris conscience que leur mission impliquait la prise en compte de l'intérêt général, d'autant que les modifications procédurales les ont placées sous l'œil vigilant du public et leur ont apporté de nouveaux amis – les *amici curiae* – à même de leur donner une vision plus globale du droit international des investissements.

L'œuvre commune des arbitres statuant sous l'égide du CIRDI et des Etats, modifiant leurs perspectives de négociation des traités bilatéraux d'investissement, permet davantage d'équilibre entre les droits des investisseurs et ceux des Etats. La reconnaissance d'une marge

⁸⁷² A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1988, 203 p., p. 108.

⁸⁷³ M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49, paragraphe 100 (en italique dans le texte).

⁸⁷⁴ P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687, p. 683.

de manœuvre des Etats, au travers de précisions conventionnelles ou de la découverte de moyens de défense, restaure leur liberté normative dans la conduite de la politique, qui doit être tournée vers l'intérêt général et non l'intérêt des investisseurs. La mise à la charge, parallèlement, d'obligations pour les investisseurs révèle que dans cet ordre juridique particulier qu'est le droit international des investissements, les Etats ne sont pas les seuls sujets, mais sont rejoints par les personnes privées, individus ou entreprises. Ce nouvel équilibre du droit international des investissements, même s'il est encore tâtonnant, montre la capacité d'adaptation de ce système.

*

Conclusion du chapitre. Le rééquilibrage du droit international des investissements était et est encore nécessaire, tant pour les Etats que pour les investisseurs. Comme le note Walid Ben Hamida :

« Les investisseurs doivent comprendre qu'un régime trop protecteur de leurs droits ne sert pas nécessairement leurs intérêts. Des clauses garantissant les seuls intérêts des investisseurs risquent de susciter des réactions brutales de la part des gouvernements futurs »⁸⁷⁵.

En effet, le rejet du système prôné par certains Etats aurait pu avoir des conséquences graves pour les investisseurs.

Cependant, les Etats, unis par la possibilité de pouvoir tous se trouver en position de défenseurs devant le CIRDI et moins divisés entre Etats importateurs et exportateurs de capitaux trouvent un intérêt commun à un droit respectueux de leur souveraineté et les laissant agir en vue de l'intérêt commun.

Cela ne signifie pas que la crise de légitimité du CIRDI soit terminée. L'équilibre demeure encore instable et les investissements internationaux suscitent encore des controverses idéologiques, qui ne peuvent trouver de solution dans le droit.

Toutefois, il est intéressant de constater la capacité d'évolution de l'ordre juridique international relatif aux investissements. Il a su s'ouvrir à de nouveaux sujets et acteurs, au premier rang desquels figurent, bien évidemment, les investisseurs, mais aussi les

⁸⁷⁵ W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, 4, 2008, pp. 999-1033, p. 1033.

associations, les organisations non-gouvernementales ou les syndicats, faisant de lui un véritable droit international, voire transnational. Même si le droit international des investissements est né du droit conventionnel, on assiste également aujourd'hui à une diversification de ses sources, en particulier avec le développement important des codes de conduite et de la *soft law* en général⁸⁷⁶. Enfin, le système des investissements s'est ouvert à de nouvelles préoccupations.

Ainsi, même si le droit international des investissements jouit d'une certaine autonomie et spécificité, il n'est pas cloisonné et a été attentif aux évolutions de la société internationale, prenant acte du besoin d'une gouvernance mondiale en matière d'environnement, de normes sociales et de droit de l'homme. Le droit international des investissements, usant de sa grande effectivité et de sa modernité, est devenu un vecteur d'influence considérable de la politique internationale.

*

CONCLUSION DU TITRE. L'évolution du droit international des investissements pouvait faire redouter une fragmentation du droit international. En effet, l'expansion et la diversification du droit international ont poussé à s'interroger sur ce risque⁸⁷⁷, en particulier dans le cadre de la

⁸⁷⁶ A. K. Bjorklund et A. Reinisch, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, 344 p.

⁸⁷⁷ V not, A. Pellet, "L'unité ou la fragmentation du système juridique international" in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 294-298 ; P. M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 297, vol. 15, 2002, pp. 553-579 ; M. Koskenniemi et P. Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2002, pp. 553-579 ; R. Huesa Vinaixa et K. Wellens, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2006, XXII-280 p. ; M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p. ; A. Zimmermann et R. Hoffmann, *Unity and Diversity in International Law - Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute for International Law, November 4 - 7, 2004*, Duncker und Humblot, Berlin, 2006, 496 p. ; I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XLVI-1083 p. ; A. Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System ? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 107-125 ; P.-M. Dupuy, "Unification Rather Than Fragmentation of International Law ? The Case of International Investment Law and Human Rights Law" in P.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 597 p. ; J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, 208 p.

Commission du droit international⁸⁷⁸. « Le saucissonnage du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général »⁸⁷⁹ entraînait un risque de conflit et d'incompatibilité. Parallèlement, le développement de juridictions internationales faisait craindre une perte de sécurité juridique :

« Au plan institutionnel, la prolifération des organes de mise en œuvre – surtout des juridictions – de régimes conventionnels spécifiques fait craindre la divergence des jurisprudences et la recherche abusive du for le plus favorable »⁸⁸⁰.

Certes, le CIRDI n'échappe pas à ce risque, d'autant qu'en tant que institution d'arbitrage, il accueille seulement un enchaînement des tribunaux éphémères. Les contradictions de jurisprudence l'ont confirmé⁸⁸¹. Mais, c'est également en grande partie grâce aux tribunaux statuant sous l'égide du Centre que le droit international des investissements n'est pas resté cloisonné et s'est ouvert à plusieurs autres branches, ayant ainsi contribué à l'unité du système international. Il l'a fait, de façon classique, en puisant des principes dans le droit international public, mais aussi dans le droit international privé et dans le droit international économique. En outre, de façon plus moderne, il a donné l'impulsion pour que le droit des investissements s'ouvre à des nouvelles préoccupations, telles que l'environnement, les droits sociaux ou les droits de l'homme en général, préoccupations qui ont ensuite été relayées par les traités bilatéraux d'investissement. Ainsi, le développement du droit international des investissements reflète surtout « l'expansion rapide de l'activité juridique internationale qui se propage dans des domaines nouveaux et la diversification de ses objets et techniques »⁸⁸². Même si des conflits existent encore et si l'équilibre n'est pas parfait, des efforts sont faits vers l'unité du droit international dans son ensemble⁸⁸³ et il semble que ce soit là la clef d'une nouvelle légitimité du droit international des investissements.

Dès lors, même si le droit international des investissements constitue, à n'en pas douter, un ordre juridique, son autonomie ne peut être que relative. Comme le note Martti Koskenniemi :

⁸⁷⁸ En effet, figure au programme de travail de la Commission le sujet : « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ». V. les documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), chapitre IX.A, paragraphes 492-494.

⁸⁷⁹ M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 14.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 270.

⁸⁸¹ Voir *supra*, p. 317 et s. A. Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System ? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 107-125.

⁸⁸² M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., pp. 14-15.

⁸⁸³ Il semble ainsi que la fragmentation du droit en régimes spécifiques n'aboutisse pas à de réels conflits. Voir M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p., p. 271 : « l'émergence de régimes conventionnels spéciaux (qui ne devraient pas être qualifiés d'« autonomes ») n'a pas sérieusement compromis la sécurité juridique, la prévisibilité ni l'égalité des sujets de droit ».

« l'expression « régime autonome » ne convient pas. Il n'existe pas de régime juridique qui serait totalement dissocié du droit international général. On peut même douter qu'une telle dissociation soit possible : un régime ne peut acquérir (ou se voir refuser) force obligatoire (être ou non validé) que par référence à des règles ou principes (valides et contraignants) qui lui sont extérieurs »⁸⁸⁴.

Le droit international des investissements entretient ainsi des relations étroites avec le droit international, qu'il a contribué à développer⁸⁸⁵. Alors que de trop nombreux auteurs ont douté de l'existence du droit international, celle-ci s'est affirmée grâce au droit international des investissements, dont la réalité ressort pleinement des très nombreuses affaires présentées au CIRDI et de l'évolution rapide de cette branche du droit. Comme le note August Reinisch :

« The current boom of investment arbitration demonstrates that the enforcement of treaty and customary law obligations has become a matter of routine in this particular field of international economic law. The increased probability of the actual enforcement of international standards of investment protection if generally welcomed in a system such as the international legal order, which normally suffers from rather weak compliance mechanisms (...). Investment arbitration significantly contributes to the development of general international law by rendering decisions on questions such as attribution of conduct to states, preclusion of wrongfulness, treaty interpretation and other »⁸⁸⁶.

*

CONCLUSION DE LA PARTIE. Le *corpus juris* que constitue le droit international des investissements révèle l'existence d'un ordre juridique. Si l'on reprend les caractères évoqués par Emmanuel Gaillard, au regard de la *lex mercatoria*, pour qualifier un ordre normatif d'ordre juridique :

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁸⁸⁵ V. not., F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512 ; C. McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *ICLQ*, vol. 57, 2008, pp. 361-401 ; M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 683-726 ; F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 607-654.

⁸⁸⁶ A. Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System ? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 107-125, p. 125.

« *Four characteristics are generally found to be the mark of a genuine legal system (ordre juridique) : its completeness, its structured character, its ability to evolve, its predictability* »⁸⁸⁷.

Premièrement, le caractère complet d'un système juridique tient à la possibilité de trouver une réponse à chaque problème de droit s'élevant entre les parties, en recourant, par exemple, à des principes généraux⁸⁸⁸. Il est évident que l'imprécision des traités bilatéraux d'investissement et leurs lacunes ont donné l'occasion aux arbitres de mettre en lumière ce caractère complet de l'ordre juridique international relatif aux investissements.

La deuxième caractéristique s'attache à la structure de cet ordre juridique. Le corps des normes est organisé selon leurs niveaux de généralité et selon leur place dans la hiérarchie des normes. Ainsi, on a vu apparaître récemment un ordre public transnational en droit international des investissements, qui surplombe ce début de pyramide normative. De plus, l'ordre juridique international relatif aux investissements comprend une diversité de normes s'exprimant au travers de principes très généraux – tels que *pacta sunt servanda* ou le principe de la bonne foi – de standards ou encore de règles très précises – comme celles relatives aux prescriptions de résultat ou aux transferts. L'interprétation de chaque norme et leur coordination se font par l'arbitre, à l'aune des autres principes et de la logique spécifique du système relatif aux investissements internationaux⁸⁸⁹.

Troisièmement, l'existence d'un ordre juridique ressort de son caractère évolutif qui permet de prendre en compte les nouveaux besoins de la société qu'il dirige et, ainsi, de pouvoir perdurer. C'est exactement ce qui ressort du développement du droit international des investissements. Tant la jurisprudence du CIRDI que les traités bilatéraux d'investissement tentent de mieux répondre aux besoins de cette société transnationale pour gagner en légitimité et continuer d'exister. Les nouvelles orientations du droit international des investissements et son caractère davantage équilibré révèlent le caractère fondamentalement évolutif de cet ordre juridique.

Enfin, le droit international des investissements assure une certaine prévisibilité et sécurité juridique. La transparence devient une véritable valeur de cet ordre juridique, permettant un accès facilité aux traités, mais aussi à ce qui ressemble toujours davantage à une jurisprudence des tribunaux arbitraux. Même si quelques contradictions – certes fondamentales – persistent, l'accès aux décisions et sentences, mais aussi aux traités permet à tous les opérateurs de cet ordre juridique spécifique – en particulier, les Etats et les investisseurs, mais aussi, par

⁸⁸⁷ E. Gaillard, "Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision-Making?", *Arbitration International*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 59-71, p. 65. V. également la définition de Charles Leben (C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39) reproduite dans l'introduction générale.

⁸⁸⁸ V. not., C. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, 556 p.

⁸⁸⁹ A. Giardina, "International Conventions on Conflict of Laws and Substantive Law" in A. J. Van den Berg, *Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, pp. 459-470.

exemple, les organisations non-gouvernementales et les associations – d’être informés de ses droits et obligations et de l’application qui en sera faite.

Dès lors, le « *corpus juris* » constituant le droit international des investissements vient conforter l’idée selon laquelle il existe bel et bien un ordre juridique international relatif aux investissements, qui est le résultat de l’action conjointe de la jurisprudence du CIRDI et des traités bilatéraux d’investissement, qui ont permis, non seulement sa création, mais aussi son développement et son épanouissement sur la scène internationale.

CONCLUSION GENERALE

Plusieurs ouvrages et articles publiés récemment s'intéressent au futur du droit international des investissements⁸⁹⁰, laissant planer un doute sur sa pérennité. Le droit international des investissements est, en effet, confronté à de nombreux défis, qui touchent les deux phénomènes qui étaient à ses origines, à savoir les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI.

D'une part, les traités bilatéraux d'investissement souffrent d'un relatif désaveu, du fait que le régime international qu'ils ont mis en place n'a pas eu l'effet escompté d'un point de vue économique⁸⁹¹. Celui-ci n'a, en effet, permis ni d'augmenter réellement les flux d'investissement lorsqu'il n'était pas accompagné d'autres mesures, ni d'assurer la croissance et le développement économique. Même la Banque mondiale le reconnaissait, notant que :

*« even the relatively strong protections in BITs do not seem to have increased the flows of investment to signatory developing countries »*⁸⁹².

L'on peut, dès lors, s'interroger, comme Charles Leben au regard des contrats d'Etat, sur la « vie et mort » des traités bilatéraux d'investissement⁸⁹³. Si ceux-ci ont permis l'émergence du

⁸⁹⁰ V. not., A. Reinisch, "The Future of Investment Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 894-916 ; C. A. Rogers et R. P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-375 p. ; I. A. Vincentelli, "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *Independent Research Paper*, 2009, 38 p. ; C. Schreuer, "The Future of Investment Arbitration" in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane et S. Wiessner, *Looking at the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, pp. 787-803.

⁸⁹¹ V. *supra*, p. 120 et s.

⁸⁹² Banque mondiale, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Publications de la Banque mondiale, Washington, D.C., 2003, XXII-219 p., p. XVII.

⁸⁹³ C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386, p. 359 et s.

droit international des investissements, leur avenir paraît compromis par la concurrence exercée par d'autres accords.

En effet, la proportion des traités bilatéraux d'investissement classiques tend à diminuer par rapport à d'autres conventions traitant des investissements. Sur 3 164 accords existant à la fin de l'année 2011, 2 833 étaient des traités bilatéraux d'investissement, ce qui révèle bien l'importance de cet instrument. Cependant, sa progression tend à baisser par rapport à d'autres accords, mettant en oeuvre des politiques régionales d'investissement. Comme le remarque justement la CNUCED :

« Le poids et l'impact économique grandissants des accords régionaux sont mis en évidence par les négociations sur l'investissement en cours dans le cadre de l'Accord de partenariat transpacifique ; l'accord trilatéral d'investissement conclu en 2012 entre la Chine, le Japon et la République de Corée ; l'accord de libre-échange Mexique-Amérique centrale qui comporte un chapitre sur l'investissement ; le fait qu'au niveau de l'UE, ce soit à présent la Commission européenne qui négocie les accords d'investissement au nom de tous les Etats membres de l'UE ; et les développements au sein de l'ASEAN »⁸⁹⁴.

L'autre évolution tient au fait que ces accords ne traitent plus seulement des investissements, mais adoptent une politique économique globale, intégrant, en particulier, les questions liées au commerce. Ainsi, aujourd'hui, les accords plurilatéraux ou multilatéraux de libre-échange apparaissent comme l'avenir du droit international des investissements.

D'autre part, la crise de légitimité que traversait l'arbitrage transnational n'est pas totalement résolue. L'attention attirée par certaines affaires sur le droit international des investissements a vite tourné à la caricature du système, auquel on reproche son manque de transparence, sa privatisation et, surtout, la remise en cause de l'intérêt général au profit des intérêts privés.

En réalité, le droit international des investissements n'est que victime de son succès. Sa densité normative et, surtout, jurisprudentielle, en a fait l'objet de controverses, en grande partie parce l'ordre juridique international n'est pas habitué à un tel dynamisme.

Ainsi, les effets de la crise de légitimité n'ont pas affecté le nombre d'instances arbitrales. Comme le note la CNUCED, 46 nouvelles affaires ont été enregistrées en 2011, ce qui est un record pour les plaintes déposées sur le fondement d'un traité relatif aux investissements. De même, le nombre d'affaires soumises au CIRDI n'a cessé d'augmenter, 32 nouvelles procédures d'arbitrage ayant été enregistrées en 2011, dont 25 sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement. Comme le constate le Rapport d'activité du Centre pour l'année 2011 :

⁸⁹⁴ CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, XXXII-204 p.

« Ces chiffres représentent une augmentation de 20 % par rapport au nombre d'affaires enregistrées au cours de l'exercice 2010 et confirment une tendance à un recours croissant à l'arbitrage entre investisseurs et Etats, tendance qui est apparue au milieu des années 1990 »⁸⁹⁵.

Cela ne signifie, toutefois, pas qu'il ne faille pas entamer une réflexion sur les possibles améliorations du système. Des propositions de réforme du système d'arbitrage mixte ont d'ailleurs vu le jour. L'une des principales préoccupations concerne les contradictions dans la jurisprudence, montrant bien la nature fondamentalement juridictionnelle du CIRDI, sachant qu'on ne reprocherait pas à une simple instance arbitrale son manque de cohérence jurisprudentielle. Plusieurs solutions ont été proposées, passant de l'institution d'un mécanisme d'appel à l'organisation de questions préjudicielles posées à un organe spécifique et permanent⁸⁹⁶, voire même à la mise en place d'une véritable cour mondiale permanente, fonctionnant sur un modèle proche de celui de la Cour internationale de Justice. Ces propositions montrent, en tout cas, le dynamisme de l'arbitrage en matière d'investissement, dont le futur ne semble pas mis en danger.

Surtout, le droit international des investissements dépasse la simple somme de ses éléments constitutifs et, même si le CIRDI et les traités bilatéraux d'investissement essuient quelques critiques, la pérennité du système juridique, mis en place par leur action conjointe, est assurée. L'étude des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, mais surtout du mouvement de va-et-vient qui les unit, a ainsi permis d'identifier un véritable droit international des investissements, fonctionnant de manière cohérente et suivant sa propre logique.

Il faut alors reprendre l'interrogation soulevée en introduction et développée le long de la thèse, liée à la qualification de ce système juridique. En effet, l'identification des caractères de ce droit permet de pousser un peu plus loin l'opération de qualification et de considérer que les interactions entre les traités bilatéraux d'investissement et la jurisprudence du CIRDI ont fait naître un véritable ordre juridique. On peut alors conclure, comme Michel Virally à propos de la *lex mercatoria*, que :

« du point de vue de la théorie du droit, il n'y a (...) aucun scandale à parler d'ordre juridique [relatif aux investissements] distinct à la fois de l'ordre juridique international et des droits nationaux »⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ CIRDI, *Rapport annuel*, Publications du CIRDI, Washington, D.C., 2011, 72 p., p. 25.

⁸⁹⁶ G. Kaufmann-Kohler, "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations : Are there Differences ?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Pub., Hintington, 2004, p. 289 et s. ; G. Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, p. 1 et s.

⁸⁹⁷ M. Virally, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques" in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp. 373-385, p. 385. La comparaison du droit international des investissements à la *lex mercatoria* pourrait être encore poussée, reprenant encore la formule de Michel Virally : « On voit ainsi émerger un système juridique international ou internationalisé, qui serait un droit international véritable (...),

Tel est nécessairement le cas si l'on reprend la théorie institutionnaliste de Santi Romano, selon qui :

« [t]out ordre juridique est une institution et, inversement toute institution est un ordre juridique : il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue »⁸⁹⁸.

Il en est de même si on conçoit l'ordre juridique comme un ordre normatif⁸⁹⁹, conformément aux théories normativistes de Hans Kelsen ou de Herbert Hart, selon lesquels « les ordres juridiques sont uniquement des ensembles de normes »⁹⁰⁰.

Le droit international des investissements dispose d'un système organisé de normes et d'une institution. Dès lors, que l'on s'arrête à la théorie institutionnaliste ou que l'on s'attache à la dimension normative, il ne fait pas de doute que le droit international des investissements peut être qualifié d'ordre juridique.

Plus précisément, il faut vérifier que le droit international des investissements disposent bien des caractères de l'ordre juridique évoqués en introduction, à savoir d'efficacité, d'unité, de cohérence et de complétude⁹⁰¹.

Le droit international des investissements jouit, sans nul doute, d'une grande efficacité, les Etats ayant conscience de l'importance du respect de ses normes pour préserver un climat favorable à l'investissement ; de même que l'activité des tribunaux arbitraux et la facilité d'exécution des sentences arbitrales organisée dans le cadre du CIRDI assure une application effective de ce droit.

L'unité de l'ordre juridique est également assurée, par un « système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même »⁹⁰². Cependant, l'existence d'un « principe unificateur qui ordonne ces normes », au sens de la

à la différence du classique « droit international privé », branche des droits étatiques, mais qui serait de nature privée, à la fois de par ses sources (la volonté des parties à des contrats commerciaux) et par ses mécanismes d'application (l'arbitrage commercial international) » (M. Virally, "Panorama du droit international contemporain - Cours général de droit international public", *RACDI*, t. 183, V, 1985, pp. 1-382, p. 314). V. également J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105, pp. 86-87 : « la notion de système juridique se confond avec celle d'« ordre juridique » ».

⁸⁹⁸ S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p., p. 19.

⁸⁹⁹ M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998, XLI-225 p., p. 9 : « le droit est un ordre normatif (...) il est formé par un ensemble de pouvoirs et d'obligations ordonnant les rapports sociaux et dont la création, la modification, l'abrogation et les relations réciproques résultent de propositions auxquelles on donnera le nom de normes ». V. également G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 207, 1987, pp. 9-463 ; F. De Ly, "Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization" in K. P. Berger, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 179-203.

⁹⁰⁰ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 25.

⁹⁰¹ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 30.

*Grundnorm*⁹⁰³, chère à Hans Kelsen, n'est pas évidente. Certains l'ont, toutefois, identifiée en droit international des investissements, dans l'obligation de traitement juste et équitable :

« *the obligation of a host state to accord fair and equitable treatment to foreign investors is the Grundnorm or basic norm of the international investment regime. The basic purposes of investment treaties, as stated in their titles, are to promote and protect investments. Certainly, neither of those purposes could be achieved if treaties promised foreign investors treatment that was less than fair and equitable* »⁹⁰⁴.

Même si une telle affirmation est contestable et que le traitement juste et équitable subit la concurrence du principe *pacta sunt servanda* pour la place de *Grundnorm*, il demeure que le droit international des investissements est un « système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même »⁹⁰⁵.

Le troisième caractère de l'ordre juridique permet de régler les cas d'antinomie où deux normes du système sont incompatibles. Pour être qualifié d'ordre juridique, il faut alors que ce droit jouisse d'une certaine cohérence, en « permettant aux organes de résoudre les antinomies qui apparaissent dans leur ordre juridique »⁹⁰⁶. Or, les arbitres statuant sous l'égide du CIRDI ont, sans nul doute, su trouver un équilibre dans l'application des différentes normes du droit international des investissements et ils ont, dans l'exercice de leur mission, souvent eu recours aux maximes traditionnelles, telles que *lex posterior derogat priori*, *lex superior derogat inferiori* ou *lex specialis derogat generali*, mais également à des principes généraux, tels que la proportionnalité.

Enfin, la complétude est assurée par la densité normative, mais aussi par le recours très fréquent au juge, qui n'hésitera pas à faire appel aux principes généraux de/du droit⁹⁰⁷ pour combler les éventuelles brèches du droit international des investissements.

Somme toute, on peut conclure, comme Franck Latty le faisait à propos de la *lex sportiva*, que l'ordre juridique international relatif aux investissements :

« se déploie avec une ampleur remarquable, pour régir les activités concernant, même indirectement, [les investissements] ; pour toucher de multiples destinataires, immédiats mais aussi médiats ; pour s'appliquer d'un point de vue géographique de manière souvent universelle »⁹⁰⁸.

⁹⁰³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, XV-496 p., p. 43 : « un « ordre » est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est (...) une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre ». V. également H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1997, 517 p.

⁹⁰⁴ J. W. Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 427-473, p. 453.

⁹⁰⁵ C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39, p. 30.

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁰⁷ V. not. A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat, Paris, 1974, LXIII-504 p.

⁹⁰⁸ F. Latty, *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, XX-849 p., p. 166.

Néanmoins, l'existence d'un ordre juridique spécifique aux investissements ne s'oppose pas à son intégration plus large dans l'ordre juridique international. Le pluralisme rejoint alors le monisme, ce nouvel ordre juridique, que partiel, obéissant au principe de la centralisation, cher à Hans Kelsen, qui :

« fonde la diversité des formations juridiques : elle est la loi qui permet de les ordonner toutes en une série rigoureusement continue, qui, commençant à la simple communauté du contrat de droit civil, aboutit insensiblement à travers l'association, la commune, la province, l'Etat-membre, l'Etat fédéral, l'Etat unitaire, les unions d'Etat ou la communauté du traité international, à la communauté internationale universelle »⁹⁰⁹.

L'ordre juridique international relatif aux investissements s'inscrit alors dans le droit international, imprimant un nouveau mouvement de va-et-vient, favorable à l'évolution du droit international, car, comme l'avait prédit Lassa Oppenheim :

« *And the more important international economic interest grow, the more International Law will grow* »⁹¹⁰.

La perspective d'un nouveau *jus gentium*, né de l'union entre droit international des investissements et droit international général, n'est alors plus très loin⁹¹¹.

⁹⁰⁹ H. Kelsen, "Aperçu d'une théorie générale de l'Etat", *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 43, 1926, p. 561 et s., p. 619.

⁹¹⁰ L. Oppenheim et R. F. Roxburgh, *International Law : A Treatise*, Longmans, Green, Londres, 1905, 2 vol., vol. I, paragraphe 51.

⁹¹¹ A. A. Cancado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *RCADI*, t. 316, 2005, pp. 9-312, p. 34 : « *the conditions are met (...) to move towards the construction of a new jus gentium* ». V. également M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39.

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
Paragraphe 1. Les interactions entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI	9
A. Deux phénomènes distincts	10
1°) Un régime fondé sur des traités bilatéraux	10
2°) D'une instance arbitrale à une juridiction internationale	16
B. « La rencontre des deux phénomènes »	21
1°) Une union favorable à l'apparition d'un droit international des investissements	22
2°) Une opposition révélatrice d'un doute sur l'évolution du droit	25
Paragraphe 2. Le résultat : l'émergence d'un droit international des investissements	28
A. L'existence d'un droit international des investissements	28
1°) Un droit	29
2°) La qualification du système	33
B. Un droit relevant de l'ordre juridique international	37
1°) Une dépendance au droit international	37
2°) Le dépassement du droit international	41
PREMIERE PARTIE UN JUGE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	49
<i>Titre 1 Une institutionnalisation croissante du droit international des investissements</i>	<i>55</i>
Chapitre 1 Le besoin d'un droit international des investissements	57
Section 1. La nécessaire création d'un nouveau régime des investissements	58
Paragraphe 1. Une réglementation difficile des investissements internationaux	58
A. De nouveaux défis pour les investissements à l'étranger	59
1°) L'absence de réglementation des investissements internationaux	59
2°) Un climat hostile à l'investissement international	62
B. A la recherche d'un droit des investissements internationaux	66
1°) Des projets à vocation universelle	68
2°) Des projets internationaux élaborés par une organisation régionale – l'exemple de l'OCDE	71
Paragraphe 2. La mise en place d'un nouveau système	76

A. L'apparition d'un nouveau droit international des investissements	76
1°) La prolifération des traités bilatéraux d'investissement.....	76
2°) L'utilisation de modèles conventionnels.....	80
B. Le besoin d'un nouveau mécanisme de règlement des différends.....	83
1°) Les insuffisances des modes traditionnels de règlement des différends	83
2°) L'arbitrage mixte, seule voie de recours satisfaisante	87
Section 2. La Convention de Washington et les conventions bilatérales d'investissement, supports conjointes de l'instauration du CIRDI	93
Paragraphe 1. L'apparition du système CIRDI	94
A. L'apparition d'une nouvelle institution sur la scène internationale	94
1°) La création du CIRDI	94
2°) Une institution moderne et efficace	99
B. Une institution de la Banque mondiale vouée au règlement des différends	104
1°) Un institution intégrée à la Banque mondiale	104
2°) Un mécanisme complet de règlement des différends	108
Paragraphe 2. La restauration d'un climat favorable aux investissements	114
A. Des efforts conjoints	114
1°) Une politique de développement fondée sur les investissements internationaux	115
2°) L'impact du CIRDI et des conventions bilatérales d'investissement	118
B. Une organisation commune du règlement des différends	124
1°) Des clauses classiques de règlement mixte	125
2°) Des modèles divergents	130
Chapitre 2 L'apparition d'un juge du droit international des investissements.....	139
Section 1. La « découverte » d'un consentement à l'arbitrage dans les conventions bilatérales d'investissement.....	140
Paragraphe 1. Des débuts étonnamment modestes	141
A. Les raisons de la faible activité initiale du CIRDI	141
1°) Le constat d'un relatif échec initial	141
2°) Des raisons empiriques	142
B. Le consentement à l'arbitrage CIRDI, entre classicisme et modernité	143
1°) L'exigence traditionnelle d'un double consentement	143
2°) Les modalités d'offre du consentement	148
Paragraphe 2. Les conventions bilatérales d'investissement, moteur du développement de l'arbitrage CIRDI	153
A. Un consentement révélé.....	154

1°) La vérification de l'existence d'un consentement dans les conventions bilatérales d'investissement.....	154
2°) La « révolution » AAPL	158
B. Arbitrage consenti ou arbitrage forcé ?	167
1°) La surprise née de la découverte d'un consentement à l'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement	168
2°) L'admission de l'arbitrage unilatéral.....	172
Section 2. L'apparition d'un nouveau système né de la relation entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI	177
Paragraphe 1. Une évolution de l'arbitrage relatif aux investissements	177
A. Un recours systématisé au CIRDI	177
1°) Un recours organisé par les accords relatifs aux investissements	178
2°) Le succès du CIRDI.....	181
B. Le changement de configuration de l'arbitrage CIRDI	188
1°) Un consentement « en blanc »	188
2°) Un bouleversement de l'équilibre de l'arbitrage	191
Paragraphe 2. L'affirmation de la spécificité de l'arbitrage CIRDI	196
A. Le droit international des investissements, composante du <i>global administrative law</i> ?	196
1°) L'intégration du droit international des investissements au <i>global administrative law</i>	197
2°) Des doutes demeurant quant à l'existence du <i>global administrative law</i>	203
B. L'indéniable juridictionnalisation de l'arbitrage CIRDI	206
1°) Une juridiction au service des investissements internationaux.....	206
2°) Le développement d'une jurisprudence	209
<i>Titre 2 Un juge doté d'une compétence extensive.....</i>	<i>221</i>
Chapitre 3 Les conventions bilatérales d'investissement, un fondement déterminant de la compétence du Centre	229
Section 1. Le fondement de l'action, source d'influence sur la détermination de la compétence du CIRDI	232
Paragraphe 1. La difficile distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles	232
A. Une distinction incertaine mais nécessaire	233
1°) Des réclamations relevant d'ordres différents	233
2°) Une distinction pourtant incertaine.....	236
B. Une incertitude reflétée dans la jurisprudence	240
1°) Une jurisprudence indécise.....	240
2°) Vers une solution ?.....	245

Paragraphe 2. Une couverture conventionnelle favorable au CIRDI	252
A. Des clauses incertaines	253
1°) Des clauses conventionnelles	254
2°) Un objet de controverses.....	262
B. Une jurisprudence hésitante.....	269
1°) Une hésitation quant à leur domaine d'application	269
2°) Une opposition quant à leur effet.....	275
Section 2. L'influence des conventions bilatérales d'investissement sur la conduite de l'arbitrage CIRDI	284
Paragraphe 1. Des conditions classiques, issues des traités bilatéraux d'investissement.....	285
A. Un arbitrage international n'excluant pas nécessairement l'ordre interne.....	286
1°) Plusieurs options, un choix	287
2°) Un règlement alternatif	296
B. Une interprétation large du champ d'application <i>ratione temporis</i> des conventions bilatérales d'investissement	303
1°) L'application des principes du droit international	304
2°) Les liens entre compétence et applicabilité dans le temps du traité.....	308
Paragraphe 2. Une nouvelle organisation de l'arbitrage par les conventions bilatérales d'investissement	317
A. A la recherche d'une jurisprudence plus cohérente	318
1°) La consolidation des affaires.....	319
2°) L'introduction d'un mécanisme d'appel dans l'arbitrage international relatif aux investissements	326
B. Une plus grande ouverture de la procédure arbitrale	330
1°) La fin de la confidentialité dans l'arbitrage international sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement	331
2°) La participation des tiers à l'arbitrage CIRDI	336
Chapitre 4 La définition d'une compétence extensive	343
Section 1. Une définition extensive de la compétence <i>ratione materiae</i>	344
Paragraphe 1. La difficile délimitation de la compétence <i>ratione materiae</i>	346
A. Des critères de compétence demeurant flous.....	347
1°) La nécessaire existence d'un différend en relation avec un investissement	347
2°) L'impossible définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington	354
B. La recherche d'une définition de la notion d'investissement	360
1°) De nombreuses sources d'inspiration.....	360

2°) L'approche extensive des traités bilatéraux d'investissement	365
Paragraphe 2. La découverte d'une définition de l'investissement soumise à la volonté des Etats	371
A. La découverte de critères de définition	372
1°) Des critères de qualification	373
2°) Leur caractère encore incertain	382
B. Une définition extensive demeurant soumise à la volonté des Etats	390
1°) Une définition extensive de l'investissement	390
2°) Des Etats demeurant maîtres de la définition de l'investissement	399
Section 2. Une définition extensive de la compétence <i>ratione personae</i>	412
Paragraphe 1. La nature divergente des parties à l'arbitrage CIRDI	413
A. La soumission de l'Etat à l'arbitrage CIRDI	414
1°) Un recours conditionné par la ratification de la Convention de Washington	414
2°) La prise en compte des entités paraétatiques dans l'arbitrage CIRDI	420
B. L'admission de l'investisseur dans un arbitrage international contre l'Etat	425
1°) Un investisseur polymorphe	425
2°) La recherche de l'investisseur effectif	430
Paragraphe 2. La recherche de la nationalité de l'investisseur	442
A. Des critères larges	443
1°) La détermination de la nationalité des personnes physiques	444
2°) Les critères d'attribution de la nationalité des personnes morales	450
B. Une compréhension extensive	456
1°) Une interprétation libérale du critère du contrôle	456
2°) Une extension prétorienne	459
SECONDE PARTIE UN REGIME NORMATIF DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL	477
Titre 3 <i>La naissance d'un droit international général des investissements</i>	485
Chapitre 5 L'indétermination du droit international général des investissements	489
Section 1. La nature du droit applicable	490
Paragraphe 1. L'interprétation des clauses relatives au droit applicable	491
A. L'application des principes généraux de l'arbitrage	491
1°) Les limites liées à l'objet de l'instance	492
2°) L'autonomie des parties	493
B. La détermination du droit applicable	497
1°) La place incertaine du droit international	498

2°) L'internationalisation du droit applicable par les traités bilatéraux d'investissement	503
Paragraphe 2. Des ordres juridiques profondément entremêlés	509
A. Un investissement ancré dans l'ordre juridique interne.....	509
1°) Une place accordée au droit interne	510
2°) Un renvoi au droit interne	513
B. Un investissement soumis à l'ordre juridique international	522
1°) L'incertitude sur la réunion des conditions d'émergence de normes coutumières	525
2°) Un phénomène de cristallisation en action	531
Section 2. Traitement juste et équitable et pleine et entière sécurité et protection, standards	
ambivalents du droit international des investissements	539
Paragraphe 1. Une nature indéterminée	541
A. L'autonomie des standards	541
1°) Les liens entre les standards du droit international des investissements et le standard	
minimum	544
2°) La nature des standards	548
B. Des précisions conventionnelles	552
1°) Une formulation divergente	552
2°) Les relations entretenues par les standards	559
Paragraphe 2. Le recours nécessaire à la jurisprudence	564
A. Un contenu précisé	564
1°) Le contenu de la pleine et entière protection et sécurité	565
2°) Les composantes du traitement juste et équitable	569
B. De nouveaux doutes	579
1°) Des précisions conventionnelles	580
2°) Une convergence des différents standards	584
 Chapitre 6 Le renouveau du droit des expropriations	 593
Section 1. Une limitation générale du droit d'exproprier	596
Paragraphe 1. L'expropriation, un droit encadré.....	596
A. Le droit d'exproprier	597
1°) Une reconnaissance unanime	597
2°) La licéité des mesures d'expropriation	600
B. Des précisions du droit international des investissements.....	603
1°) La reprise de conditions classiques	603
2°) Des précisions jurisprudentielles	609
Paragraphe 2. Une compensation assurée	612
A. La recherche d'une formule d'indemnisation	612

1°) L'impossible restitution.....	613
2°) La préférence pour l'indemnisation, nouvelle source d'incertitudes	617
B. La mise en œuvre de l'indemnisation	623
1°) L'évaluation du montant de l'indemnité.....	624
2°) Le paiement de l'indemnité	629
Section 2. La variété des mesures d'expropriation, nouvelle actualité du droit	634
Paragraphe 1. Une conception extensive des expropriations	634
A. La diversité des modalités de l'expropriation	635
1°) Une variété de droits et biens pouvant être soumis à expropriation	636
2°) Une définition extensive des expropriations	640
B. Le caractère essentiel de l'opération de qualification	647
1°) Une pluralité d'indices	647
2°) L'effet de la mesure, unique critère de qualification	652
Paragraphe 2. La préservation de la liberté normative de l'Etat	658
A. La difficile distinction entre expropriation et simple exercice de la liberté normative	659
1°) Un risque grave de déséquilibre entre droits des investisseurs et droits des Etats	660
2°) Une limitation jurisprudentielle du champ des expropriations	665
B. Une préservation conventionnelle de la liberté normative de l'Etat.....	673
1°) Un effort de définition	674
2°) Une précision du champ des expropriations	677
<i>Titre 4 Le développement du droit international des investissements</i>	<i>685</i>
Chapitre 7 Un droit ancré par ses obligations conventionnelles dans l'ordre juridique international....	689
Section 1. Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée, clés de voûte du droit international des investissements	690
Paragraphe 1. Un contenu extensif.....	692
A. Une extension du fait de la nature même des clauses	692
1°) Des règles par nature extensives	693
2°) Une variété de clauses dans les traités bilatéraux d'investissement.....	699
B. Une extension du fait de leur objet	708
1°) Les clauses d'encouragement	709
2°) Les clauses d'admission ou la libéralisation des investissements.....	715
Paragraphe 2. Une portée encore indéterminée	719
A. Des exceptions systématiques	719
1°) De nécessaires tempéraments.....	720
2°) De réelles exceptions	724

B. Une application large des tribunaux CIRDI, mais demeurant soumise aux Etats.....	729
1°) La vérification de la discrimination	730
2°) Une modulation jurisprudentielle des obligations.....	735
3°) Des Etats demeurant maîtres de la portée de leurs obligations.....	748
Section 2. Des autres obligations intégrant le droit international des investissements à l'ordre juridique international	751
Paragraphe 1. L'intégration du droit international des investissements au droit international économique	753
A. Des liens établis entre commerce et investissement.....	753
1°) La recherche d'un régime intégré de l'investissement et du commerce international	754
2°) La prise en compte d'aspects commerciaux dans les traités bilatéraux d'investissement	760
B. L'investissement international au cœur de la politique économique.....	766
1°) Le libre transfert, condition nécessaire à la rentabilité de l'investissement	766
2°) Une approche intégrée de l'investissement international	774
Paragraphe 2. De nouveaux standards, vecteurs d'influence de la politique des Etats	779
A. Une attraction naturelle des droits de l'homme dans le champ du droit international des investissements.....	781
1°) Un investisseur jouissant des droits de l'homme	781
2°) Une réaction face aux dérives des investissements internationaux.....	787
B. L'inclusion de nouvelles obligations dans le droit international des investissements.....	794
1°) L'émergence des droits de l'homme dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.....	794
2°) Une intégration progressive des droits de l'homme dans les traités bilatéraux d'investissement.....	798
 Chapitre 8 Vers un droit international des investissements plus équilibré.....	805
Section 1. La crise de légitimité du droit international des investissements.....	808
Paragraphe 1. Les critiques à l'encontre du droit international des investissements	809
A. Des critiques idéologiques	809
1°) Une critique du libéralisme	810
2°) Intérêt public vs. droits des investisseurs	814
B. Une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat ?.....	817
1°) Une atteinte perçue à la souveraineté.....	818
2°) Le rejet de l'arbitrage international	821
Paragraphe 2. Un possible rejet du système.....	827
A. Un désaveu partagé	827
1°) De nouveaux défendeurs dans l'arbitrage CIRDI	828
2°) Les crises économiques, menace au droit international des investissements	833

B. La dénonciation des traités relatifs aux investissements internationaux	836
1°) Les dénonciations de la Convention de Washington	837
2°) Une possible fin de l'ère des traités bilatéraux d'investissement	844
Section 2. Une réorientation du droit international des investissements	849
Paragraphe 1. Des droits à la faveur des Etats.....	851
A. Des moyens de défense des Etats.....	851
1°) Des moyens de défense tirés du droit international public	852
2°) L'affirmation de la liberté des Etats à agir en temps de crise dans les traités bilatéraux d'investissement.....	865
B. L'affirmation des droits des Etats.....	870
1°) Une affirmation juridictionnelle des droits des Etats	870
2°) Des précisions conventionnelles	879
Paragraphe 2. Des obligations imposées aux investisseurs	889
A. Des obligations découlant des traités bilatéraux d'investissement	890
1°) Des obligations classiques interprétées en vue d'un plus grand équilibre	890
2°) De nouvelles obligations nées d'un besoin d'équilibre.....	896
B. Des obligations découlant du droit international	900
1°) Des obligations internationales s'imposant aux investisseurs.....	900
2°) L'apparition d'un ordre public transnational	905
Conclusion générale	921
Table des matières	927
BIBLIOGRAPHIE ET ANNEXES	939

UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE
U.F.R. de Sciences juridiques, administratives et politiques

L'EMERGENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI – vol. 2 –

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Paris Ouest, Nanterre-La Défense

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Olivia DANIC

le 28 novembre 2012

Jury :

- | | |
|----------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| M. Mathias FORTEAU | Professeur à l'Université Paris ouest, Nanterre La Défense, membre de la Commission du Droit international des Nations Unies |
| M. Franck LATTY | Professeur à l'Université Paris 13 Sorbonne Paris Cité, rapporteur |
| M. Charles LEBEN | Professeur émérite de l'Université Paris II (Panthéon-Assas), rapporteur |
| Maître Loretta MALINTOPPI | Avocat à la Cour de Paris (<i>Eversheds</i>), Vice-Présidente de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale |
| M. Alain PELLET | Professeur à l'Université Paris ouest, Nanterre La Défense, directeur de la recherche |

**BIBLIOGRAPHIE
ET
ANNEXES**

SOMMAIRE

Bibliographie	1
<i>I. Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>	3
<i>II. Ouvrages et monographies</i>	4
<i>III. Contributions</i>	16
<i>IV. Articles</i>	32
<i>V. Documents d'organisations internationales</i>	55
Jurisprudence	59
<i>CIRDI</i>	60
<i>CNUDCI</i>	71
<i>CPJI / CIJ</i>	73
<i>Autres</i>	75
Traités et textes officiels	79
<i>Traités bilatéraux d'investissement</i>	81
<i>Textes officiels</i>	111
Modèles et exemples d'accords	115
Tables et Figures	237

BIBLIOGRAPHIE

I. Recueil des cours de l'Académie de droit international	3
II. Ouvrages et monographies	4
III. Contributions	16
IV. Articles	32
V. Documents d'organisations internationales	55

I. Recueil des cours de l'Académie de droit international

- G. Abi-Saab, "Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 207, 1987, pp. 9-463.
- P. Arminjon, "La notion des droits acquis en droit international privé", *RCADI*, t. 44, 1934, pp. 1-110.
- J. A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *RCADI*, t. 179, 1983, pp. 145-304.
- A. Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States", *RCADI*, t. 136, II, 1973, pp. 331-410.
- A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium", *RCADI*, t. 316, 2005, pp. 9-312.
- P. M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 297, 2002, pp. 553-579.
- I. Fadlallah, "L'ordre public dans les sentences arbitrales", *RCADI*, t. 249, 1996, pp. 369-430.
- F. p. Feliciano, "Legal Problems of Private International Business Enterprises : An Introduction to the International Law of Private Business Associations and Economic Development", *RCADI*, t. 118, 1966, pp. 209-312.
- R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", *RCADI*, t. 176, III, 1983, pp. 259-391.
- P. Juillard, "L'évolution des sources du droit des investissements", *RCADI*, t. 250, VI, 1994, pp. 9-216.
- H. Kelsen, "Théorie générale du droit international public - Problèmes choisis", *RCADI*, t. 42, 1933, pp. 117-351.
- J. F. Lalive, "L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales", *RCADI*, t. 84, III, 1955, pp. 205-396.
- H. Lauterpacht, "La théorie des différends non justiciables en droit international", *RCADI*, t. 34, IV, 1931, pp. 493-654.
- C. Leben, "La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements", *RCADI*, t. 302, 2003, pp. 197-386.
- B. Nolde, "La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels", *RCADI*, t. 39, 1932, pp. 1-130.
- A. Pellet, "L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale", *RCADI*, t. 329, 2007, pp. 13-47.
- P. Reuter, "Principes de droit international public", *RCADI*, t. 103, II, 1961, pp. 425-655.
- G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *RCADI*, t. 269, 1998, pp. 251-460.
- A. p. Sereni, "International Economic Institutions and the Municipal Law of States", *RCADI*, t. 96, 1959, pp. 129-239.
- H. Shawcross, "Le problème des investissements à l'étranger en droit international", *RCADI*, t. 102, I, 1962, pp. 365-393.
- G. Sperduti, "L'individu et le droit international", *RCADI*, t. 90, 1956, pp. 733-849.
- J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", *RCADI*, t. 30, 1929, pp. 195-269.
- H. Triepel, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", *RCADI*, t. 1, 1925, pp. 73-121.
- A. Verdross, "Les règles internationales concernant le traitement des étrangers", *RCADI*, t. 37, III, 1932, pp. 323-412.
- D. Vignes, "La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine: problèmes posés par la Communauté économique européenne", *RCADI*, t. 130, II, 1970, pp. 207-349.
- M. Virally, "Panorama du droit international contemporain - Cours général de droit international public", *RCADI*, t. 183, V, 1985, pp. 1-382.
- P. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", *RCADI*, t. 128, vol. III, 1970, pp. 95-240.

II. Ouvrages et monographies

- F. Abbott, *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of US Federal Law*, Publications de la CNUCED, Genève, 2011, VIII-28 p.
- S. Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, X-176 p.
- D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, XXV-1649 p.
- G. A. Alvarez et W. M. Reisman, *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration - Critical Case Studies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, V-373 p.
- M. Amadio, *Le Contentieux international de l'investissement et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 p.
- C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2003, LXI-881 p.
- C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, XXXII-445 p.
- C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of Specific International Tribunals*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2009, XLVI-574 p.
- C. F. Amerasinghe, *International Arbitral Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, XXX-284 p.
- S. Anderson et S. Grusky, *Challenging Corporate Investor Rule : How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It*, Institute for Policy Studies : Food & Water Watch, Washington, 2007, IX-35 p.
- N. Ando, E. McWhinney, R. Wolfrum et B. Baker Röben, *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Kluwer Law International, La Haye, 2002, XXXV-1635 p.
- D. Anzilotti, *Cours de droit international*, Librairie de Recueils Sirey, Paris, 1929, XII-534 p.
- G. Areou, *La concurrence des procédures de règlement des différends relatifs aux investissements*, Thèse de doctorat, Université de Nice, 2010, 484 p.
- J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC Pub., Paris, 1997, CCVII-672 p.
- J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, ICC Pub., Paris, 2003, CCXXX-617 p.
- A. J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, XXXVII-758 p.
- F. G. Arrieta, *El Modelo Colombiano de Acuerdo para la Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones: Un Estudio Juridico y Pratico*, Thèse de l'Université Pontifica Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Juridicas, Bogota, 2011, 137 p.
- J.-B. Auby et M. R. Freedland, *La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques*, L.G.D.J., Paris, 2004, 250 p.
- J. H. Bamberg, *The History of the British Petroleum Company*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, XXVI-639 p.
- P. R. Barnett, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford University Press, Oxford, 2001, LVI-346 p.
- J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, XV-755 p.
- T. Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2005, XV-251 p.
- W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral*, Thèse de doctorat (Université Paris 2), Paris, 2003, 728 p.

- M. Bennouna, *Droit international du développement : Tiers monde et interpellation du droit international*, Berger-Levrault, Paris, 1983, 335 p.
- J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, 208 p.
- D. Berlin, *Le régime juridique international des accords entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Thèse de doctorat, Paris, 1981, 823 p.
- P. Bernardini, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Rome, 2008, XVI-542 p.
- C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, LXVI-970 p.
- R. D. Bishop, J. Crawford et W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes - Cases, Materials, and Commentary*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, LV-1653 p. .
- A. K. Bjorklund et A. Reinisch, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, 344 p.
- N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, Turin, 1960, 218 p.
- N. Bobbio, *Essais de théorie du droit (Recueil de textes)*, LGDJ, Paris, 1998, 286 p.
- K. H. Böckstiegel, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, Athenäum Verlag, Franckfort, 1971, 432 p.
- E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, or The Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1915, XXXVII-988 p.
- C. Bories, *Le patrimoine culturel en droit international : les compétences des Etats à l'égard des éléments du patrimoine culturel*, Pedone, Paris, 2011, 556 p.
- M. Bouhacene, *Droit international de la coopération industrielle*, Editions Publisud, Paris, 1982, 488 p.
- H. Bourguiba et F. Kemicha, *Proceedings of the First Euro-Arab Arbitration Conference : Port El Kantaoui, Tunisia, 24-27 Sept. 1985*, Lloyds of London Press, Londres, 1987, IX-370 p.
- D. F. Bradford, R. Schlieckert et S. H. Shore, *The Environmental Kuznets Curve : Exploring a Fresh Specification*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2000, 37 p.
- J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, Clarendon Press, Oxford, 1963, XV-442 p.
- I. Brownlie, *System of the Law of Nations - State Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1986, XVI-302 p.
- I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon, Oxford, 2008, XXXI-646 p.
- A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1988, 203 p.
- I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XLVI-1083 p.
- M. Bungenberg, *International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2012, 2000 p.
- M. Bungenberg, J. Grierbel et S. Hindelang, *International Investment Law and EU Law (European Yearbook of International Economic Law/Special Issue)*, Springer, Heidelberg, 2011, XII-171 p.
- C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence - Arthur Rousseau, Paris, 1896, LXI-595 p.
- A. Cançado Trindade et M. E. Ventura Robles, *El futuro de la Corte interamericana de derechos humanos*, San José, 2004, 321 p.
- A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2010, XIX-726 p.
- A. A. Cançado Trindade et M. M. Alfredo, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2003, 64 et 66 p.
- T. E. Carbonneau, *Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration*, Juris/Juris Net, Yonkers, 1999, XXII-1160 p.

- T. E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, Juris Publishing, Huntington, 2007, XXIV-729 p.
- R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Recueil Sirey, Paris, 1922, 2 vol. (XX-837 p. et XIV-638 p.).
- D. Carreau, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, Editions Cujas, Paris, 1970, 530 p.
- D. Carreau et p. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2010, XI-770 p.
- D. Carreau, p. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1980, XIX-631 p.
- D. Carreau, p. Juillard et T. Flory, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 1990, 725 p.
- M. Carss-Frisk, *Le droit de propriété - Un guide sur la mise en oeuvre de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe - Précis sur les droits de l'homme, Strasbourg, 2003, 47 p.
- S. Cassese, *Global Administrative Law Cases, Materials, Issues*, Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione / New York University Institute for International Law and Justice, Rome-New York, 2008, 246 p.
- G. Cavazos Villanueva, *Fair and Equitable Treatment Standard - In International Investment Law : The Mexican Experience*, VDM Verlag, Sarrebruck, 2008, 212 p.
- CEDIN, *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Montchrestien, Paris, 1990, 327 p.
- H. J. Chang, *Kicking Away the Ladder*, Anthem Press, Londres, 2002, 187 p.
- R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, Paris, 2002, 203 p.
- B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, LI-490 p.
- J. Chevallier, *Le Droit en procès*, Presses universitaires de France, Paris, 1983, 230 p.
- J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2010, XXVI-820 p.
- P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law : Legal Aspects of Political Risk*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, 1996, XXIX-448 p.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique (9ème éd.)*, PUF, Paris, 2000, 1095 p.
- V. Coussirat-Coustère et p. M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, Martinus Nijhoff Publishing, Dordrecht, 1989, XXXIV-546 p. et XXVI-872 p.
- W. L. Craig, W. W. Park et J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1990, XVI-952 p.
- J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : introduction, texte et commentaires*, Pedone, Paris, 2003, XVI-461 p.
- J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, XXXIII-387 p.
- C. Crépet Daigremont, *La clause de la nation la plus favorisée*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2009, 791 p.
- P. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, XVI-1119 p.
- P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, 1709 p.
- P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2002, 1510 p.
- R. David, *Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Economica, Paris, 1987, 152 p.
- A. de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2010, 698 p.
- E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, Appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Librairie de Guillaumin, Paris, 1758, XXVI-541 p.
- C. De Visscher, *La responsabilité des Etats*, Brill, Leyde, 1924, 119 p.
- M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006, 303 p.
- A. Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection : Fair and Equitable Treatment*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, XXVIII-628 p.

- R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p.
- R. Dolzer et M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1995, XIX-330 p.
- I. I. Dore, *Arbitration and Conciliation under the UNCITRAL Rules : A Textual Analysis*, Martinus Nijhoff, Boston, 1986, IX-239 p.
- Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p.
- A. Dreher, *Does Globalization Affect Growth ? Evidence from a New Index of Globalization*, TWI, Konstanz, 2005, 32 p.
- C. F. Dugan, D. Wallace Jr, N. Rubins et B. Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, XXV-791 p.
- J.-P. Dunand, p. Mahon et J. Broquet, "*Le droit décloisonné*", *interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess éd. romandes, Genève, 2009, 535 p.
- P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2012, XXX-929 p.
- P.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XLVIII-597 p.
- R. J. Dupuy, *Humanité et droit international - Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, XXXIV-382 p.
- S. J. Eagle, *Regulatory Takings*, LexisNexis, Newark, 2005, 750 p.
- T. Eggertsson, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, XV-385 p.
- J. Esser, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Lohr Siebeck, 1990, XX-394 p.
- J. E. S. Fawcett, *The Havana Charter*, Stevens, London, 1951, 21 p.
- E. Fernández Masiá, *Arbitraje en inversiones extranjeras: El procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, Valence, 2004, 365 p.
- G. Feuer et H. Cassan, *Droit international du développement*, Dalloz, Paris, 1991, XXX-612 p.
- W. A. Fischel, *Regulatory Takings : Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, XI-415 p.
- G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Grotius Publications, Cambridge, 1986, 2 vol., XLI-860 p.
- M. Flory, *Droit international du développement*, Presses universitaires de France, Paris, 1977, 336 p.
- L. Fontaine, *Droit et pluralisme : actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 398 p.
- A. W. Ford, *The Anglo-Iranian Oil Dispute of 1951-1952*, University of California Press, Berkeley, 2003, XII-348 p.
- P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris, 1965, X-611 p.
- P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, X-1225 p.
- J. Fourret, D. Khayat, A. Pellet et S. Beaulac, *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruylant, Bruxelles, 2009, XXIV-710 p.
- A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, H. Vaillant-Carmanne, Liège, 1938, XVI-408 p.
- W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens, Londres, 1964, XVI-410 p.
- W. Friedmann, L. Henkin et O. J. Lissitzyn, *Transnational Law in a Changing Society : Essays in Honor of Philip C. Jessup*, Columbia University Press, New York, 1972, VIII-324 p.
- H. Fung, S. A. Law et J. Yau, *Socially Responsible Investment in a Global Environment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, X-180 p.
- E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, Paris, 2004, IV-1105 p.
- E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2008, 240 p.

- E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI, Volume II, 2004-2008*, Pedone, Paris, 2010, V-750 p.
- E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2004, III-499 p.
- F. V. Garcia Amador, L. B. Sohn et R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry, New York, 1974, XIV-402 p.
- S. Garcia Ramirez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San Jose, 2005, X-1228 p.
- B. Garner et H. Black, *Black's Law Dictionary*, Thomson Reuters, Saint Paul, 2009, XXXI-1920 p.
- J. L. Gazzaniga, X. Larrouy-Castera, p. Marc et J. p. Ourliac, *Le droit de l'eau*, Litec, Paris, 2011, X-547 p.
- C. Gérard, *Obligation de vigilance et due diligence en droit international public - La responsabilité de l'Etat pour les dommages ne trouvant pas leur cause directe dans son fait illicite dans l'ordre juridique international*, Thèse de doctorat (Université Paris I), Paris, 2009, 477 p.
- J. Gilissen, *La pluralisme juridique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1972, 332 p.
- A. Gilles, *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, X-511 p.
- S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 1992, XIV-387 p.
- M. C. Graciarena, *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 215 p.
- L. Granato, *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Juan Carlos Martínez Coll, Belgrano, 2005, 176 p.
- J. p. Grant, J. C. Barker et C. Parry, *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oceana Publications, New York, 2005, XI-641 p.
- J.-C. Graz, *Aux sources de l'OMC : La charte de La Havane, 1941-1950*, Droz, Genève, 1999, XXVI-367 p.
- G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, Paris, 1935, 299 p.
- M. Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121, Washington, 2003, 36 p.
- H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, X-263 p.
- A. Hasenclever, p. Mayer et V. Rittberger, *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, X-248 p.
- F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1973 / 1976 / 1979, III vol.
- M. Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, XIV-264 p.
- F. Horchani, *L'investissement inter-arabe - Recherche sur la contribution des conventions multilatérales arabes à la formation d'un droit régional des investissements*, CERP, Tunis, 1992, 548 p.
- F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, 338 p.
- N. Horn et S. Kröll, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, XXXI-481 p.
- R. Huesa Vinaixa et K. Wellens, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2006, XXII-280 p.
- D. A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1978, XI-354 p.
- N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, Editions Internationales, Paris, 1930, 425 p.
- J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, 342 p.
- M.-L. Jaime, *L'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2008, 1030 p.
- P. C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, 113 p.

- P. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, Paris, 2002, 123 p.
- F. Johns, *International Legal Personality*, Ashgate, Farnham, 2010, XXIX-522 p.
- A. Joxe, *Le Chili sous Allende*, Editions Gallimard/Jilliard, Paris, 1974, 268 p.
- P. Kahn, C. Leben, E. Loquin et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, XXII-728 p.
- P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde-Boston, 2007, XXXV-1036 p.
- A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984, 602 p.
- H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, XXXIII-516 p.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit - Introduction à la science du droit*, Éditions de La Baconnière, Neuchâtel, 1953, 205 p.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, XV-496 p.
- H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, Paris, 1997, 517 p.
- H. Kelsen, *Essais français de droit international - Textes réunis par Charles Leben*, PUF, Paris, 2001, 316 p.
- J. J. Kerr et R. H. Smit, *Comparison of International Arbitration Rules*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2008, 250 p.
- M. N. Kinnear, A. K. Bjorklund et J. F. G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 974 p.
- R. Kläger, *"Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, XXVI-354 p.
- R. Kolb, *La bonne foi en droit international public : Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, XLI-756 p.
- R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2003, 434 p.
- R. Kolb, *Interprétation et création du droit international - Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 959 p.
- F. Krappel, *Die Havanna Charta und die Entwicklung des Weltrahstoffhandels*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975, 128 p.
- S. D. Krasner, *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, X-372 p.
- A. Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, XXIX-378 p.
- H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1997, IX-670 p.
- F. Latty, *La lex sportiva - Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Leyde, 2007, XX-849 p.
- H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, Londres, 1958, XII-408 p.
- J. L. Laviee, *Promotion et protection des investissements*, PUF, Paris, 1985, 331 p.
- C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, 396 p.
- C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, 345 p.
- P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Economica, Paris, 1985, XVI-354 p.
- L. Legrand, *La contribution au développement économique de l'Etat*, Mémoire de Master II, Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 2011, 137 p.
- W. Lienhard, *Le rôle et la valeur de l'ordre public : en droit privé interne et en droit privé international*, Sirey, Paris, 1934, 251 p.
- R. B. Lillich et C. N. Brower, *International Arbitration in the 21st Century : Towards "Judicialization" and Uniformity? Twelfth Sokol Colloquium*, Transnational Publishers, Irvington, 1994, XII-302 p.

- C. Lipson, *Standing Guard : Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, Berkeley, 1985, XVII-332 p.
- Y. Loussouarn, p. Bourel et p. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 2007, XIII-1025 p.
- Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, Paris, 1969, X-1036 p.
- A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, XLIV-776 p.
- K. L. Lynch, *The Forces of Economic Globalization - Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, XII-466 p.
- L. Magliorino, *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, A. Giuffrè, Milan, 1989, VIII-255 p.
- M. Malik, *Fair and Equitable Treatment*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2009, IV-28 p.
- M. Malik, *The Full protection and Security Standard Comes of Age : Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration ?*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2012, III-14 p.
- S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : Trente années d'activité du CIRDI*, Litec, Paris, 2004, XIII-727 p.
- F. A. Mann, *The Legal Aspect of Money*, Clarendon Press, Oxford, 1992, LXIII-599 p.
- H. Mann et K. von Moltke, *Southern Agenda on Investment ? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development Pub. , Winnipeg, 2005, 22 p.
- H. L. Mann, *Comments on ICSID Discussion Paper, " Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration"*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2004, 17 p.
- I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-429 p.
- K. E. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Peterson Institute, Washington, 2000, XVII-266 p.
- D. C. McLachlan, L. Shore et M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2007, LII-474 p.
- P.-Y. Monjal, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, LGDJ, Paris, 2000, XIV-629 p.
- S. Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration : Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Hart Publishing, Oxford, 2009, XLIV-416 p.
- J. F. Morin, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, Publications du Centre International UNISFERA, Montréal, 2003, 9 p.
- P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 767 p.
- P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, LXV-1282 p.
- K. Nathan, *ICSID Convention: The Law of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Juris Publishing, Inc., Yonkers, 2000, 220 p.
- A. p. Newcombe, *Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law : When is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation be Paid?*, University of Toronto, Toronto, 1999, 195 p.
- A. p. Newcombe et L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Wolters Kluwer Law & Business, Austin, 2009, XXX-614 p.
- L. W. Newman et R. D. Hill, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Juris Pub., Huntington, 2008, XXX-858 p.
- E. C. Nieuwenhuys, *Multilateral regulation of investment*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, VI-244 p.
- J. E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality : An Inquiry into the History and Theory of International Law*, T.M.C. Asser, La Haye, 2004, XVIII-494 p.
- D. C. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, VIII-152 p.

- C. Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en développement*, Publications de l'OCDE, Paris, 1984, 154 p.
- L. Oppenheim, R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law (9ème éd.)*, Longman, Londres, 1992, LXXXVI-1333 p.
- L. Oppenheim et R. F. Roxburgh, *International Law : A Treatise*, Longmans, Green, Londres, 1905, 2 vol.
- B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Presses universitaires de France, Paris, 1998, 127 p.
- B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1999, XII-156 p.
- F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris, 1992, XIII-515 p.
- F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, 596 p.
- M. Paparinskis, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 320 p.
- W. Park, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2006, CXII-663 p.
- K. Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2011, XLIII-413 p.
- J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, XLVII-488 p.
- J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, XXVI-279 p.
- J. Paulsson, N. Blackaby et L. Reed, *Guide to ICSID arbitration*, Kluwer Law International, Boston, 2011, XVII-468 p.
- J. Paulsson et G. Petrochilos, *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, 2006, 51 p.
- M. Pébereau, *Economie politique contemporaine*, A. Colin, Paris, 2002, 351 p.
- A. Pellet, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse de doctorat, Paris, 1974, LXIII-504 p.
- A. Pellet, *Le droit international du développement*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, 127 p.
- C. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, 556 p.
- L.-E. Pettiti, E. Decaux et p.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, XLV-1230 p.
- R. Pisillo Mazzeschi, *"Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati*, Giuffrè, Milan, 1989, XIV-418 p.
- R. Plaisant, *L'organisation internationale du commerce*, Pedone, Paris, 1950, 224 p.
- R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, XXIV-333 p.
- J. F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2002, XI-1179 p.
- S. Prasasvinitchai, *La clause facultative de juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice (article 36 paragr. 2 du statut)*, Thèse de droit, Université de Paris, 1962, 198 p.
- P. Protopsaltis, *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers - Réflexions sur un cadre juridique inachevé*, Thèse d'obtention de doctorat, Université Paris I, 2008, 791 p.
- D. J. Puchala et R. F. Hopkins, *Regimes and Political Theory Lessons from Inductive Analysis*, American Political Science Association, Washington, 1980, 75 p.
- S. F. Puvimanasinghe, *Foreign Investment, Human Rights and the Environment - A Perspective from South Asia on the Role of Public International Law for Development*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, XXXVI-284 p.
- A. H. Qureshi, *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2002, XII-338 p.
- A. H. Qureshi, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, XXVIII-417 p.

- A. H. Qureshi et X. Gao, *International Economic Law : Critical Concepts in Law*, Routledge, Milton Park, 2011, 6 vol.
- J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1999, XV-623 p.
- J. Rapley, *Understanding Development : Theory and Practice in the Third World*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, 1996, VII-205 p.
- A. Redfern et M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2009, LVIII-613 p.
- L. Reed, J. Paulsson et N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, Londres, 2004, XII-224 p.
- A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XXXVI-264 p.
- A. Reinisch, *Recent developments in International Investment Law*, Pedone, Paris, 2009, 81 p.
- A. Reinisch et C. Knahr, *International Investment Law in Context*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, VIII-207 p.
- P. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, p. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965 (colloque SFDI)*, Pedone, Paris, 1969, IV-194 p.
- D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF-Flammarion, Paris, 1819, 379 p.
- F. Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1977, 486 p.
- S. Ripinsky et K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute for International & Comparative Law, Londres, 2008, XXXVIII-561 p.
- P. Robinson, *The Question of a Reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, United Nations, New York, 1986, IV-22 p.
- C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, XXVIII-375 p.
- S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, XXII-174 p.
- S. Rose-Ackerman et J. Tobin, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries : The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Law & Economics Research Paper No. 293, New Haven, 2005, 51 p.
- A. H. Roth, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, AW Sijthoff, Leyde, 1949, 194 p.
- D. Rothman et S. Bruyn, *The Environmental Kuznets Curve*, Elsevier, Amsterdam, 1998, 229 p. .
- C. Rousseau, *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, XXVIII-346 p.
- C. Rousseau, *Droit international public. Tome V, Les Rapports conflictuels*, Sirey, Paris, 1983, XVI-504 p.
- A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - The Fordham Papers 2007*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XXX-336 p.
- A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation - The Fordham Paper 2008*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, XLIX-382 p.
- S. J. Rubin et R. W. Nelson, *International Investment Disputes : Avoidance and Settlement*, West Group, Saint Paul, 1985, 112 p.
- M. Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, XXI-1058 p.
- N. Rubins et N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oceana Publication, New York, 2005, XL-769 p.
- B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration - Principles and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XXIII-256 p.
- J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2010, XXXVI-517 p.
- E. Salmon Garate, *Jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, GTZ, Lima, 2010, 3 vol., 102, 73 et 88 p.

- J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, XLI-1198 p.
- C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, XI-584 p.
- J. P. Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Gabler, Hamburg, 2010, XXII-239 p.
- K. P. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, XXIII-447 p.
- K. P. Sauvant et L. E. Sachs, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009, LXII-732 p.
- E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Presses universitaires de Grenoble, Saint-Martin-d'Hères, 1972, IV-372 p.
- G. Scelle, *Precis de droit des gens*, Recueil Sirey, Paris, 1932/1934, 2 vol. (XV-312 p. ; 558 p.).
- G. Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public - avec les textes essentiels*, Domat-Montchrestien, Paris, 1943, 745 p.
- S. W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 490 p.
- C. Schreuer, *State Immunity : Some Recent Developments*, Grotius Publishing, Cambridge, 1988, 195 p.
- C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch et A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXXIV-1524 p.
- G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, Stevens, Londres, 1969, XXIII-237 p.
- S. M. Schwebel, *Justice in International Law : Selected Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, XI-630 p.
- I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, XVIII-138 p.
- C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Paris, 2001, XIV-571 p.
- SFDI, *Aspects du droit international économique : Elaboration, contrôle, sanction - Actes du colloque d'Orléans*, Pedone, Paris, 1971, 221 p.
- SFDI, *Les Nations Unies et le droit international économique*, Pedone, Paris, 1986, VII-383 p.
- SFDI, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Pedone, Paris, 1999, 140 p.
- SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, 545 p.
- SFDI, *Le sujet en droit international : colloque du Mans*, Pedone, Paris, 2005, 170 p.
- SFDI, *La nécessité en droit international - Colloque de Grenoble*, Pedone, Paris, 2007, 384 p.
- W. Shan, p. Simons et D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford, 2008, XLVI-470 p.
- Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2003, LXIX-348 p.
- M. Shapiro, *Courts : A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, Chicago, 1986, IX-245 p.
- D. R. Shea, *The Calvo Clause : A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955, 340 p.
- I. F. I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment : "The World Bank Guidelines"*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, XVII-468 p.
- A. C. S. Silva, *Le consentement dans l'arbitrage CIRDI (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements)*, Thèse de doctorat, Université Paris I, 2009, 738 p.
- G. Skouras, *Takings Law and the Supreme Court : Judicial Oversight of the Regulatory State's Acquisition, Use, and Control of Private Property*, p. Lang, New York, 1998, X-177p.
- H. Smets, *Le droit à l'eau*, Académie de l'eau, Nanterre, 2002, XV-160 p.
- A. Smith, *Wealth of Nations*, Methuen & Co., Ltd., Londres, 1776, 590 p.

- J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, XVIII-821 p.
- J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, 268 p.
- M. Sørensen, *Manual of Public International Law*, St. Martin's Press, New York, 1968, LXV-930 p.
- M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge Univ Press, Cambridge, 2010, XXX-524 p.
- S. Subedi, *International Investment Law : Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, XX-229 p.
- F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2010, 925 p.
- R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, XII-189 p.
- C. J. Tams, *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, Institut für Wirtschaftsrecht, Halle-Wittenberg, 2006, 50 p.
- B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, Paris, 1975, XVI-328 p.
- C. Tietje, K. Nowrot et C. Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID*, Institute of Economic Law Martin Luther University, Halle, 2008, 37 p.
- G. Timsit, *Thèmes et systèmes de droit*, Presses universitaires de France, Paris, 1986, 205 p.
- M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, Paris, 2003, 127 p.
- M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, 294 p.
- I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XXXII-315 p.
- D. F. Vagts, *The Question of a Reference to International Obligations in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: A Different View*, United Nations, New York, 1986, IV-17 p.
- A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation, Antwerp, 1981, XV-466 p.
- A. J. van den Berg, *Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, XI-616 p.
- A. J. van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, XI-627 p.
- A. J. van den Berg, *International Arbitration 2006 : Back to Basics? International Arbitration Congress, Montréal, 31 May - 3 June 2006*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, XIII-957 p.
- A. J. van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, IX-472 p.
- G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, XXXII-214 p.
- K. J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1992, XIII-232 p.
- K. J. Vandeveld, *United States International Investment Agreements*, Oxford University Press, New York, 2009, XIX-330 p.
- K. J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2011, XII-562 p.
- J. Verhoeven, *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 856 p.
- J. Verhoeven, *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Larcier, Bruxelles, 2004, 283 p.
- F. O. Vicuna, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, XXIII-156 p.
- M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Presses Universitaires de France, Paris, 1990, 504 p.
- M. Virally, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998, XLI-225 p.

- L. C. Vohrah, *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, XXVIII-1032 p.
- R. von Jhering, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, Paris, 1901, 400 p.
- J. O. Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, XXXVIII-363 p.
- M. Waibel, *The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, LIV-614 p.
- T. W. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, Pedone, Paris, 2004, 77 p.
- P. S. Watson, J. E. Flynn et C. C. Conwell, *Completing the World Trading System : Proposals for a Millennium Round*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, XXVI-427 p.
- J. R. Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2012, XLIX-262 p.
- P. Weil, *Ecrits de droit international : Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, Paris, 2000, 423 p.
- T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, 850 p.
- T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2008, X-346 p.
- T. Weiler et F. Baetens, *New Directions in International Economic Law - In Memoriam Thomas Wälde*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, XVII-591 p.
- R. G. Wetzel et D. Rauschnig, *The Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux préparatoires*, Alfred Metzner Verlag, Francfort, 1978, 543 p.
- C. Wilcox, *A Charter for World Trade*, Macmillan Co., New York, 1949, XVIII-334 p.
- J. Williamson, *Latin American Adjustment : How Much Has Happened?*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 1990, XV-445 p.
- F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, VIII-281 p.
- A. Zimmermann et R. Hoffmann, *Unity and Diversity in International Law - Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute for International Law, November 4 - 7, 2004*, Duncker und Humblot, Berlin, 2006, 496 p.
- A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C. J. Tams et T. Thienel, *The Statute of the International Court of Justice: a Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2006, XXXIV-1577 p.
- E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Pedone, Paris, 1975, XXI-392 p.

III. Contributions

- M. I. M. Aboul-Enein, "Arbitration of Foreign Investment Disputes: Responses to the New Challenges and Changing Circumstances" in A. J. van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 181-191.
- P. Acconci, "Most-Favoured-Nation Treatment" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 363-406.
- M. K. Addo, "The Corporation as a Victim of Human Rights Violations" in M. K. Addo, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, pp. 187-197.
- R. Aguirre Luzi, "BITs & Economic Crisis: Do States have *Carte Blanche*?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 165-188.
- A. S. Alexandroff et I. A. Laird, "Compliance and Enforcement" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1171-1187.
- S. A. Alexandrov, "Enforcement of ICSID Awards : Articles 53 and 54 of the ICSID Convention" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 322-337.
- A. H. Ali et K. Tallent, "The Effect of BITs on the International Body of Investment Law : The Significance of Fair and Equitable Treatment Provisions" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 199-221.
- J. E. Alvarez, "The Once and Future Foreign Investment Regime" in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane et S. Wiessner, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* Martinus Nijhoff, La Haye, 2010, pp. 607-648.
- S. D. Amarasingha et J. Kokott, "Multilateral Investment Rules Revisited" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 119-153.
- H. Ascensio, "La notion de juridiction internationale en question" in C. d. L. d. I. S. f. p. I. D. international, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, pp. 163-202.
- B. Audit, "L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat : bilan et perspectives" in A. d. d. i. d. L. Haye, *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, pp. 23-76.
- B. Audit, "Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales hors CIRDI" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 247-262.
- B. Audit, G. Burdeau et e. al., "Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2004, pp. 185-202.
- N. Baccouche, "Incitations aux investissements et concurrence entre Etats" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 61-71.
- V. Balas, "Review of Awards" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1125-1153.
- Y. Banifatemi, "Defending Investment Treaty Awards : is There an ICSID Advantage" in A. J. Van den Berg, *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 318-326.
- S. Barbier et E. Cujo, "La nationalisation et l'expropriation" in p. Daillier, G. de La Pradelle et H. Ghérari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 685-698.

- G. Bastid-Burdeau, "Nationalisations : le retour ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 257-261.
- M. A. Bekhechi, "Droit international et investissement international : Quelques réflexions sur des développements récents" in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement : Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, pp. 109-124.
- W. Ben Hamida, "The Mihaly v. Sri Lanka Case : Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 47-76.
- W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 195-221.
- W. Ben Hamida, "La clause relative au respect des engagements dans les traités d'investissement" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 53-106.
- W. Ben Hamida, "MFN and Procedural Rights : Solutions from WTO Experience?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 231-246.
- W. Ben Hamida, I. Fadlallah, p. Mayer et A. Mourre, "L'enchevêtrement des procédures - Table ronde" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 129-142.
- A. Bencheneb, "Sur l'évolution de la notion d'investissement" in p. Kahn, E. Loquin, C. Leben et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 177 et s.
- P. Bernardini, "ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 159-188.
- C. Binder, "Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 608-630.
- A. Bjorklund, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 456-523.
- A. K. Bjorklund, "National Treatment" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 29-58.
- A. K. Bjorklund, "State Immunity and the Enforcement of Investor-state Arbitral Awards" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 302-321.
- K. H. Böckstiegel, "Arbitration of Foreign Investment Disputes - An Introduction" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 125-131.
- G. B. Born et E. G. Shenkman, "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-state International Arbitration" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 5-42.
- G. Bottini, "Protection of Essential Interests in the BIT Era" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 145-163.
- A. Broches, "Chairman's Report on the Preliminary Draft of the Convention" in CIRDI, *Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Publications du CIRDI, Washington, 1964, pp. 261 et s.
- A. Broches, "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes " in J. C. Schultz et A. J. Van den Berg, *Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Peter Sanders*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1982, pp. 63-72.
- C. H. Brower, "Reflections on the Road Ahead : Living with Decentralization in Investment Treaty Arbitration" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 339-356.

- C. N. Brower, M. Ottolenghi et p. Prows, "The Saga of CMS : *Res Judicata*, Precedent and the Legitimacy of ICSID Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 843-864.
- T. Büthe et H. Milner, "Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis" in K. p. Sauvant et L. E. Sachs, *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 171-224.
- L. M. Caplan, "Making Investor-State Arbitration more Accessible to Small and Medium-sized Enterprises" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 297-311.
- D. Caron, W. Park, C. Schreuer et p. Bekker, "Are the ICSID Rules Governing Nationality & Investment Working ? (Table ronde)" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 119-144.
- D. Carreau, "Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés" in p. Kahn, *Droit et monnaie - Etats et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 399-407.
- D. Carreau, "Commerce et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 19-30.
- S. Cassese, "Is There a Global Administrative Law?" in A. von Bogdandy, *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Springer, Berlin, 2010, pp. 761-776.
- L. Chedly, "Ordre public transnational et investissement" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 289-313.
- J. Chevallier, "L'ordre juridique" in J. Chevallier, *Le Droit en procès*, Presses universitaires de France, Paris, 1983, pp. 7-49.
- J. Coe et N. Rubins, "Regulatory Expropriation and the *Tecmed Case* : Context and Contributions" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 597-667.
- J. J. Coe, "The Mandate of Chapter 11 Tribunals - Jurisdiction and Related Questions" in T. Weiler, *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, Ardsley, 2004, p. 215-238.
- A. Cohen Smutny, "Claims of Shareholders in International Investment Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 363-376.
- L. Condorelli, "Premier protocole additionnel. Article 1" in L.-E. Pettiti, E. Decaux et p.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, pp. 971-997.
- G. Cordero Moss, "Full Protection and Security" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 131-150.
- G. Cordero Moss, "Tribunal's Powers versus Party Autonomy" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1207-1244.
- G. Cordero Moss, "Commercial Arbitration and Investment Arbitration : Fertile Soil for False Friends?" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 782-797.
- J. Crawford et A. Pellet, "Anglo Saxon and Continental Approaches to Pleading before the ICJ - Aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C.I.J" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Nijhoff, Leyde, 2008, pp. 831-867.
- C. Crépet Daigremont, "Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 107-162.

- C. Crépet Daigremont, "L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 453-516.
- A. Crivallero, "Actualité du contrôle des sentences arbitrales CIRDI" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 221-246.
- H. Cunningham, "Multinationals and Restructuring in Latin America" in C. J. Dixon, D. W. Drakakis-Smith et H. D. Watts, *Multinational Corporations and the Third World*, Croom Helm, Londres, 1986, p. 46 et s.
- F. De Ly, "Emerging New Perspectives Regarding *Lex Mercatoria* in an Era of Increasing Globalization" in K. p. Berger, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Verlag, Heidelberg, 2000, pp. 179-203.
- J. Delaney et D. Barstow Magraw, "Procedural Transparency" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 721-789.
- W. S. Dodge, "Investment Treaties between Developed States : The Dilemma of Dispute Resolution" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 165-181.
- R. Dolzer, "The Notion of Investment in Recent Practice" in S. Charnovitz, D. p. Steger et p. van den Bosche, *Law in the Service of Human Dignity : Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 261 et s.
- R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : Judicially Manageable Criteria" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 83-95.
- R. Dolzer, "Contemporary Law of Foreign Investment : Revisiting the Status of International Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 818-829.
- C. Dominicé, "La clause CIRDI dans les traités bilatéraux suisses de protection des investissements" in W. Haller, *Im Dienst an der Gemeinschaft : Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag*, Belbing & Lichtenhahn, Basel, 1989, pp. 457-477.
- C. Dubois, "Distinction droit public - droit privé et application du second en droit administratif" in J. Broquet, J.-P. Dunand et p. Mahon, *"Droit décloisonné", interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Schulthess éd. romandes, Genève, 2009, p. 261 et s.
- P. Duprey, "Do Arbitral Awards Constitute Precedents? Should Commercial Arbitration Be Distinguished in this Regard from Arbitration Based on Investment Treaties" in E. Gaillard, *Towards a Uniform International Arbitration Law*, Juris Publishing, Huntington, 2005, p. 251 et s.
- P.-M. Dupuy, "Sur les rapports entre sujets et "acteurs" en droit international contemporain" in A. Cassese et L. C. Vohrah, *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 261-278.
- P.-M. Dupuy, "Retour sur la théorie des sujets du droit international" in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, Naples, 2004, pp. 71-85.
- P.-M. Dupuy, "Unification Rather Than Fragmentation of International Law ? The Case of International Investment Law and Human Rights Law" in p.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 597 p.
- M. Endicott, "Remedies in Investor-State Arbitration : Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 517-552.
- A. A. Escobar, "Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 219-236.
- I. Fadlallah, "La notion d'investissement : vers une restriction à la compétence du CIRDI ?" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, p. 259 et s.

- I. Fadlallah, "La distinction treaty-claims - contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI : faisons-nous fausse route ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 205-218.
- G. Farjat, "Réflexions sur les codes de conduite privés" in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 47 et s.
- G. Farjat, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés" in J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 151 et s.
- S. Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable Treatment" Standard" in *Nationality and Investment Treaty Claims*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 183-193.
- L. Y. Fortier, "The Canadian Approach to Investment Protection: How Far We Have Come !" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 525-543.
- P. Fouchard, "Arbitrage et droit international du développement" in *Droit international et développement - Actes du colloque international tenu à Alger du 11 au 14 octobre 1976*, Office des publications universitaires, Alger, 1978, 492 p.
- P. Fouchard, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie" in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395.
- E. Gaillard, "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international" in *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, pp. 203-217.
- E. Gaillard, "The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Huntington, 2004, pp. 223-241.
- E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - the SGS Cases Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Juris Publishing, Inc., Huntington, 2005, pp. 325-346.
- E. Gaillard, "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 403-416.
- E. Gaillard, "Reconnaître ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 17-32.
- N. Gara, "Les nouveaux instruments du consentement à l'arbitrage CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 45-52.
- O. M. Garibaldi, "On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 251-278.
- R. Geiger, "Investissement et développement : une approche multilatérale" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 33-48.
- H. Gherari, "Les acteurs non étatiques et le contentieux économique international : l'exemple des investisseurs étrangers" in S. Laghmani et R. Ben Achour, *Les acteurs non étatiques et le droit international*, Pedone, Paris 2007, p. 319.
- A. Giardina, "International Conventions on Conflict of Laws and Substantive Law" in A. J. Van den Berg, *Planning Efficient Arbitration Proceedings : The Law Applicable in International Arbitration*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, pp. 459-470.
- B. Goldman, "Observations" in C. SFDI, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 51.

- I. Gómez-Palacio et p. Muchlinski, "Admission and Establishment" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 227-258.
- T. J. Grierson-Weiler et I. A. Laird, "Standards of Treatment" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 259-304.
- M. C. Griton Salias, "Do Umbrella Clauses Apply to Unilateral Undertakings ? " in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 490-496.
- L. Halonen, "Containing the Scope of the Umbrella Clause" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 27-38.
- V. Heiskanen, "Arbitrary and Unreasonable Measures" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 87-110.
- M. Heymann, "Unity and Diversity with Regard to International Treaty Law" in A. Zimmermann et R. Hofmann, *Unity and Diversity in International Law*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, pp. 217-240.
- M. Hirsch, "Interactions between Investment and Non-Investment Obligations" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 154-181.
- M. Hirsch, "Compliance with Investment Treaties : When are States More Likely to Breach or Comply with Investment Treaties?" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 865-876.
- K. Hobér, "State Responsibility and Attribution" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 549-583.
- K. Hobér, "MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties : Have we Reached the End of the Road?" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 31-41.
- A. K. Hoffmann, "Indirect Expropriation" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-170.
- F. Horchani, "Le développement au coeur de la définition de la notion d'investissement ?" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XIXème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 49-80.
- W. Hummer, "Investment Rules in Regional Integration Agreements in Latin America : The Case of the Andean Pact/Andean Community" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 561-590.
- C. Jarrosson, "Des arbitres sans contrôle ?" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 263-270.
- W. C. Jenks, "Multinational Entities in the Law of Nations" in W. Friedmann, L. Henkin et O. Lissitzyn, *Transnational Law in a Changing Society*, Columbia University Press, New York, 1972, pp. 70-83.
- A. Joubin-Bret, "Admission and Establishment in the Context of Investment Protection" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 9-28.
- A. Joubin-Bret, "BITs of the Last Decade: A Ticking Bomb for States?" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 145-156.
- P. Juillard, "Rapport" in SFDI, *Les Nations Unies et le droit international économique*, Pedone, Paris, 1986, p. 101 et s.
- P. Juillard, "Conclusions générales" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 315-323.
- P. Kahn, "Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage" in *Les investissements et le développement économique des pays du Tiers-monde*, Pedone, Paris, 1968, pp. 179-213.

- P. Kahn, "L'extension de la notion d'investissement" in J. Bourrinet, *Les investissements français dans le Tiers Monde*, Economica, Paris, 1984, pp. 111-121.
- P. Kahn, "A propos de l'ordre public transnational : quelques observations" in J.-F. Gerkens et H. Peter, *Mélanges Fritz Sturm*, Editions juridiques de l'Université de Liège, Liège, 1999, pp. 1539-1550.
- P. Kahn, "Investissements internationaux et droits de l'homme" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 95-109.
- P. Kahn, "Les définitions de l'investissement international" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 11-16.
- S. Kallel, "Droit de l'investissement et propriété intellectuelle" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre (Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp. 53-60.
- I. Kalnina et D. Di Pietro, "The Scope of ICSID Review: Remarks on Selected Problematic Issues of ICSID Decisions" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 221-250.
- G. Kaufmann-Kohler, "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations : Are there Differences ?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Pub., Hintington, 2004, p. 289 et s.
- G. Kaufmann-Kohler, "Is Consistency a Myth?" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Precedent in International Arbitration*, Juris Pub, New York, 2008, pp. 137-147.
- E. Kentin, "Economic Crisis and Investment Arbitration : The Argentine Cases" in P. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2007, pp. 629-667.
- Kessedjian, "Les actions civiles pour violation des droits de l'homme, aspects de droit international privé" in C. f. d. i. privé, *Travaux du comité français de droit international privé*, Pedone, Paris, 2002, p. 151 et s.
- C. Kessedjian, "La mondialisation du droit : défi pour la codification" in Y. Lequette et L. Leveneur, *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1804-2004.
- C. Kessedjian, "To Give or Not to Give Precedential Value to Investment Arbitration Awards?" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 43-68.
- B. Kingsbury, N. Krisch et D. p. Stewart, "L'émergence du droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012, (à paraître).
- B. Kingsbury et A. Pellet, "Regards croisés sur le développement d'un droit administratif global" in C. Bories, *Un droit administratif global ?*, Pedone, Paris, 2012, (à paraître).
- M. N. Kinnear et A. Diop, "Use of the Media by Counsel in Investor-State Arbitration" in A. J. van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 40-54.
- C. Knahr, "Investment in Accordance with the Host State Law" in A. Reinisch et C. Knahr, *International Investment Law in Context*, Eleven International Pub., Utrecht, 2008, p. 27 et s.
- C. Knahr, "Investment "in the Territory" of the Host State" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 42-53.
- A. Kolo et T. W. Wälde, "Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 205-243.
- A. Kotera, "Regulatory Transparency" in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 617-636.
- R. Kovar, "La compétence du CIRDI" in C. S. d. Dijon, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965* Pedone, Paris, 1969, p. 25 et s.
- S. D. Krasner, "Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables" in B. A. Simmons et R. H. Steinberg, *International Law and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 3-17.

- U. Kriebaum, "Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 417-463.
- U. Kriebaum et C. Schreuer, "The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law" in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, Zürich, 2007, pp. 1-20.
- D. Krishan, "A Notion of ICSID Investment" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 61-84.
- S. M. Kröll, "Arbitration" in J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2006, pp. 78-90.
- I. Laird, "A Community of Destiny – The Barcelona Traction Case and the Development of Shareholder Rights to Bring Investment Claims" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 77-96.
- I. Laird, "A Distinction Without a Difference ? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v. Jordan* and *Methanex v. USA*" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, p. 201 et s.
- P. Lalive, "Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris 1991, pp. 301-321.
- C. B. Lamm, H. T. Pham et A. K. Meise Bay, "Consent and Due Process in Multiparty Investor-State Arbitrations" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 54-76.
- F. Latty, "L'O.C.D.E. et l'encadrement juridique de l'investissement" in p. Daillier, H. Ghérari et G. de la Pradelle, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2003, pp. 727-731.
- E. Lauterpacht, "The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes" in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 1968, pp. 642-664.
- C. Leben, "Retour vers la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci" in *Mélanges offert à Hubert Thierry : l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, p. 247 et s.
- C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements" in S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre*, Pedone, Paris, 1999, pp. 7-32.
- C. Leben, "Quelques réflexions théoriques à propos du contrat d'Etat" in p. Kahn, E. Loquin, C. Leben et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Dijon, 2000, p. 119 et s.
- C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 9-23.
- C. Leben, "La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 163-184.
- P. Leboulanger, "L'arbitrage international Nord-Sud" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 323-340.
- P. Leboulanger, B. Stern, G. Sacerdoti, p. Juillard et A. Crivallero, "La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 345-361.
- B. Legum, "The Introduction of an Appellate Mechanism: the US Trade Act of 2002" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards*, Juris Publishing, Huntington, 2004, pp. 289-296.
- B. Legum, "Defining Investment and Investor : Who is Entitled to Claim ?" in OCDE, *Symposium on Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, Publications de l'OCDE, Paris, 2005, 6 p.

- B. Legum, "La Réforme du CIRDI : vers une Juridictionnalisation de l'arbitrage transnational?" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre (actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006)*, Pedone, Paris, 2006, pp.283-288.
- B. Legum, "Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes" in K. p. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 231.
- S. Lemaire, "La recevabilité des demandes de l'actionnaire étranger" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 31-44.
- L. Liberti, "Investissements et droits de l'homme" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Maubeuge, 2007, pp. 791-852.
- C. Liebscher, "Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21 st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 105-128.
- R. B. Lilich, "The Law Governing Disputes under Economic Development Agreements : Reexamining the Concept of "Internationalization"" in R. B. Lillich et C. N. Brower, *International Arbitration in the 21st Century : Towards "Judicialization" and Uniformity? Twelfth Sokol Colloquium*, Transnational Publishers, Irvington, 1994, pp. 61-114.
- E. Loquin, "A la recherche d'une jurisprudence arbitrale" in A. Ponsard, *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. Mélanges en l'honneur du Président André Ponsard*, Litec, Paris, 2003, p. 217.
- L. Malintoppi, "Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 789-829.
- L. Malintoppi, "Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings : what Parties Request and what Tribunals Order" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 157-184.
- S. Manciaux, ""Les mesures équivalentes à une expropriation" dans l'arbitrage international relatif aux investissements" in F. Horchani, *Où va le droit international de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006*, Pedone, Paris, 2007, pp. 73-94.
- S. Manciaux, "Actualité de la notion d'investissement international" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 145-173.
- F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments" in F. A. Mann, *Further Studies in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 234-251.
- H. Mann, "The Right of States to Regulate and International Investment Law : A Comment" in CNUCED, *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp. 211-224.
- I. Marboe, "Compensation in International Investment Law and Arbitration" in A. Bjorklund, I. A. Laird et S. Ripinsky, *Remedies in International Investment Law. Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2009, pp. 29-40.
- I. Marboe, "ICSID Annulment Decisions : Three Generations Revisited" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 200-220.
- F. Marrella, "L'individu et le droit international économique" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En Hommage aux Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 191-238.
- J. Matringe, "La compétence *ratione temporis* et l'applicabilité du traité dans le temps" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 45-83.

- P. Mayer, "La règle morale dans l'arbitrage international" in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 379-402.
- P. Mayer, "Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international" in *Liber Amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Litec, Paris, 2004, XII-361 p.
- P. Mayer, "La protection de l'investisseur par les traités sur l'investissement est-elle excessive ?" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p.195-200.
- A. J. Menaker, "What the Explosion of Investor-State Arbitrations May Portend for the Future of BITs" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 157-164.
- M. Merle, "Le concept de transnationalité" in *Humanité et droit international - Mélanges René-Jean Dupuy*, Pedone, Paris, 1991, pp. 223-231.
- A. Mezghani, "L'arbitrage et les impératifs de développement" in CERP, *Les entreprises tunisiennes et l'arbitrage commercial international*, Impr. officielle de la République tunisienne, Tunis, 1981, pp. 59-83.
- C. S. Miles, "Where's My Umbrella ? An "Ordinary Meaning" Approach to Answering Three Key Questions That Have Emerged from the "Umbrella Clause Debate" in T. J. Grierson Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 3-27.
- P. Muchlinski, "Attempts to Axtend the Accountability of Transnational Corporations: the Role of UNCTAD" in M. T. Kamminga et S. Zia-Zarifi, *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2000, pp. 97-117.
- P. Muchlinski, ""Caveat Investor"? : The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard" in F. Ortino, *Nationality and Investment Treaty Claims. Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2007, pp. 205-236.
- P. Muchlinski, "Policy Issues" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 3-48.
- P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 637-687.
- P. Muchlinski, "The Diplomatic Protection of Investors: A Tale of Judicial Caution" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 341-362.
- P. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" in A. Qureshi et X. Gao, *International Economic Law : Critical Concepts in Law*, Routledge, New York, 2011, pp. 96-149.
- D. Müller, "L'investissement étranger : tentative d'identification" in p. Daillier, G. de la Pradelle et H. Gherari, *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp. 645-650.
- M. D. Nolan et F. G. Sourgens, "Limits Of Consent–Arbitration Without Privity And Beyond" in M. A. Fernandez-Bellesteros et D. Arias, *Liber Amicorum for Bernardo Cremades*, La Ley, Las Rozas, 2010, 62 p.
- Y. Nouvel, "Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 25-52.
- Y. Nouvel, "Les relations économiques internationales à l'heure de la transparence" in J.-M. Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 177-190.
- Y. Nouvel, "La compétence matérielle : contrat, traité et clauses parapluie" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 13-30.
- OCDE, "Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements" in *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Publications de l'OCDE, Paris, 2008, pp. 7-100.

- U. Onwuamaegbu, "Using Treaties to Define Rules of Procedure in Investor-State Arbitration : The CAFTA Example" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 69-88.
- A. Parra, "Applicable Law in Investor-State Arbitration" in A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 3-12.
- A. R. Parra, "ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID Be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?" in A. S. o. I. Law, *Proceedings of the 101st Annual Meeting*, ASIL, Washington, 2000, pp. 41-43.
- J. Paulsson, "What Authority do International Arbitrators have over States" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 132-165.
- J. Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in G. Asken, K.-H. Böckstiegel et M. J. Mustill, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, Paris, 2005, pp. 601-617.
- J. Paulsson, "Avoiding Unintended Consequences" in K. p. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 241-265.
- J. Paulsson et Z. Douglas, "Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 145-158.
- A. Pellet, "A New International Legal Order ? What Legal Tools for what Changes?" in F. Snyder et p. Slinn, *International Law of Development; Comparative Perspectives*, Professional Books, Abindgon, 1987, pp. 117-135.
- A. Pellet, "L'unité ou la fragmentation du système juridique international" in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 294-298.
- A. Pellet, "La *lex mercatoria*, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 53-74.
- A. Pellet, "Complementarity of International Treaty Law, Customary Law, and Non-Contractual Law Making" in R. Wolfrum et V. Röben, *Developments of International Law in Treaty-Making*, Springer, Berlin, 2005, pp. 409-415.
- A. Pellet, "Article 38" in A. Zimmermann, C. Tomuschat et K. Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 784.
- A. Pellet, "Adieu Philippines - Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international" in *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle - Mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Pedone, Paris, 2009, pp. 97-110.
- E.-U. Petersmann, "Human Rights, Constitutionalism and Public Reason in Investor-State Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 877-893.
- C. Philip et J.-Y. de Cara, "Nature et évolution de la juridiction internationale" in SFDI, *La juridiction internationale permanente*, Pedone, Paris 1987, pp. 3-43.
- B. Poulain, "L'investissement international, définition ou définitions" in p. Kahn et T. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 123-150.
- A. Qureshi, "An Appellate System in International Investment Arbitration?" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 1154 et s.
- A. Qureshi, "The Economic Emergency Defence in Bilateral Investment Treaties: A Development Perspective" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 631-635.
- H. Raeschke-Kessler et D. Gottwald, "Corruption" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 584-616.

- K. Rastegar, "Denouncing ICSID" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 278-301.
- A. Redfern, "Investor-State Arbitrations : a Bridge too Far?" in G. Aksen, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, International Chamber of Commerce (ICC), Paris, 2005, pp. 665-675.
- C. Reiner et C. Schreuer, "Human Right and International Investment Arbitration" in p.-M. Dupuy, F. Francioni et E.-U. Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp.82-96.
- A. Reinisch, "Legality of Expropriations" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 171-205.
- A. Reinisch, "Expropriation" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 407-459.
- A. Reinisch, "The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System ? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 107-125.
- A. Reinisch, "The Future of Investment Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 894-916.
- A. Reinisch et L. Malintoppi, "Methods of Dispute Resolution" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 691-720.
- P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public" in C. Rousseau, *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, Paris, 1950, pp. 535-552.
- P. Reuter, "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" in p. Reuter, R. Kovar, L. Siorat, p. Lalive, B. Goldman et A. Broches, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées : la Convention BIRD du 18 mars 1965*, Pedone, Paris, 1969, p. 4 et s.
- F. Rigaux, "Souveraineté des États et arbitrage transnational" in p. Fouchard et p. Kahn, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1987, p. 279.
- A. Rigo Sureda, "Precedent in Investment Treaty Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 830-842.
- R. Rivier, "La multiplication des recours : consolidation, *res judicata* et litispendance" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 85-114.
- H. Rolin, "Vers un ordre public réellement international" in *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, pp. 441-462.
- E. S. Romero, "Quelques brèves observations du point de vue de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 331-344.
- S. Rose-Ackerman et J. L. Tobin, "Do BITs Benefit Developing Countries?" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 131-144.
- N. Rubins, "The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 283-324.
- N. Rubins, "Les pays exportateurs de capitaux comme défendeurs dans l'arbitrage relatif à l'investissement : l'affaire *Loewen c. Etats-Unis*" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-neuve, 2006, pp. 237-280.
- N. Rubins, "MFN Clauses, Procedural Rights and a Return to the Treaty Text" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 213-229.

- N. Rubins et A. Canivet, "Les modifications récentes du règlement CIRDI" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 175-188.
- P. Ruegger, "Des clauses arbitrales et de juridiction dans les conventions internationales récentes" in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Faculté de droit de l'Université de Genève / Institut universitaire des hautes études internationales, Genève, 1968, pp. 687-701.
- B. Sabahi, "The Calculation of Damages in International Investment Law" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux - New Aspects of International Investment Law*, Nijhoff, Leyde, 2007, pp. 553-595.
- B. Sabahi, "National Treatment : is Discriminatory Intent Relevant?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 269-297.
- M. Salem, "Investissement international et droit international" in C. Leben, E. Loquin et M. Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, p. 367-388.
- C. Santulli, "Clause *electa una via* et clause de règlement judiciaire national préalable dans l'arbitrage relatif à l'investissement international" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 115-122.
- S. W. Schill, "5. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law" in S. W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 151-183.
- E. C. Schlemmer, "Investment, Investor, Nationality, and Shareholders" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 49-88.
- C. Schreuer, "The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements" in K. Wellens, *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, Martinus Nijhoff Publishing, La Haye, 1998, pp. 719-735.
- C. Schreuer, "Three Generations of ICSID Annulment Proceedings" in E. Gaillard et Y. Banifatemi, *Annulment of ICSID Awards: A New Investment Protection Regime in Treaty Arbitration*, Juris Pub, Huntington, 2004, pp. 17-42.
- C. Schreuer, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims - the *Vivendi I* Case Considered" in T. Weiler, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Londres, 2005, pp. 281-324.
- C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law" in p.-M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw et K.-P. Sommermann, *Common Values in International Law - Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N. p. Engel Verlag, Cologne, 2006, pp. 601-619.
- C. Schreuer, "The Dynamic Evolution of the ICSID System" in R. Hofmann et C. J. Tams, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 15-30.
- C. Schreuer, "Investment Protection and International Relations" in A. Reinisch et U. Kriebaum, *The Law of International Relations - Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2007, pp. 345-358.
- C. Schreuer, "Preliminary Rulings in Investment Arbitration" in K. p. Sauvant, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 207-212.
- C. Schreuer, "What is a legal dispute?" in I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet et S. Wittich, *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2008, pp. 959-979.
- C. Schreuer, "Consent to Arbitration" in C. Schreuer, p. Muchlinski et F. Ortino, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 830-867.
- C. Schreuer, "Interrelationship of Standards" in A. Reinisch, *Standards in Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-7.
- C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards" in C. Ribeiro et G. Coop, *Protection and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 63-100.

- C. Schreuer, "Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 183-198.
- C. Schreuer, "Belated Jurisdictional Objections in ICSID Arbitration" in M. A. Fernandez-Ballesteros et D. Arias, *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, Las Rozas, 2010, pp. 1081-1097.
- C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment" in A. K. Hoffmann, *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration - Diversity and Harmonisation*, Association suisse de l'arbitrage, Bâle, 2010, pp. 125-135.
- C. Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung et C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, Austin, 2010, pp. 353-368.
- C. Schreuer, "Interactions of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law" in A. W. Rovine, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2010*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2011, pp. 71-94.
- C. Schreuer, "The Future of Investment Arbitration" in M. H. Arsanjani, J. K. Cogan, R. D. Sloane et S. Wiessner, *Looking at the Future - Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, pp. 787-803.
- C. Schreuer et U. Kriebaum, "At What Time Must Legitimate Expectations Exist?" in J. Werner et A. H. Ali, *A Liber Amicorum: Thomas Wälde - Law Beyond Conventional Thought*, Cameron May, Londres, 2009, pp. 265-276.
- C. Schreuer et U. Kriebaum, "From Individual to Community Interest in International Investment Law - Essays in Honour of Bruno Simma" in U. Fastenrath, R. Geiger, D. E. Khan, A. L. Paulus, S. Schorlemer et C. Vedder, *From Bilateralism to Community Interest*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 1079-1097.
- C. Schreuer et M. Weiniger, "A Doctrine of Precedent?" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1188-1206.
- S. Schwebel, "The Severability of the Arbitration Agreement" in S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Grotius Publications, Cambridge, 1987, pp. 1-60.
- S. Schwebel, "The Judgement of the International Court of Justice in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)" in CPA, *Resolution of International Water Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 247-258.
- S. M. Schwebel, "The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty and Denial of Justice in International Law" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 519-521.
- A. Sheppard, "Arbitrator Independence in ICSID Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum et A. Reinisch, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 131-156.
- I. F. I. Shihata, "Le CIRDI et les pays en voie de développement et plus particulièrement les pays arabes" in H. Bourguiba et F. Kemicha, *Proceedings in the First Euro-Arab Arbitration Conference*, Lloyds of London Press, Londres, 1987, p. 89 et s.
- B. Simma et T. Kill, "Harmonizing Investment Protection and International Human Rights : First Steps towards a Methodology" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 678-707.
- A. Sinclair, "ICSID's Nationality Requirement" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 85-118.
- A. Sinclair, "Bridging the Contract/Treaty Divide" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 92-104.
- M. Snoussi, "La cohérence de la jurisprudence du CIRDI" in F. Horchani, *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Pedone, Paris, 2006, pp. 259-282.
- M. Sornarajah, "Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment" in A. Anghie, B. Chimni, K. Mickelson et O. Okafor, *The Third World and International Order: Law Politics and Globalization*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2003, pp. 173-190.

- M. Sornarajah, "Right to Regulate and Safeguards" in CNUCED, *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp. 205-210.
- M. Sornarajah, "The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 273-296.
- O. Spiermann, "Applicable Law" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 89-118.
- O. Spiermann, "Premature Treaty Claims" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 463-489.
- B. Stern, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires?" in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI - Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, CNRS/Litec, Dijon, 2000, pp. 223-244.
- M. Stevens, A. Bjorklund, M. Carlson et A. de Gramont, "Is There a Need for the Necessity Defense for Investment Law?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington, 2008, pp. 189-209.
- I. Szasz, "Some Disputable Issues in Investment Treaty Arbitration And in Contractual Arbitration of Foreign Investment Disputes" in A. J. Van den Berg, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp. 192-199.
- S. Tabet, "Beyond The Smoking Gun - Is A Discriminatory Objective Necessary to Find a Breach of National Treatment ?" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, Huntington 2008, pp. 299-314.
- G. S. Tawil, "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 9-30.
- C. H. Thuan, "Sociétés transnationales et droits de l'homme. Essai de synthèse sur les travaux des Nations Unies" in R. Draï, *Multinationales et droits de l'homme*, PUF, Amiens, 1984, p. 43 et s.
- C. Tomuschat, "The European Court of Human Rights and Investment Protection" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 636-656.
- E. Ustor, "The Law of the Most-Favoured-Nation Clauses - Its Codification - Some Contested Issues" in *Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto Ago*, A. Giuffrè, Milan, 1987, pp. 491-503.
- J. J. van Haersolte-van Hof et A. K. Hoffmann, "The Relationship between International Tribunals and Domestic Courts" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 962-1007.
- H. E. Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity"" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 597-628.
- P. Vellas, "Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujet du droit international" in *Mélanges Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1974, pp. 749-788.
- J. Verhoeven, "Conclusions" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 363-373.
- M. Virally, "Un tiers droit ? Réflexions théoriques" in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, pp. 373-385.
- K. von Moltke, "FDI in Mining : Discrimination and Non-discrimination" in OCDE, *Foreign Direct Investment and the Environment. Lessons from the Mining Sector*, Publications de l'OCDE, Paris, 2002, pp. 141-156.
- M. Waibel, "BIT by BIT : the Silent Liberalization of the Capital Account" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 497-518.

- T. Wälde, "Where's My Umbrella? A Look Inside the Umbrella Clause - Panel Discussion" in T. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet, New York, 2008, pp. 39-57.
- T. W. Wälde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience" in N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, La Haye, 2004, pp. 193-236.
- T. W. Wälde, "The Specific Nature of Investment Arbitration" in p. Kahn et T. W. Wälde, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2007, pp. 43-120.
- T. W. Wälde, "Interpreting Investment Treaties : Experiences and Examples" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 724-781.
- T. W. Wälde, "Asymetries and Equality of Arms under the Shadow of the Dual Role of the State : Procedural Challenges of Arbitrating against States in Investment Disputes" in C. Leben, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, pp. 271-314.
- T. W. Wälde et B. Sabahi, "Compensation, Damages, and Valuation" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1049-1125.
- P. Weil, "Le droit international économique : Mythe ou réalité" in SFDI, *Aspects du droit international économique : Elaboration, contrôle, sanction*, Pedone, Paris, 1972, pp. 1-34.
- P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique" in *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 307 et s.
- F. Weiss, "Trade and Investment" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182-223.
- F. Weiss, "Inherent Powers of National and International Courts : the Practice of the Iran-US Claims Tribunal" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 185-199.
- M. Wierzbowski et A. Gubrynowicz, "Conflict of Norms Stemming from Intra-EU Bits and EU Legal Obligations : some Remarks on Possible Solutions" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 544-560.
- L. Wildhaber et I. Wildhaber, "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 657-677.
- K. Williams, "Jurisdiction and Admissibility" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 868-931.
- J. Williamson, "A Short History of the Washington Consensus" in A. Qureshi et X. Gao, *International Economic Law : Critical Concepts in Law*, Routledge, New York, 2011, pp. 45-61.
- S. Wilske et M. Raible, "The Arbitrator as Guardian of International Public Policy ? Should Arbitrators go beyond Solving Legal Issues?" in C. A. Rogers et R. p. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 249-272.
- G. R. Woodman, "Pluralisme juridique" in A. J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.
- J. Yackee, "Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment" in K. p. Sauvant et L. E. Sachs, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flow*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 379-394.
- F. Yala, "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI : Actualité d'un critère de compétence controversé (les affaires Salini, SGS et Mihaly)" in C. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 281-306.

- K. Yannaca-Small, "Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement" in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130.
- K. Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard : Recent Developments" in A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 111-130.
- K. Yannaca-Small, "Parallel Proceedings" in p. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1008-1048.
- G. Zeiler, "Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings" in C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch et S. Wittich, *International Investment Law for the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 76-91.
- R. Ziadé, "Mesures conservatoires (tribunal arbitral et tribunal étatique)" in C. Leben et B. Audit, *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux - Aspects récents*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, 346 p.
- S. Zia-Zarifi, "Protection without Protectionism: Linking a Multilateral Investment Treaty and Human Rights" in E. C. Nieuwenhuys et T. A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Kluwer Law International, La Haye, 2001, pp. 101-135.
- A. R. Ziegler, "Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment" in A. Reinisch, *Standards of investment protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 59-86.

IV. Articles

- A. F. Abbott, "Latin America and International Arbitration Conventions: The Quandary of Non-Ratification", *Harvard International Law Journal*, vol. 17, 1976, pp. 131-140.
- W. J. Aceves, "Doe v. Unocal. 963 F. Supp. 880", *AJIL*, vol. 92, n° 2, 1998, pp. 309-314.
- L. Achouk-Spivak, "L'affaire Pantechniki ou la renaissance de la clause *electa una via* dans l'arbitrage d'investissement ?", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.
- A. A. Agyemang, "African States and ICSID Arbitration", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 21, n° 2, 1988, pp. 177-189.
- A. Al Faruque, "Creating Customary International Law Through Bilateral Investment Treaties: A Critical Appraisal", *Indian Journal of International Law*, vol. 44, 2004, pp. 292-318.
- S. Alexandrov, "Application of the MFN-Clause in Investment Treaties : Replies to Two Questions", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 2, 2004, 3 p.
- S. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, pp. 555-577.
- S. Alexandrov, "Towards an Understanding of Investments in Investor-State Arbitration", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 971 et s.
- S. A. Alexandrov, "The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction *Ratione Temporis*", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 19-59.
- S. A. Alexandrov, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?", *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, 2006, pp. 29-38.
- C. E. Alfaro et p. Lorenti, "Argentina vs. ICSID: Unconstitutionality of the BITs and ICSID Jurisdiction - The Potential New Government Defenses Against the Enforcement of ICSID Arbitral - Issues that May Subject the Award to the Revision of the Judiciary", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, 2005, 3 p.

- G. Álvarez Ávila, "Las Características del Arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n° 2, 2010, pp. 205-229.
- G. Alvarez, "The ICSID Procedure: Mind the Gap", *Revista e-mercatoria*, vol. 10, n° 2, 2011, pp. 165-202.
- G. A. Alvarez et W. W. Park, "The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11", *Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, p.365.
- H. C. Alvarez, "Arbitration under the North American Free Trade Agreement", *Arbitration International*, vol. 16, n° 4, 2000, pp. 393-430.
- J. Alvarez, "A BIT On Custom", *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 42, n° 1, 2009, pp. 17-80.
- J. Alvarez et K. Khamsi, "Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime", *Yearbook on International Investment Law and Policy*, vol. 1, 2009, pp. 379-478.
- J. E. Alvarez, "Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven", *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 28, n° 2, 1996, pp. 303-312.
- J. E. Alvarez et K. J. Vandevelde, "The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal", *ASIL Proceedinds*, vol. 86, 1992, pp. 532-540.
- A. Alvarez Jiménez, "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case Before the International Court of Justice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 1, 2008, pp. 51-70.
- C. F. Amerasinghe, "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *BYBIL*, vol. 47, n° 1, 1976, pp. 227-267.
- C. F. Amerasinghe, "Dispute Settlement Machinery in Relations between States and Multinational Enterprises-With Particular Reference to the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *International Lawyer*, vol. 11, n° 1, 1977, pp. 45-59.
- C. F. Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", *Indian Journal of International Law*, vol. 19, 1979, p. 166 et s.
- D. Anzilotti, "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", *RGDIP*, vol. 13, 1906, pp. 5-309.
- S. K. B. Asante, "United Nations: International Regulation of Transnational Corporations", *Journal of World Trade Law*, vol. 13, 1979, p. 55 et s.
- S. K. B. Asante, "International Law and Foreign Investment : A Reappraisal", *ICLQ*, vol. 37, n° 3, 1988, pp. 558-628.
- S. K. B. Asante, "The Concept of the Good Corporate Citizen in International Business", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 4, n° 1, 1989, pp. 1-38.
- D. Asiedu-Akrofi, "Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka", *AJIL*, vol. 86, 1992, p. 371 et s.
- D. Asiedu-Akrofi, "ICSID Arbitral Decision", *AJIL*, vol. 86, n° 2, 1992, pp. 371-376.
- M. Audit, "Droit des investissements internationaux", *Jurisclasser Droit International*, fasc. 572-50 et s., 2009,
- R. Bachand, "Etude comparative des accords et traités d'investissement dans les Amériques : existe t-il une alternative au modèle ALENA ?", *Série Continentalisation du Gric*, 01-2, 2001, 8 p.
- R. Bachand et A. Veilleux, "Droits et devoirs des investisseurs : Existe-t-il un espace juridique transnational ? ", *Centre études internationales et mondialisation - Cahier de recherche*, 01-13, 2004, 44 p.
- C. Baez, M. Dearing, M. Delatour et C. Dixon, "Multinational Enterprises and Human Rights", *University of Miami International & Comparative Law Review*, vol. 8, 1999, p. 183 et s.
- J. C. Baker et L. J. Yoder, "ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCs", *Ohio Journal on Dispute Resolution*, vol. 5, 1989, pp. 75-95.
- K. Bakker, "The "Commons" Versus the "Commodity": Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South", *Antipode*, vol. 39, n° 3, 2007, pp. 430-455.
- J. A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", *RCADI*, t. 179, 1983, pp. 145-304.

- R. P. Barnidge Jr, "The Due Diligence Principle under International Law", *International Community Law Review*, vol. 8, n° 1, 2006, pp. 81-121.
- D. J. Bederman et D. p. Stewart, "Republic of Italy v. Republic of Cuba", *AJIL*, vol. 106, n° 2, 2012, pp. 341-347.
- M. Beeley et H. Seriki, "Res Judicata - Recent Developments in Arbitrations", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 111-116.
- V. Been et J. C. Beauvais, "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine", *New York University Law Review*, vol. 78, n° 1, 2003, pp. 30-143.
- J. Béguin, "Note", *JCP*, n° I, 2005, p. 780 et s.
- W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents", *JDI*, n°2, 2004, pp. 419-441.
- W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ?", *International Law FORUM du droit international*, vol. 7, 2005, pp. 261-272.
- W. Ben Hamida, "L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", *AFDI*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.
- W. Ben Hamida, "La notion d'investisseur", *Gazette du Palais*, n° 3, 2005, pp. 33-38.
- W. Ben Hamida, "The First Arab Investment Court Decision", *Journal of World Investment*, vol. 7, n° 5, 2006, p. 699 et s.
- W. Ben Hamida, "La notion d'investissement, notion maudite du système CIRDI, la notion d'investisseur : les défis de l'accès des personnes physiques", *Gazette du Palais*, n° 4, 2007, pp. 31-39.
- W. Ben Hamida, "Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends : que dit l'histoire ?", *JDI*, n° 4, 2007, 1127-1162.
- W. Ben Hamida, "La notion d'investissement, notion maudite du système CIRDI ?", *Gazette du Palais*, 2007, p. 33 et s.
- W. Ben Hamida, "Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control : Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 3, 2007, pp. 287-306.
- W. Ben Hamida, "La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements", *JDI*, n° 4, 2008, pp. 999-1033.
- W. Ben Hamida, "La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI", *Gazette du Palais*, n° 4, 2009, pp. 40-47.
- A. Berger, "China's New Bilateral Investment Treaty Programme: Substance, Rational and Implications for International Investment Law Making", *German Development Institute (DIE)*, 2008, 18 p.
- B. Bezdek, "Lauder, CME Battle Czech Republic on Media Investment : Panels in London and Stockholm Reach Opposite Result", *News and Notes from the Institute for Transnational Arbitration*, n° 4, 2001, p. 1 et s.
- D. Bishop et L. Reed, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, vol. 14, 1998, pp. 395-430.
- W. W. Bishop Jr, "The Anglo-Iranian Oil Company Case", *AJIL*, 1951, pp. 749-754.
- A. K. Bjorklund, "Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante", *UC Davis Legal Studies Research Paper*, 2008, pp. 266-280.
- G. Blanc et p. Leboulanger, "Peut-on encore parler d'un droit du développement ?", *JDI*, vol. 118, n° 4, 1991, pp. 903-945.
- M. Blessing, "State Arbitrations Predictably Unpredictable Solutions?", *Journal of International Arbitration*, vol. 22, n° 6, 2005, pp. 435-485.
- D. Bliesener, "La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale", *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 68, n° 2-3, 1991, p. 95 et s.
- K. H. Böckstiegel, "Enterprise v. State: The New David and Goliath ? – The Clayton Utz Lecture", *Arbitration International*, vol. 23, 2007, pp. 93-104.

- E. Borchard, "The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens", *Michigan Law Review*, vol. 3, n° 4, 1940, pp. 445-461.
- M. Bourquin, "Arbitration and Economic Development Agreements", *The Business Lawyer*, vol. 15, 1960, pp. 860-872.
- L. Bowersett, "Doe v. Unocal: Torturous Decision for Multinationals Doing Business in Politically Unstable Environments", *Transnational Law*, vol. 11, 1998, p. 361 et s.
- M. Brandon, "An International Investment Code: Current Plans", *Journal of Business Law*, 1959, p. 7 et s.
- T. L. Brewer et S. Young, "Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes", *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 3, 1998, pp. 457-470.
- A. Broches, "Development of International Law by the International Bank for Reconstruction and Development", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 59, 1965, pp. 33-38.
- A. Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 5, 1966, p. 263 et s.
- A. Broches, "Awards Rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 2, n° 2, 1987, pp. 287-334.
- A. Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of Its Application", *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, p. 627-717.
- C. H. Brower, "Mitsubishi, Investor-State Arbitration, and the Law of State Immunity", *American University International Law Review*, vol. 20, 2004, pp. 907-927.
- C. N. Brower, F. W. Bistline et G. W. Loomis, "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Practice", *AJIL*, vol. 73, n° 2, 1979, pp. 200-214.
- C. N. Brower et S. W. Schill, "Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 9, 2008, pp. 471-498.
- I. Brownlie, "The Place of the Individual in International Law", *Virginia Law Review*, 1964, pp. 435-462.
- R. P. Buckley et p. Blyschak, "Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *University of New South Wales Faculty of Law Research Series*, Paper 33, 2007, 22 p.
- T. Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", *AJIL*, vol. 76, n° 2, 1982, pp. 231-245.
- J.-P. Bufferre, "La mise en oeuvre du statut de la Cour pénale internationale et la responsabilité des entreprises multinationales", *Revue juridique d'Auvergne*, n° 2, 2005, pp. 127-182.
- G. Burdeau, "Droit international et contrats d'Etats — La sentence *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982", *AFDI*, vol. 28, n° 1, 1982, pp. 454-470.
- G. Burdeau, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38.
- W. Burke-White et A. Von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, 2007, pp. 307-386.
- M. Busse, J. Königer et p. Nunnenkamp, "FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit?", *Review of World Economics*, vol. 146, n° 1, 2010, pp. 147-177.
- F. Cabrera, "Canada Seeks Public Feedback on its Environmental Review of India Investment Treaty", *Investment Treaty News*, n° 1, 2007, pp. 5-7.
- G. Cane, "The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?", *American Review of International Arbitration*, vol. 15, 2004, pp. 439-639.
- J. Cantegreil, "The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award : René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law", *EJIL*, vol. 22, n° 2, 2011, pp. 441-458.
- D. Caron, "ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear", *Proceedings, 105th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2011, pp. 413-434.
- D. Carreau, " Investissement ", *Répertoire de droit international*, 1998, pp. 2-3.
- D. Carreau, T. Flory et p. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 603-662.

- D. Carreau, T. Flory et p. Juillard, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol.38, 1992, pp. 757-807.
- S. Cassese, "Administrative Law without the State - The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2004, pp. 663-694.
- R. Castro de Figueiredo, "Euro Telecom v. Bolivia : The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration under BITs", *Transnational Dispute Management*, n° 1, 2009,
- P. Cavalerie, "La Convention OCDE du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales", *AFDI*, vol. 43, n° 1, 1997, pp. 609-632.
- J. Cavallaro et S. Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century : The Case of the Inter-American Court", *AJIL*, Vol. 102, 2008, pp. 768-827.
- L. Cavaré, "La notion de juridiction internationale", *AFDI*, vol. 2, 1956, pp. 496-509.
- J. Cazala, "Clause de la nation la plus favorisée et juridiction du tribunal arbitral", *Gazette du Palais*, n° 349, 2007,
- J. Cazala, "Délai d'attente avant l'engagement d'une procédure de règlement des différends devant un tribunal arbitral international", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.
- J. Cazala, "La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international", *Revue Internationale de droit économique*, vol. 23, n° 1, 2009, pp. 5-32.
- J. I. Charney, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", *AJIL*, vol. 81, 1987, pp. 855-887.
- C. Chatterjee, "The Arbitration between American Manufacturing & Trading Inc. and the Republic of Zaire - When Challenges to the Jurisdiction of an ICSID Tribunal are not Valid", *Journal of International Arbitration*, vol. 16, 1999, pp. 37-46.
- T. H. Cheng, "Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration", *Fordham International Law Journal*, vol. 30, 2006, pp. 1014-1049.
- T. H. Cheng, "Is There a System of Precedent in Investment Treaty Arbitration?", *USCIB Young Arbitrator's Forum*, 2006, 6 p.
- T. H. Cheng et R. Trisotto, "Reasons and Reasoning in Investment Treaty Arbitration", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, 2008, pp. 409-434.
- S. Choi, "Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under the ICSID and New York Conventions", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 28, 1995, pp. 175-215.
- T. Christakis, "Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *CMS c. Argentine*", *RGDIP*, vol. 111, n° 4, 2007, pp. 879-896.
- G. C. Christie, "What Constitutes a Taking of Property Under International Law", *BYBIL*, vol. 38, 1962, pp. 307-338.
- T. Clay, "Note", *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 140 et s.
- G. Cohen-Jonathan, "L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen : décision au fond du 19 janvier 1977", *AFDI*, vol. 23, n° 1, 1977, pp. 452-479.
- J. Combacau, "Le droit international : bric-à-brac ou système ?", *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 31, 1986, pp. 85-105.
- P. E. Comeaux et N. S. Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries : Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance", *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, n° 1, 1994, pp. 1-48.
- J. Commission, "Precedent in Investment Treaty Arbitration - A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 2, 2007, pp. 129-158.
- B. Conforti, "Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations : The Case-Law of the European Court of Human Rights", *Italian Yearbook of International Law*, vol. 13, 2003, pp. 3-10.
- J. Crawford, "The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the ICJ", *BYBIL*, 1979, pp. 63-86.
- J. Crawford, "Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity", *AJIL*, vol. 75, 1981, pp. 820-869.

- J. Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, vol. 24, n° 3, 2008, pp. 351-374.
- J. Crawford, "Continuity and Discontinuity in International Dispute Settlement : An Inaugural Lecture", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 3-24.
- B. M. Cremades et D. J. A. Cairns, "The Brave New World of Global Arbitration", *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, pp. 173-209.
- C. Crépet Daigremont, "Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ARB/03/24) - The Most-Favoured-Nation Clause Issue", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 4 p.
- A. Crivellaro, "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 371-420.
- J. d'Aspremont, "Hart et le positivisme postmoderne en droit international", *RGDIP*, vol. 113, n° 3, 2009, pp. 635-654.
- J. d'Aspremont, "International Customary Investment Law : Story of a Paradox", *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, N°2011-08, 2011, 55 p.
- A. de Lotbiniere McDougall et A. Santens, "ICSID Amends its Arbitration Rules", *International Arbitration Law Review*, vol. 9, n° 4, 2006, pp. 119-122.
- A. de Nanteuil, "Application des traités dans le temps et compétence *ratione temporis* des tribunaux arbitraux", *Gazette du Palais*, n° 349, 2009, p. 24 et s.
- A. de Nanteuil, "La notion d'investissement réalisé "conformément au droit de l'Etat d'accueil"", *Cahiers de l'arbitrage*, n° 4, 2010, p. 1033 et s.
- A. De Palma, "Nafta's Powerful Little Secret", *New York Times*, 2001, 1.
- O. L. O. de Witt Wijnen, N. Voser et N. Rao, "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", *Business Law International*, vol. 5, 2004, pp. 433-458.
- L.-C. Delanay et T. Portwood, "La responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement", *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 603 et s.
- G. R. Delaume, "La convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *JDI*, 1966, pp. 26-49.
- G. R. Delaume, "Public Debt and Sovereign Immunity : The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *AJIL*, vol. 71, n° 3, 1977, pp. 399-422.
- G. R. Delaume, "The State Immunity Act of the United Kingdom", *AJIL*, vol. 73, 1979, pp. 185-199.
- G. R. Delaume, "Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, 1982, pp. 775-843.
- G. R. Delaume, "L'arbitrage CIRDI et le banquier", *Banque*, 1983, p. 889 et s.
- G. R. Delaume, "ICSID Arbitration in Practice", *International Tax & Business Lawyer*, vol. 2, 1984, pp. 58-78.
- G. R. Delaume, "ICSID and the Transnational Financial Community", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 1, n° 2, 1986, pp. 237-256.
- G. R. Delaume, "How to Draft an ICSID Arbitration Clause", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 1, 1992, pp. 168-195.
- G. R. Delaume, "L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI : Considérations sur le droit applicable", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1994, pp. 39-68.
- P. Demaret, "The Metamorphoses of the GATT : From the Havana Charter to the World Trade Organization", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 34, 1996, p. 123 et s.
- Y. Derains, "L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage", *La Gazette du Palais*, n° 123, 2001, pp. 10-15.
- I. Desbarats, "Codes de conduite et chartes éthiques dans les entreprises privées : regards sur une pratique en expansion", *JCP Ed. Gén.*, 2003, p. 1129 et s.
- D. Di Pietro, "The Use of Precedents in ICSID Arbitration : Regulatory or Certainty?", *International Arbitration Law Review*, vol. 10, n° 3, 2007, pp. 92-103.
- P. F. Diehl, C. Ku et D. Zamora, "The Dynamics of International Law : The Interaction of Normative and Operating Systems", *International Organization*, vol. 57, n° 1, 2003, pp. 43-75.

- J. Diller, "Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?", *Revue internationale du travail*, vol. 138, n° 2, 1999, pp. 107-139.
- G. Distefano, "Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale", *AFDI*, 2007, pp. 105-128.
- W. S. Dodge, "Loewen v. United States : Trials and Errors under NAFTA Chapter Eleven", *DePaul Law Review*, vol. 52, 2002, p. 563 et s.
- R. Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *AJIL*, vol. 75, n° 3, 1981, pp. 553-589.
- R. Dolzer, "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 1, 1986, pp. 41-65.
- R. Dolzer, "Indirect Expropriations : New Developments", *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64-93.
- R. Dolzer, "Fair and Equitable Treatment : A Key Standard in Investment Treaties", *The International Lawyer*, vol. 39, n°1, 2005, pp. 87-106.
- Z. Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *BYBIL*, 2003, pp. 151-289.
- Z. Drabek et W. Payne, "The Impact of Transparency on Foreign Direct Investment", *Journal of Economic Integration*, vol. 17, n° 4, 2002, pp. 777-810.
- U. Draetta, "La lutte contre la corruption des fonctionnaires publics étrangers : premières observations sur les examens de la phase 2 au titre de la Convention OCDE", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2005, p. 99 et s.
- P. Dumberry, "L'entreprise, sujet de droit international ? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements", *RGDIP*, vol. 108, n° 1, 2004, pp. 103-122.
- P. Dumberry, "Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?", *Penn State International Law Review*, vol. 28, n° 4, 2010, pp. 675-701.
- P.-M. Dupuy, "Les émanations engagent-elles la responsabilité des Etats ? Etude de droit international des investissements", *EUI Working Papers*, N° 2006/07, 2006, 15 p.
- P. Egger et V. Merlo, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics", *The World Economy*, vol. 30, n°10, 2007, pp. 1536-1549.
- P. Egger et M. Pfaffermayr, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment", *Journal of Comparative Economics*, vol. 32, n°4, 2004, pp. 788-804.
- S. El Boudouhi, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *AFDI*, 2005, 542-563.
- C. Emanuelli, "L'immunité souveraine et la coutume internationale : De l'immunité absolue à l'immunité relative", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 22, 1984, pp. 26-97.
- J. J. Falcone, "Argentina's Plight-An Unusual Temporary Solution to a Sovereign Debt Crisis", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 357-381.
- A. Falsafi, "The International Minimum Standard of Treatment of Foreign Investors' Property : A Contingent Standard", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 30, 2006, pp. 317-363.
- G. Farjat, "Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique)", *Revue internationale de droit économique*, vol. 16, n° 1, 2002, pp. 153-166.
- G. Farjat, "Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation", *Revue internationale de droit économique*, vol. 17, n° 3, 2003, pp. 511-531.
- A. A. Fatouros, "An International Code to Protect Private Investment-Proposals and Perspectives", *University of Toronto Law Journal*, vol. 14, 1961, p. 77 et s.
- O. K. Fauchald, "The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 2, 2008, pp. 301-364.
- M. J. Ferrantino, "The Effect of Intellectual Property Rights on International Trade and Investment", *Review of World Economics*, vol. 129, n° 2, 1993, pp. 300-331.
- P. Feuerle, "International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes", *Yale Studies in World Public Order*, vol. 4, 1977, pp. 89-121.
- S. Fietta, "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution Under Bilateral Investment Treaties : A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, vol. 8, n° 4, 2005, pp. 131-138.

- S. Fietta, "Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard : the Developing Role of Investors - "Expectations" in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 5, 2006, pp. 375-399.
- A. G. Forji, "Drawing the Right Lessons from ICSID Jurisprudence on the Doctrine of Necessity", *Arbitration : The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 76, n°1, 2010, pp. 44-57.
- M. Forteau, "La contribution au développement du droit international général de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements étrangers", *Anuario de Direito Internacional*, vol. 1, 2009, pp. 11-39.
- M. Forteau, "L'ordre public "transnational" ou "réellement international". L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public", *JDI*, n° 1, 2011, pp. 3-49.
- L. Y. Fortier et S. L. Drymer, "Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I know It When I See It, or Caveat Investor", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 293-327.
- P. Fouchard, "Les garanties juridiques accordées aux investissements étrangers en Tunisie", *Revue tunisienne de droit*, 1977, pp. 13-49.
- J. Fouret, "Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration ?", *Journal of International Arbitration*, vol. 25, n° 1, 2008, pp. 71-87.
- J. Fouret et D. Khayat, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)", *Revue québécoise de droit international*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 167-217.
- J. Fouret et D. Khayat, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)", *Revue québécoise de droit international*, vol. 17, n° 2, 2004, pp. 213-277.
- F. Francioni, "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law", *EJIL*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 729-747.
- S. Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, pp. 1521-1625.
- S. D. Franck, "Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, 2009, pp. 435-489.
- A. V. Freeman, "Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge of International Law", *AJIL*, vol. 40, n° 1, 1946, pp. 121-147.
- P. D. Friedland, L. M. Caron, L. M. Caplan et M. Pellonpaa, "The UNCITRAL Arbitration Rules : A Commentary", *AJIL*, vol. 101, 2007, pp. 519-941.
- J. P. Gaffney, "Jurisdiction *ratione temporis* of ICSID Tribunals: Lucchetti and Jan De Nul Considered", *Transnational Dispute Management*, 2006,
- J. P. Gaffney et J. L. Loftis, "The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 1, 2007, pp. 5-67.
- G. Gagné et J. F. Morin, "The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT", *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 2, 2006, pp. 357-382.
- E. Gaillard, "Centre International pour le Règlement de Différends Relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) : Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, vol. 115, 1988, pp. 165-188.
- E. Gaillard, "Trente ans de *Lex Mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *JDI*, vol. 1, 1995, pp. 5-30.
- E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales. Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)", *JDI*, n° 1, 1999, pp. 273-297.
- E. Gaillard, "Transnational Law : A Legal System or a Method of Decision-Making?", *Arbitration International*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 59-71.
- E. Gaillard, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements ", *Revue de l'Arbitrage*, vol. 10, 2003, pp. 853-875.
- E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2004, pp. 213-219.
- E. Gaillard, "La responsabilité d'un Etat du fait de ses juridictions : l'affaire Loewen contre Etats-Unis", *Décideur juridique et financier*, n° 1, 2004, pp. 76-77.

- E. Gaillard, "Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause", *New York Law Journal*, vol. 233, n° 2, 2005, p. 1 et s.
- E. Gaillard, "Treaty-based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses", *New York Law Journal*, 2005, p. 3 et s.
- E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, n° 1, 2007, p. 298 et s.
- E. Gaillard, "The Denunciation of the ICSID Convention", *New York Law Journal*, vol. 26, 2007, 3 p.
- E. Gaillard, "La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, n° 4, 2007, pp. 698-720.
- E. Gaillard, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, 1, 2008, pp. 311-364.
- E. Gaillard, "Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, 1, 2009, 333.
- E. Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales", *JDI*, 2, 2010, pp. 499-568.
- E. Gaillard et Y. Banifatemi, "The Meaning of "and" in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 18, 2003, pp. 375-411.
- K. P. Gallagher et M. B. I. Birch, "Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, n° 6, 2006, pp. 961-974.
- N. Gallus, "Plama v. Bulgaria and the Scope of the Investment Treaty MFN Clauses", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 20 p.
- D. A. Gantz, "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39, 2005, p. 703-740.
- T. Gazzini, "Necessity in International Investment Law: Some Critical Remarks on CMS v Argentina", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 26, 2008, pp. 450-470.
- T. Gazzini, "Foreign Investment and Measures Adopted on Grounds of Necessity: Towards a Common Understanding", *Transnational Dispute Management*, vol. 7, n° 1, 2010, 28 p.
- T. Gazzini, W. G. Werner et I. F. Dekker, "Necessity Across International Law : an Introduction", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp. 3-10.
- E. Geisinger et L. Levy, "La litispendance dans l'arbitrage commercial international", *Bulletin de la CCI*, 2003, pp. 55-73.
- R. G. Gelos et S. J. Wei, "Transparency and International Investor Behavior", *SSRN*, 2002, 39 p.
- F. Gharbi, "Le déclin des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice", *Cahiers de Droit*, vol. 43, 2002, p. 433 et s.
- A. Giardina, "State Contracts: National versus International Law", *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 5, 1980, pp. 147-170.
- A. Giardina, "L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements", *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 273-293.
- A. Giardina, "Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ?", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 647-666.
- J. Gill, M. Gearing et G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 396-412.
- K. Ginther, "Nationality of Corporations", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 16, 1966, p. 27 et s.
- G. Gopal, "International Centre for Settlement of Investment Disputes", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 14, 1982, p. 591 et s.
- A. Grgic, Z. Mataga, M. Longar et A. Vilfan, "Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme", *Précis sur les droits de l'Homme - Conseil de l'Europe*, n° 10, 2007, 52 p.
- J. Griebel, "Jurisdiction over "Contract Claims" in Treaty-based Investment Arbitration on the Basis of the Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements", *Transnational Dispute Management*, vol.4, n° 5, 2007,
- R. Grynberg, "The United-States-Jordan Free Trade Agreement – A New Standard of North-South FTAs", *Journal of World Investment*, vol. 2, n° 1, 2001, pp. 5-19.

- C. Grzegorzczak, "Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ?", *Archives de Philosophie du Droit*, 1985, pp. 35 et s.
- K. S. Gudgeon, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards", *International Tax & Business Law*, vol. 4, 1986, p. 105 et s.
- G. Guillaume, "Some Thoughts on the Independence of International Judges Vis-à-Vis States", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 163-168.
- G. Guillaume, "Le précédent dans la justice et l'arbitrage international (Lalive Lecture, 2 juin 2010)", *JDI*, n° 3, 2010, pp. 685-703.
- A. T. Guzman, "Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, 1998, pp. 639-688.
- G. Hafner et U. Kohler, "The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 35, n° 1, 2004, pp. 3-49.
- G. Hafner et L. Lange, "La convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens", *AFDI*, vol. 50, n° 1, 2004, pp. 45-76.
- P. Haggemacher, "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale", *RGDIP*, vol. 90, 1986, p. 5 et s.
- C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 187-214.
- H. HELLIO, "L'Etat, un justiciable de second ordre? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers", *Revue générale de droit international public*, vol. 113, n° 3, 2009, pp. 589-620.
- R. Higgins, "Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom", *AJIL*, vol. 71, 1977, pp. 423-437.
- R. Higgins, "Conceptual Thinking about the Individual in International Law", *British Journal of International Studies*, vol. 4, n° 1, 1978, pp. 1-19.
- R. Higgins, "Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity", *Netherlands International Law Review*, vol. 29, n° 2, 1982, pp. 265-276.
- S. Hindelang, "Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate - The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, pp. 789-809.
- M. Hirsch, "Sources of International Investment Law", *The International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty*, Research Paper n° 05-11, 2011, pp. 1-28.
- C. Holzmeyer, "Human Rights in an Era of Neoliberal Globalization: The Alien Tort Claims Act and Grassroots Mobilization in Doe v. Unocal", *Law & Society Review*, vol. 43, n° 2, 2009, pp. 271-304.
- F. Horchani, "Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", *JDI*, vol. 139, 2004, pp. 367-418.
- M. Hunter et G. Conde E Silva, "Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations", *The Journal of World Investment*, vol. 4, n° 3, 2003, pp. 367-378.
- V. Igbokwe, "Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations", *Journal of International Arbitration*, vol. 23, n° 4, 2006, pp. 267-299.
- L. G. Jahnke, "The European Economic Community and the Most-Favoured-Nation Clause", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1963, pp. 252-271.
- C. W. Jenks, "The Conflict of Law-Making Treaties", *BYBIL*, vol. 30, 1953, p. 403 et s.
- P. Jestaz, "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", *Dalloz, chron.*, 1989, pp. 149-153.
- E. Jolivet, "Chroniques - Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale", *JDI*, n° 4, 2010, p. 1406 et s.
- P. Juillard, "Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France", *JDI*, n° 2, 1979, pp. 274-325.
- P. Juillard, "Chronique de droit international économique : investissements privés", *AFDI*, vol. 30, n° 1, 1984, pp. 744-802.
- P. Juillard, "Définition de l'investissement", *AFDI*, vol. 30, 1984, pp. 773-781.
- P. Juillard, "Définition de l'investissement : à propos de l'article 12 de la Convention de Séoul", *AFDI*, vol. 32, 1986, pp. 626-635.

- P. Juillard, "Le réseau français des conventions bilatérales d'investissement : à la recherche d'un droit perdu ?", *Droit et Pratique du Commerce International*, 1987, p. 9-52.
- P. Juillard, "À propos du décès de l'AMI", *AFDI*, vol. 44, n° 1, 1998, pp. 595-612.
- P. Juillard, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *AFDI*, 2004, pp. 669-682.
- P. Juillard, T. Flory et D. Carreau, "Chronique de droit international économique", *AFDI*, vol. XXXVIII, 1992, pp. 757-807.
- P. Kahn, "Investissement", *Répertoire de droit international*, 1969, t. 2.
- P. Kahn, "Contrats d'Etat et nationalisation : les apports de la sentence arbitrale du 24 Mars 1982", *JDI*, vol. 109, 1982, pp. 844-909.
- P. Kahn, "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *JDI*, vol. 116, n° 2, 1989, pp. 305-327.
- J. Kalb, "Creating an ICSID Appellate Body", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 10, 2005, pp. 179-220.
- D. R. Kalderimis, "IMF Conditionality as Investment Regulation - A Theoretical Analysis", *beppress Legal Series*, Paper 4, 2003, 44 p.
- M. Kamto, "La notion de contrat d'Etat : Une contribution au débat", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 719-751.
- M. Kantor, "The New Draft Model US BIT: Noteworthy Developments", *Journal of International Arbitration*, vol. 21, 2004, pp. 383-396.
- J. Karl, "The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 11, n° 1, 1996, pp. 1-36.
- G. Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 5, 2005, p. 1 et s.
- G. Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?", *Arbitration International*, vol. 23, n° 3, 2007, pp. 357-378.
- G. Kaufmann-Kohler, L. Boisson de Chazournes, V. Bonnin et M. M. Mbengue, "Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? - Colloquium on Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration Geneva, April 22, 2006 ", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21, n° 1, 2006, pp. 59-125.
- A. Kaushal, "Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, n° 2, 2009, pp. 491-534.
- R. D. Kearney et R. E. Dalton, "The Treaty on Treaties", *AJIL*, vol. 64, 1970, pp. 495-561.
- H. Kelsen, "Aperçu d'une théorie générale de l'Etat", *Revue du droit public et de la science politique*, vol. 43, 1926, p. 561 et s.
- M. I. Khalil, "Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 339-383.
- B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 15-31.
- B. Kingsbury et S. Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law", *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46*, 2009, 53 p.
- B. Kishoiyian, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 14, 1994, pp. 327-375.
- C. Knahr, "Investments "in Accordance with Host State Law"", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, n° 5, 2007, 28 p.
- W. H. Knull III et N. D. Rubins, "Betting the Farm on International Arbitration: Is It Time to Offer an Appeal Option?", *American Review of International Arbitration*, vol. 11, 2000, pp. 531-607.
- P. T. B. Kohona, "Investment Protection Agreements: An Australian Perspective", *Journal of World Trade Law*, vol. 21, 1987, pp. 79-103.

- D. Kokkini-Iatridou et p. De Waart, "Foreign Investments in Developing Countries-Legal Personality of Multinationals in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 14, 1983, pp. 87-131.
- J. Kokott, "The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment", *International Law Association 70th Conference*, 2002, pp. 21-31.
- A. Kolo et T. Wälde, "Economic crises, Capital Transfer Restrictions and Investor Protection under Modern Investment Treaties", *Capital Markets Law Journal*, vol. 3, n° 2, 2008, pp. 154-185.
- P. H. Kooijmans, "The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy", *ICLQ*, vol. 56, n°4, 2007, pp. 741-753.
- M. Koskeniemi et p. Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2002, pp. 553-579.
- U. Kriebaum, "Regulatory Takings : Balancing the Interests of the Investor and the State", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, n° 5, 2007, pp. 717-744.
- N. Krisch, "The Pluralism of Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 247-278.
- N. Krisch et B. Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 1-13.
- H. Kronstein, "The Nationality of International Enterprises", *Columbia Law Review*, vol. 52, n° 8, 1952, pp. 983-1002.
- W. Kuhn, "How to Avoid Conflicting Awards – The Lauder and CME Cases ", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 1, 2004, pp. 564-602.
- B. Kunoy, "Singing in the Rain - Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 7, n° 2, 2006, pp. 275-300.
- J. Kurtz, "Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis", *Society of International Economic Law - Working Paper*, N° 40/08, 2008, 51 p.
- S. S. Kuznets, "Economic Growth and Income Inequality", *American Economic Review*, n° 1, 1955, pp. 1-28.
- G. Laborde, "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, n° 1, 2010, pp. 97-122.
- I. Laird et R. Askew, "Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System", *Journal of Appellate Practice & Process*, vol. 7, n° 2, 2005, p. 285 et s.
- J.-F. Lalive, "Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux société privées étrangères (Arbitrage Texaco/Calasiatic c. Gouvernement Libyen)", *JDI*, vol. 104, n° 2, 1977, pp. 319-389.
- P. Lalive, "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", *BYBIL*, vol. 51, n° 1, 1981, pp. 123-162.
- P. Lalive, "Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 327-373.
- P. Lalive, "Principe d'inquisition et principe accusatoire dans l'arbitrage commercial international", *Uniform Law Review*, vol. 6, 2001, pp. 887-900.
- P. Lalive, "Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration", *Procès-verbaux du 16e Congrès de l'ICCA*, 2002, 25 p.
- P. Lalive et L. Halonen, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, vol. 2, 2011, pp. 141-156.
- D. Lamèthe, "Les langues de l'arbitrage international", *JDI*, 4, 2007, 1175-1193.
- L. Lankarani, "Quelques remarques sur la sentence SPP c/ la République arabe d'Egypte", *Revue belge de droit international*, vol. 27, n°2, 1994, pp. 533-558.
- L. Lankarani, "Les investissements internationaux : arbitrage et régulation", *Les Petites Affiches*, n° 119, 2011, pp. 8-13.
- F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 54, 2008, pp. 467-512.
- F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 55, 2009, pp. 683-726.
- F. Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *AFDI*, vol. 56, 2010, pp. 607-654.
- F. Latty, "Les techniques interprétatives du CIRDI", *RGDIP*, vol. 115, n° 2, 2011, pp. 459-480.

- H. Lauterpacht, "The Subjects of the Law of Nations I", *Law Quarterly Review*, vol. 63, 1947, pp. 438-460.
- H. Lauterpacht, "The Subjects of the Law of Nations II", *Law Quarterly Review*, vol. 64, 1948, pp. 97-119.
- F. Lavopa, L. Barreiros et M. Bruno, "How to Kill a BIT and Not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties", *Society of International Economic Law - Working Paper*, N° 2012/49, 2012, 25 p.
- R. Leal-Arcas, "The Multilateralization of International Investment Law", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. XXXV, 2009, pp. 33-136.
- R. Leal-Arcas, "Towards the Multilateralization of International Investment Law", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, n° 6, 2009, pp. 865-919.
- C. Leben, "Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)", *JDI*, vol. 113, 1986, pp. 895-957.
- C. Leben, "La juridiction internationale", *Droits*, vol. 9, 1989, pp. 144-155.
- C. Leben, "L'évolution du droit international des investissements", *CEPMLP Online Journal*, vol. 7, 2000, 21 p. .
- C. Leben, "De quelques doctrines de l'ordre juridique", *Droits*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.
- C. Leben, "La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements", *AFDI*, 2004, pp. 683-714.
- C. Leben, "L'état de nécessité dans le droit international de l'investissement", *Les Cahiers de l'arbitrage*, n° 3, 2005, pp. 47-52.
- P. Leboulanger, "État, politique et arbitrage—L'affaire du Plateau des Pyramides", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1986, pp. 3-28.
- B. Legum, "Defining Investment and Investor Who is Entitled to Claim?", *Arbitration International*, vol. 22, n°4, 2006, p. 521 et s.
- S. B. Legum, "Federalism, NAFTA Chapter Eleven and the Jay Treaty of 1794", *News from ICSID*, vol. 18, n° 1, 2001, pp. 586-591.
- M. Leigh, "Inter-American Court of Human Rights", *AJIL*, vol. 78, n° 3, 1984, pp. 681-683.
- S. Lemaire, "Treaty claims et contract claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat", *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 353 et s.
- F. G. Leone, "Nozione di investimento ai sensi della convenzione di Washington del 1965 e dei trattati bilaterali d'investimento : Dottrina e giurisprudenza", *Universita di Roma Working Paper*, 2011, 28 p.
- A. Lindroos, "Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis*", *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, 2005, p. 27 et s.
- K. Lipstein, "The Place of the Calvo Clause in International Law", *BYBIL*, vol. XXII, 1945, pp. 130-145.
- R. Locke, T. Kochan, M. Romis et F. Qin, "Au-delà des codes de conduite : l'organisation et les normes du travail chez les fournisseurs de Nike", *Revue internationale du Travail*, vol. 146, n° 1-2, 2007, pp. 21-43.
- J.-M. Loncle, "La qualité d'investisseur dans les décisions CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2005, pp. 729-742.
- J.-M. Loncle, "L'option de l'arbitrage des traités de protection des investissements : Treaty Claims vs. Contract Claims", *Revue de droit des affaires internationales*, n°1, 2005, pp. 3-12.
- J.-M. Loncle, "La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2006, pp. 319-331.
- J.-M. Loncle et J.-B. Morel, "Les émanations des Etats et l'arbitrage CIRDI", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 2008, pp. 29-50.
- J.-M. Loncle et D. Philibert-Pollez, "Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2009, pp. 267-292.
- E. Loquin, "Note sur l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 1er juillet 1999", *JDI*, 2000, p. 370 et s.
- V. Lowe, "Res judicata and the Rule of Law in International Arbitration", *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1996, pp. 38-50.

- V. Lowe, "Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses", *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 405-411.
- V. Lowe, "Regulation or Expropriation?", *Current Legal Problems*, vol. 55, n° 1, 2002, pp. 447-466.
- V. Lowe, "Changing Dimensions of International Investment Law", *Conférences données à l'Académie chinoise de droit international de Xiamen*, Document de travail n°4/2007, mars 2007, 123 p.
- A. F. Lowenfeld, "International Arbitration : Scapegoat or Solution?", *The American Review of International Arbitration*, vol. 13, n°1-4, 2002, pp. 1-7.
- A. F. Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law", *Columbia Journal Transnational Law*, vol. 42, 2003, pp. 123-130.
- X. Magnon, "En quoi le positivisme - normativisme - est-il diabolique ?", *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, 2009, pp. 269-280.
- L. Malintoppi, "Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, n° 3, 2008, pp. 351-356.
- S. Manciaux, "Existence d'un différend et compétence *ratione temporis* du CIRDI : réflexions à propos de quelques décisions récentes", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2006, pp. 789-802.
- S. Manciaux, "La Bolivie se retire du CIRDI", *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2007, pp. 351-358.
- A. F. M. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment : An Overview", *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 8, n° 1, 1998, pp. 57-77.
- F. A. Mann, "The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the Barcelona Traction Case", *AJIL*, vol. 67, n° 2, 1973, pp. 259-274.
- F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", *BYBIL*, vol. 52, n° 1, 1981, pp. 241-254.
- G. Manner, "The Object Theory of the Individual in International Law", *AJIL*, vol. 46, n° 3, 1952, pp. 428-449.
- I. Marboe, "Compensation and Damages in International Law : The Limits of "Fair Market Value"", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 7, n° 5, 2006, pp. 723-759.
- B. P. Marchais, "The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt", *ICSID REVIEW*, vol. 4, n° 2, 1989, pp. 297-309.
- L. Martinez et D. Bray, "The Interplay of Contract Claims and Treaty Claims : Bayindir v. Pakistan", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 2, 2006, 4 p.
- O. Maschke, "Investitionsschutzabkommen : Neue vertragliche Wege im Dienste der Osterreichischen Wirtschaft", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, 1985, p. 201 et s.
- M. R. Mauro, "Nuovo questioni in terma di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 42, 2006, p. 67 et s.
- P. Mayer, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", *JDI*, vol. 113, 1986, pp. 5-78.
- P. Mayer, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", *Revue de l'arbitrage*, 1998, pp. 359-368.
- P. Mayer, "Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", *JDI*, n° 1, 2009, pp. 71-96.
- M. McFarland Sanchez-Moreno et T. Higgins, "No Recourse: Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights in Bolivia", *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 2004, pp. 1663-2062.
- J. McIlroy, "Canada's new Foreign Investment Protection and Promotion Agreement - Two Steps Forward, One Step Back?", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 4, 2004, pp. 621-646.
- C. McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *ICLQ*, vol. 57, 2008, pp. 361-401.

- C. G. Mekpo, "La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes", *Bulletin de droit économique*, vol. 2, n° 1, 2011, pp. 2-9.
- S. Menétrey, "La participation "amicale" de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires", *JDI*, 4, 2010, 1127-1156.
- T. W. Merrill, "Incomplete Compensation for Takings", *NYU Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 110-135.
- J. Merrills, "The optional clause today", *BYBIL*, vol. 50, n° 1, 1980, pp. 87-116.
- S. D. Metzger, "Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment", *Journal of Public Law*, vol. 9, 1960, p. 133 et s.
- T. Mobido Ocran, "Bilateral Investment Protection Treaties : A Comparative Study", *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, n° 3, 1987, pp. 401-429.
- D. Mockle, "Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global", *Les cahiers de droit*, vol. 53, n° 1, 2012, pp. 3-48.
- V. Mosoti, "Bilateral Investment Treaties and the Possibility of a Multilateral Framework on Investment at the WTO: Are Poor Economies Caught in Between", *Norhtwestern Journal of International Law & Business*, vol. 26, 2005, pp. 95-134.
- I. Moulier, "Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales", *AFDI*, vol. 49, n°1, 2003, pp. 129-164.
- P. Muchlinski, "'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", *ICLQ*, vol. 55, n° 3, 2006, pp. 527-558.
- H. Muir-Watt, "Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : Réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 4, 2003, pp. 883-901.
- H. Muir-Watt, "Note", *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 692 et s.
- N. Myrsalieva, "Jurisdictional Challenges in Investor-State Arbitration: Analysis of Typical Provisions in Bilateral Investment Treaties, With Specific Reference to the Treaty Between the US and the Kyrgyz Republic", *European Journal of Law Reform*, vol. VII, 2005, pp. 429-462.
- M. C. Naniwadekar, "The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference?", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 169-194.
- N. Nassar, "Internationalization of State Contracts : ICSID, The Last Citadel", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n° 3, 1997, pp. 185-208.
- E. Neumayer et L. Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, vol. 33, n° 10, 2005, pp. 1567-1585.
- A. Newcombe, "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 20, n° 1, 2005, pp. 1-57.
- A. Newcombe, "Sustainable Development and Investment Treaty Law", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 3, 2007, pp. 357-407.
- M. D. Nolan et F. G. Sourgens, "The Interplay Between State Consent to ICSID and Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention : The (Possible) Venezuela Case Study", *Transnational Dispute Management*, 2007, 51 p.
- M. D. Nolan, F. G. Sourgens et E. Culbertson, "The Erosion BIT by BIT of Investment Protection in Ecuador", *Milbank Litigation*, 2009, 2 p.
- B. Nolde, "Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation", *Annuaire français de l'Institut de Droit international*, 1934, pp. 414-472.
- P. M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past - Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, vol. 85, 1991, pp. 474-505.
- Y. Nouvel, "Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux", *Revue générale de droit international public*, vol. 106, n° 1, 2002, pp. 79-102.
- A. Nussbaum, "The Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government", *Cornell Law Quarterly*, vol. 36, 1950, pp. 31-53.
- J. R. O'neal et F. H. O'neal, "Hegemony, Imperialism, and the Profitability of Foreign Investments", *International Organization*, vol. 42, n° 2, 1988, pp. 347-373.

- S. Oda, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases", *ICLQ*, 1992, pp. 251-277.
- B. O. Okere, "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", *Human Rights Quarterly*, vol. 6, n° 2, 1984, pp. 141-159.
- P. Ouakrat, "La pratique du CIRDI", *Droit et Pratique du Commerce International*, tome 13, n° 2, 1987, pp. 273-310.
- M. Paparinskis, "Investment Arbitration and the Law of Countermeasures", *BYBIL*, vol. 79, 2010, pp. 264-352.
- A. R. Parra, "Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 428-452.
- A. R. Parra, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 12, n° 2, 1997, pp. 287-364.
- A. R. Parra, "The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 13, n° 1, 1998, pp. 85-100.
- J. Paulsson, "Arbitration without Privity", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 10, 1995, pp. 232-257.
- J. Paulsson, "International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 5, 2006, 17 p.
- A. Pellet, "Mondialisation du droit international?", *Après-demain*, 1996, pp. 37-39.
- A. Pellet, "Le droit international à l'aube du XXIème siècle", *Cursos Euromediterraneos*, vol. I, 1997, pp. 19-112.
- A. Pellet, "Cours Général : Le droit international entre souveraineté et communauté internationale - La formation du droit international", *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 12-74.
- P. Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 22, n° 1, 1991, pp. 91-161.
- P. Peters et N. Schrijver, "Latin America and International Regulation of Foreign Investment: Changing Perceptions", *Netherlands International Law Review*, vol. 39, n°3, 1992, pp. 355-384.
- L. Peterson, "United-States Defeats Ecuador's State-to-State Arbitration - Will Outcome Dissuade Argentine Copycat Case ?", *IA Reporter*, 2012, 1 p.
- P. Pic et I. Léger, "Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010)", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 2011, pp. 99-118.
- A. Pinna, "Réflexions sur l'arbitrage forcé", *Gazette du Palais*, n° 351, 2008, p. 6.
- F. Poirat, "L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées", *Revue générale de droit international public*, vol. 102, n° 1, 1998, pp. 45-84.
- M. C. Porterfield, "An International Common Law of Investors Rights", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 27, 2006, pp. 79-113.
- J. B. Potts, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2011, pp. 1005-1047.
- B. Poulain, "Droit applicable. La conformité de l'investissement au droit local dans le contentieux investisseur-Etat", *Gazette du Palais*, n° 349, 2007, p. 41 et s.
- B. Poulain, "Clauses de la nation la plus favorisée et clauses d'arbitrage investisseur-Etat : est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini?", *ASA Bulletin*, vol. 25, n° 2, 2007, p. 279 et s.
- A. H. Qureshi, "A Necessity Paradigm of "Necessity" in International Economic Law", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 41, 2010, pp. 99-136.
- Y. Radi, "The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse"", *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 4, 2007, pp. 757-774.
- L. G. Radicati di Brozolo, "Res Judicata and International Arbitral Awards", *ASA Special Series*, 2011, 23 p.
- P. Rambaud, "Note sur l'extension du système CIRDI", *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 290-299.
- P. Rambaud, "Deux arbitrages du CIRDI", *AFDI*, vol. 30, n° 1, 1984, pp. 391-408.

- P. Rambaud, "Des obligations de l'État vis-à-vis de l'investisseur étranger: la sentence CIRDI du 27 juin 1990, société Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka", *AFDI*, 38, 1, 1992, 501-510.
- W. Rand, R. N. Hornick et p. Friedland, "ICSID's Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID's Jurisdiction", *NYU International Law and Politics*, vol. 19, 1986, pp. 33-61.
- N. Rawding, "Protecting Investments Under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues", *Arbitration International*, vol. 11, n° 4, 1995, pp. 341-369.
- D. D. Reichert, "Problems with Parallel and Duplicate Proceedings: The Litispence Principle and International Arbitration", *Arbitration International*, vol. 8, 1992, p. 237 et s.
- A. Reinisch, "The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 3, 2004, p. 37 et s.
- A. Reinisch, "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, pp. 191-201.
- A. Reinisch, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, pp.137-158.
- W. M. Reisman, "The Regime for *Lacunae* in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 15, 2000, pp. 362-381.
- W. M. Reisman et M. H. Arsanjani, "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 328-343.
- W. M. Reisman et R. D. Sloane, "Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation", *Yale Law School - Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, pp. 115-150.
- E. Rice, "Doe v. Unocal Corporation: Corporate Liability for International Human Rights Violations", *University of San Francisco Law Review*, vol. 33, 1998, p. 153 et s.
- A. Ridenour, "Doe v. Unocal Corp., Apples and Oranges: Why Courts Should Use International Standards to Determine Liability for Violation of the Law of Nations Under the Alien Tort Claims Act", *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 9, 2001, p. 581 et s.
- F. Rigaux, "Des dieux et des héros : Réflexions sur une sentence arbitrale", *Revue critique de droit international privé*, vol. 67, 1978, pp. 435-459.
- F. Rigaux, "Le droit au singulier et au pluriel", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 9, 1982, pp. 1-61.
- F. Rigaux et R. Vander Elst, "Relations juridiques transnationales ou dialogue sur un autre droit", *Journal des tribunaux*, 1982, pp. 230-234.
- W. Riphagen, "Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Première partie, 1982, pp. 25-60.
- C. p. R. Romano, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", *New York University Journal of International Law & Policy*, vol. 31, 1998, p. 709 et s.
- E. Root, "The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad", *AJIL*, vol. 4, 1910, pp. 517-528.
- S. Rose-Ackerman et J. Tobin, "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries : The Impact of Bilateral Investment Treaties", *William Davidson Institute Working Paper n° 587*, 2003, 68 p.
- G. Rosenberg, "State as Party to Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 387-409.
- A. Rosencranz et D. Louk, "Doe v. Unocal: Holding Corporations Liable for Human Rights Abuses on their Watch", *Chapman Law Review*, vol. 8, 2005, p. 135 et s.
- C. Rossillion, "La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", *J.D.I.*, 1955, 76-107.
- N. Rubins, "Les innovations arbitrales dans les récents accords américains de libre-échange : deux pas en avant, un pas en arrière", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 2003, pp. 865-885.
- G. Sacerdoti, "La convention internationale de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales", *Revue de droit des affaires internationales*, n° 1, 1999, p. 3 et s.

- G. Sacerdoti, "The Admission and Treatment of Foreign Investment Under Recent Bilateral and Regional Treaties", *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 1, n° 1, 2000, pp. 105-126.
- G. Sacerdoti, "Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 19, 2004, p.1 et s.
- G. Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models", *SSRN*, 2011, 19 p.
- J. W. Salacuse, "From Developing Countries to Emerging Markets : A Changing Role for Law in the Third World", *The International Lawyer*, vol. 33, n° 4, 1999, pp. 875-890.
- J. W. Salacuse, "The Treatification of International Investment Law", *Law & Business Review of the Americas*, vol. 13, 2007, pp. 155-166.
- J. W. Salacuse, "The Emerging Global Regime for Investment", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, 2010, pp. 427-473.
- J. W. Salacuse et N. p. Sullivan, "Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, vol. 46, 2005, pp. 67-136.
- P. Sanders, "Procedures and Practices under the UNCITRAL Rules", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 27, n° 2/3, 1979, pp. 453-468.
- C. Santulli, "Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D", *AFDI*, vol. 46, 2001, pp. 58-81.
- C. Santulli, "Les juridictions de l'ordre international : Essai d'identification", *AFDI*, vol. 47, n° 1, 2001, pp. 45-61.
- S. W. Schill, "Tearing Down the Great Wall - The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China", *bepress Legal Series*, vol. 1928, 2007, 41 p.
- S. W. Schill, "International Investment Law and the Host States Power to Handle Economic Crises-Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina", *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n° 3, 2007, p. 265 et s.
- S. W. Schill, "German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case", *ASIL Insight*, vol. 11, n° 20, 2007,
- S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law : The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties", *Society of International Economic Law - Working Paper*, n° 18/08, 2008, 26 p.
- S. W. Schill, "Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses", *Berkeley J. Int'l Law*, vol. 27, 2009, pp. 496-569.
- S. W. Schill, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 1-97.
- S. W. Schill, "The Multilateralization of International Investment Law-Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds", *Trade, Law and Development*, vol. 2, n° 1, 2010, pp. 59-86.
- S. Schlemmer-Schulte, "D. Internationale Finanzen I. Globale Finanzinstitutionen", *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 403 et s.
- C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 11, n° 2, 1992, pp. 320-392.
- C. Schreuer, "Commentary on the ICSID Convention : Article 25", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 12, n° 1, 1997, pp. 60-150
- C. Schreuer, "ICSID Annulment Revisited", *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 30, n° 2, 2003, pp. 103-122.
- C. Schreuer, "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n° 2, 2004, pp. 231-256.
- C. Schreuer, "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, vol. 20, 2004, pp. 325-332.
- C. Schreuer, "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n°3, 2005, pp. 357-386.
- C. Schreuer, "Calvo's Grandchildren : The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 1-17.

- C. Schreuer, "The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, pp. 108-159.
- C. Schreuer, "The Coexistence of Local and International Law Remedies", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 4, 2005, p. 10 et s.
- C. Schreuer, "Shareholder Protection in International Investment Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 3, 2005, 21 p.
- C. Schreuer, "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 2, 2006, pp. 129-151.
- C. Schreuer, "Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 24, n° 2, 2009, pp. 521-527.
- C. Schreuer, "Full Protection and Security", *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17.
- C. Schreuer, "From ICSID Annulment to Appeal Half Way Down the Slippery Slope", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, n° 2, 2011, pp. 211-225.
- C. Schreuer, "The Protection of Investments in Armed Conflict", *Transnational Dispute Management*, 2011, 18 p.
- C. Schreuer, "Preventing a Backlash against Investment Arbitration: Could the WTO be the solution?", *Journal of World Investment and Trade*, vol. 12, n° 3, 2011, pp. 435-441.
- C. Schreuer, "Why still ICSID ?", *Transnational Dispute Management*, 2011, pp. 1-7.
- G. Schwarzenberger, "The Most-Favored-Nation Standard in British State Practice", *BYBIL*, vol. 22, 1945, p. 96 et s.
- S. Schwebel, "The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law", *Transnational Dispute Management*, vol. 3, n° 2, 2006, p. 2 et s.
- S. M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 27-30.
- I. Scobbie, "Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 20, 1999, p. 299 et s.
- I. Seidl-Hohenveldern, "The Abs-Shawcross Draft Convention to Protect Private Foreign Investment: Comments on the Round Table", *Journal of Public Law*, vol. 10, 1961, p. 100 et s.
- R. J. Sequeira, "Tribunal Interprets Legacy Chinese BIT in First Chinese ICSID Claim", *International Disputes Quarterly*, 2010,
- H. Seriki, "Umbrella Clauses and Investment Treaty Arbitration: All Encompassing or a Respite for Sovereign States and States Entities", *Journal of Business Law*, 2007, p. 570 et s.
- W. Shan, "Is Calvo Dead", *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, p. 123 et s.
- Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *AJIL*, vol. 99, n° 4, 2005, pp. 835-851.
- Y. Shany, "Jurisdictional Competition between National and International Courts: Could International Jurisdiction-Regulating Rules Apply?", *Hebrew University International Law Research Paper*, n° 02-06, 2006, 67 p.
- S. Sharma, "A Funeral for Fairness and Due Process under NAFTA", *North American Corporate Lawyer*, vol. 7, n° 2, 2003, p. 387 et s.
- D. Shelton, "The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings", *AJIL*, vol. 88, 1994, p. 611 et s.
- T. S. Shenkin, "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 55, 1993, pp. 541-597.
- A. Sheppard, "The Distinction Between Lawful and Unlawful Expropriation", *World Arbitration and Mediation Review*, vol. 2, n° 1-2, 2008, pp. 137-160.
- I. Shihata, "Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: the Roles of ICSID and MIGA", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 1, 1986, p. 4 et s.

- I. F. I. Shihata et A. Parra, "Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 9, 1994, p. 183-213.
- I. F. I. Shihata et A. R. Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 14, n° 2, 1999, pp. 299-361.
- B. Simma, "Self-contained Regimes", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. 16, n° 1, 1985, pp. 111-136.
- B. Simma et A. L. Paulus, "The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View", *AJIL*, vol. 93, n° 2, 1999, pp. 302-316.
- B. Simma et D. Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483-529.
- A. C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411-434.
- A. C. Sinclair, "The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 20, n° 2, 2005, pp. 357-388.
- I. M. Sinclair, "The European Convention on State Immunity", *ICLQ*, vol. 22, 1973, pp. 254-283.
- O. Siseles, "Los Tratados de Protección de las Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos", *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos*, 2003, 10 p.
- H. Slim, "Les contrats d'état et les spécificités des systèmes juridiques dualistes - Les Etats dans le contentieux économique international, I. Le contentieux arbitral", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 691-718.
- L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens", *AJIL*, vol. 55, 1961, pp. 545-584.
- M. Sornarajah, "Problems in Applying the Restrictive Theory of Sovereign Immunity", *ICLQ*, vol. 31, n° 4, 1982, pp. 661-685.
- M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *Journal of World Trade Law*, vol. 20, 1986, pp. 79-98.
- M. Sornarajah, "Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts", *Journal of International Arbitration*, vol. 5, n° 2, 1988, pp. 97-114.
- M. Sornarajah, "Power and Justice in Foreign Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n° 3, 1997, pp. 103-140.
- M. T. Sprague, "A Courageous Course for Latin America: Urging the Ratification of the ICSID", *Houston Journal of International Law*, vol. 5, 1982, pp. 157-178.
- W. Spröte, "Negotiations of a UN Code of Conduct on Transnational Corporations", *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, pp. 331-348.
- T. R. Stauffer, "Valuation of Assets in International Takings", *Energy Law Journal*, vol. 17, 1994, pp. 459-488.
- B. Stephens, "The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002, p. 45 et s.
- B. Stern, "La protection diplomatique des investissements internationaux. De la Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse", *JDI*, vol. 117, n° 4, 1990, pp. 897-948.
- B. Stern, "Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Droit et Pratique du Commerce International*, vol. 17, n° 3, 1991, pp. 394-425.
- B. Stern, "Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999)", *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2000, pp. 403-428.
- F. Sudre, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 16, 1995, pp. 363-384.
- L. Summers, "La clause Calvo", *Revue de Droit International*, vol. 7, 1931, 569-581.
- L. M. Summers, "The Calvo Clause", *Virginia Law Review*, vol. 19, n° 5, 1933, pp. 459-484.
- P. F. Sutherland, "The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", *ICLQ*, vol. 28, n° 3, 1979, pp. 367-400.
- P. Szasz, "The Investment Disputes Convention—Opportunities and Pitfalls (How to Submit Disputes to ICSID)", *Journal of Law and Economic Development*, vol. 1, n° 5, 1970, p. 23 et s.

- P. C. Szasz, "The Investment Disputes Convention and Latin America", *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, 1970, pp. 256-265.
- A. M. Taylor, "Globalization, Trade, and Development - Some Lessons From History", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper n° 9326, 2002, 37 p.
- É. Teynier, "Umbrella Clause : le temps se couvre", *Gazette du Palais*, n° 348, 2006, p. 30 et s.
- J. C. Thomas, "Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 17, n° 1, 2002, pp. 21-101.
- F.-X. Train, "Note", *Gazette du Palais*, 2005, p. 37.
- F. Tschofen, "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 384-427.
- A. Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", *Social Science Research Network*, 2011, 15 p.
- C. Vadcar, "Droit de l'investissement", *JDI*, n° 71, 1999, fascicule 565-50.
- V. S. Vadi, "Trade Mark Protection, Public Health and International Investment Law: Strains and Paradoxes", *European Journal of International Law*, vol. 20, n° 3, 2009, pp. 773-803.
- G. Van Harten, "A Case for An International Investment Court", *Society of International Economic Law - Working Paper*, N°22/08, 2008, 32 p.
- G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 121-150.
- G. van Hecke, "Le projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers", *Revue générale de droit international public*, n° 3, 1964, pp. 641 et s.
- J. Vanderlinden, "Vers une conception nouvelle du pluralisme juridique", *Revue de la recherche juridique*, n° 2, 1993, pp. 573-583.
- K. Vandevelde, "A Comparison of the 2004 and 1994 US Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests", *Yearbook of Investment Arbitration*, vol. 1, 2009, p. 257 et s.
- K. J. Vandevelde, "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988, pp. 201-276.
- K. J. Vandevelde, "US Bilateral Investment Treaties: The Second Wave", *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, 1992, p. 621 et s.
- K. J. Vandevelde, "Investment Liberalization and Economic Development : The Role of Bilateral Investment Treaties", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3, 1998, pp. 501-527.
- K. J. Vandevelde, "A Brief History of International Investment Agreements", *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12, 2005, pp. 157-194.
- K. J. Vandevelde, "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment", *NYUJ Int'l L. & Pol.*, 43, 2010, 43-211.
- G. Vannieuwenhuyse, "Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, n° 1, 2009, pp. 115-141.
- S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *BYBIL*, vol. 70, 2000, pp. 99-164.
- V. V. Veeder, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", *ICLQ*, vol. 47, 1998, pp. 747-792.
- A. Veilleux et R. Bachand, "Droits et devoirs des investisseurs", *Cahier de recherche*, vol. 1, 2001, 44 p.
- G. Verhoosel, "Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards : To ICSID Or Not To ICSID", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 23, n° 1, 2008, pp. 119-154.
- W. D. Verwey et N. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A New Legal Perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 12, 1984, pp. 3-96.
- W. D. Verwey et N. J. Schrijver, "The Taking of Foreign Property under International Law: A new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of international law*, vol. XV, 1984, pp. 3-96.
- S. Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol. 32, 2007, pp. 125-189.

- V. Vesque-Jeancard, H. Desbois et A.-M. Alcabas, "Le contentieux de l'investissement international", *Note bleue de Bercy*, n° 202, 2001,
- I. A. Vincentelli, "The Uncertain Future of ICSID in Latin America", *Independant Research Paper*, 2009, 38 p. .
- A. Vincze, "Jurisdiction *Ratione Personae* in ICSID Arbitration", *European Integration Studies*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 11-122.
- J. E. Vinuales, "State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law", *Bepress Legal Series*, 2007, 20 p.
- M. Waibel, "Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E", *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, n° 3, 2007, p. 637 et s.
- T. Wälde, "Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation", *Arbitration International*, vol. 12, n° 4, 1996, p. 429 et s.
- T. Wälde, "The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/*Pacta sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Transnational Dispute Management*, vol. 1, n° 4, 2004, 48 p.
- T. Wälde, "The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases", *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, 2005, pp. 183-236.
- T. Wälde et A. Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law", *ICLQ*, vol. 50, n° 4, 2001, pp. 811-848.
- T. Wälde et G. Ndi, "'Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation,'" *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, pp. 215-247.
- T. W. é. Wälde, "The Relationship between Local Courts and Investment Treaty Arbitration (Numéro spécial reproduisant le British Institute of International and Comparative Law - Third Investment Treaty Forum Conference)", *Transnational Dispute Management*, vol. 2, n° 4, 2005, 48 p.
- H. Walker, "Provisions on Companies in United States Commercial Treaties", *AJIL*, vol. 50, n° 2, 1956, pp. 373-393.
- W. M. C. Weidemaier, "Toward a Theory of Precedent in Arbitration", *William and Mary Law Review*, vol. 51, 2010, pp. 1895-1958.
- P. Weil, "Vers une normativité relative en droit international ?", *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 5-47.
- P. Weil, "The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage a Trois", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 15, n° 2, 2000, pp. 401-416.
- P. Weil, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique", *Ecrits de droit international*, 2000, pp. 325-350.
- T. Weiler, "A First Look at the Interim Merits Award in *SD Myers, Inc. v. Canada*: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 24, 2000, pp. 173-187.
- T. Weiler, "Dodging Bullets: A First Look at the Final Award in the *Loewen Group and Raymond Loewen v. U.S.A.*", *Journal of World Investment*, vol. 4, 2003, pp. 659-731.
- J. Werner, "The trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, pp. 5-16.
- J. A. Westberg et B. p. Marchais, "General Principles Governing Foreign Investment as Articulated in Recent International Tribunal Awards and Writings of Publicists", *ICSID Rev. - FILJ*, vol. 7, n° 2, 1992, pp. 453-496.
- B. H. Weston, "Constructive Takings under International Law : A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, 1975, pp. 103-175.
- J. G. Wetter et S. M. Schwebel, "Some Little-Known Cases on Concessions", *BYBIL*, vol. 40, 1964, pp. 183-232.
- D. Williams, "International Commercial Arbitration and Globalization : Review and Recourse against Awards rendered under Investment Treaties", *The Journal of World Investment*, vol. 4, n° 2, 2003, pp. 251-276.
- J. G. Williamson, "Winners and Losers over Two Centuries of Globalization", *National Bureau of Economic Research*, 2002, 58 p.

- R. Wisner et N. Gallus, "Nationality Requirements in Investor-State Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n° 6, 2004, pp. 927-945.
- R. Wolfe, "Regulatory Transparency, Developing Countries and the WTO", *World Trade Review*, vol. 2, n° 2, 2003, pp. 157-182.
- J. Wong, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2006, pp. 135-177.
- G. R. Woodman, "Legal Pluralism and the Search for Justice", *Journal of African Law*, vol. 40, n° 2, 1996, pp. 152-167.
- J. Yackee, "*Pacta Sunt Servanda* and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties : Myth and Reality", *Fordham International Law Journal*, vol. 32, n° 5, 2009, pp. 1550-1613.
- H. Zeitler, "The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors", *Stockholm International Arbitration Review*, vol. 1, n° 3, 2005, pp. 1-34.
- S. Zia-Zarifi, "Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law", *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 4, 1999, p. 81 et s.
- R. Ziadé, "Comparaison entre les trois principaux règlements d'arbitrage : CIRDI, CNUDCI et CCI", *Revue de droit des affaires de l'université Panthéon Assas*, n° 6, 2008, pp. 21-35.

V. Documents d'organisations internationales

- AMGI, *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency and Commentary on the Convention*, Publications de l'AMGI, Washington, D.C., 1985, 73 p.
- Banque mondiale, *Global Economic Prospects and the Developing Countries*, Publications de la Banque mondiale, Washington, D.C., 2003, XXII-219 p.
- Banque mondiale, *World Development report - A Better Investment Climate for Everyone*, Oxford University Press, Washington, 2005, XVI-271 p.
- CDI et J. Crawford, "Premier rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Documents de la cinquantième session, 1998, pp. 1-78.
- CDI et M. Koskeniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, New-York, 2006, 279 p.
- CDI et R. Ago, "Additif au huitième rapport sur la responsabilité des Etats - Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 1, 1980, pp. 14-68.
- CDI et R. Ago, "Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, A/CN.4/291, 1976, pp. 3-58.
- CDI et R. Ago, "Troisième rapport sur la responsabilité des Etats", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, A/CN.4/246, 1971, pp. 209-289.
- CDI, "Clause de la nation la plus favorisée - Rapport du groupe de travail", *Annuaire de la Commission du droit international*, A/CN.4/L.719, 2007, 16 p.
- CDI, "Conclusions des travaux du groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 2006, 15 p.
- CDI, "Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 2006, pp. 13-104.
- CDI, "Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, n° 2, 2001, pp. 61-393.
- CDI, "Projet d'Articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens et commentaires y relatifs", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, n° 2, 1991, pp. 13-64.
- CDI, "Responsabilité internationale : cinquième rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, Doc. A/CN.4/125, 1960, pp. 38-63.
- CDI, "Responsabilité internationale : deuxième rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Doc. A/CN.4/106, 1957, pp. 119-146.
- CDI, "Responsabilité internationale : quatrième rapport de F. V. Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II, Document A/CN.4/119, 1959, pp. 1-36.
- CDI, "Responsabilité internationale : Rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Document A/CN.4/96, 1956, pp. 175-231.
- CDI, "Responsabilité internationale : sixième rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, Doc. A/CN.4/134, 1961, pp. 1-56.
- CDI, "Responsabilité internationale : troisième rapport de F.V. Garcia Amador, rapporteur spécial", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2, Doc. A/CN.4/111, 1958, pp. 49-76.
- Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *Bilateral Investment Treaties*, Publications des Nations Unies, Londres, 1988, X-271 p.
- CIRDI, *Affaires du CIRDI - Statistiques*, Numéro 2012-1, Washington, 2012, 27 p.
- CIRDI, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States : Analysis of Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention*, CIRDI, Washington, 1968, IV volumes.

CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, CIRDI, Washington, 1968, XI-867 p.

CIRDI, *Possible Improvements of the Framework for ICSID*, Secretariat Discussion Paper, Washington, 2004, 8 p.

CIRDI, *Rapport annuel*, Publications du CIRDI, Washington, D.C., 2011, 72 p.

CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, V-136 p.

CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2007, XIV-156 p.

CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, Genève, 1998, XII-305 p.

CNUCED, *Competition*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/6, Publications des Nations Unies, Genève, 2004, X-102 p.

CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger*, UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2009, 126 p.

CNUCED, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives - World Investment Report*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, XX-304 p.

CNUCED, *International Investment Arrangement : Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, Publications des Nations Unies, Genève, 2006, XII-98 p.

CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium - Volume IV*, UNCTAD/DITE/2(Vol. IV), Publications des Nations Unies, Genève, 2000, 572 p.

CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium - Volume V*, UNCTAD/DITE/2(Vol. V), Publications des Nations Unies, Genève, 2000, 414 p. .

CNUCED, *Investment Agreements : Keys Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, Publications des Nations Unies, Genève, 2004, XXIV-387 p.

CNUCED, *Investment-Related Trade Measures*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, Genève, 1999, VIII-52 p.

CNUCED, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4, Publications des Nations Unies, Genève, 2005, 96 p.

CNUCED, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/3, Publications des Nations Unies, Genève, 2010, 16 p.

CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, Publications des Nations Unies, Genève, 2010, XVI-141 p.

CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. III), Publications des Nations Unies, Genève, 1999, VIII-54 p.

CNUCED, *National Treatment*, UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol. IV), Publications des Nations Unies, Genève, 1999, X-85 p.

CNUCED, *Occasional Note - International Investment Disputes on the Rise*, UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2, Publications des Nations Unies, Genève, 2004, 7 p.

CNUCED, *Research Note: Recent Developments in International Investment Agreements*, UNCTAD/WAB/ITE/IIT/2005/1, Publications des Nations Unies, Genève, 2005, 21 p.

CNUCED, *Scope and Definition*, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, Publications des Nations Unies, Genève, 2011, 149 p.

CNUCED, "Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements", *IIA Issues Note*, n° 2, 2011, 9 p.

CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, 70 p.

CNUCED, *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp. 211-224, p. 212

CNUCED, *Transfer of Funds*, UNCTAD/ITE/IIT/20, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, IX-69 p.

CNUCED, *Transfer of Technology*, UNCTAD/ITE/IIT/28, Publications des Nations Unies, Genève, 2001, IX-137 p.

CNUCED, *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, UNCTAD/ITE/IIT/13, Publications des Nations Unies, Genève, 1999, IX-122 p.

CNUCED, *World Investment Prospects Survey, 2008-2010*, 2008a, Publications des Nations Unies, Genève, 2008, VII-68 p.

CNUCED, *World Investment Report 2003 - FDI Policies for Development : National and International Perspectives*, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, XX--303 p.

CNUCED, *World Investment Report - Towards a New Generation of Investment Policies*, Publications des Nations Unies, Genève, 2012, XXXII-204 p.

CNUCED, *World Investment Report - Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Publications des Nations Unies, Genève, 2008, XXVI-294 p.

IISD et WWF, *Private Rights, Public Problems - A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2001, X-110 p.

International Law Association, *Final Report of the Committee : Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, International Law Association, Londres, 2000, 66 p.

International Law Association, *Res Judicata and Arbitration*, Conférence de Berlin, 2004, 27 p.

M. Koskenniemi, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, 2006, New-York, 279 p.

OCDE, *Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement*, Publications de l'OCDE, Paris, 1984, 82 p.

OCDE, *Cadre pour la transparence de la politique d'investissement*, Publications de l'OCDE, Paris, 2003, 8 p.

OCDE, *Code de l'OCDE sur la libération des mouvements de capitaux - Quarante années d'expérience*, Les éditions de l'OCDE, Paris, 2004, 228 p.

OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, Publications de l'OCDE, Paris, 2010, 284 p.

OCDE, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, 2006/3, Publications de l'OCDE, Paris, 2006, 29 p.

OCDE, *L'Accord multilatéral sur l'investissement - projet de texte consolidé*, DAF/MAI(98)7/REV1, OCDE, Paris, 1998, 153 p.

OCDE, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, Direction des Affaires Financières et des Entreprises - Document de travail sur l'investissement international, Paris, septembre 2004, 44 p.

OCDE, *Le droit international de l'investissement - Comprendre les concepts et suivre les innovations*, Publications de l'OCDE, Paris, 2008, 340 p.

OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Numéro 2004/2, Publications de l'OCDE, Paris, 2004, 26 p.

OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Editions OCDE, Paris, 2011, 101 p.

OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007 - Liberté d'investissement dans un mode de changement*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, 284 p.

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, Publications de l'OCDE, Paris, 2005, 8 p.

OCDE, *Rapport de l'OCDE portant plan d'action en faveur de mesures sur la réforme de la réglementation*, Publications de l'OCDE, Paris, 1997, 42 p.

OCDE, *Rapport du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales*, n° 84/14, OCDE, Paris, 1984, 33 p.

OCDE, *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, Publications de l'OCDE, Paris, 1995, 24 p.

OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, N° 2005/1, Publications de l'OCDE, Paris, 2005, 27 p.

OCDE, *Vers des règles multilatérales sur l'investissement*, Publications de l'OCDE, Paris, 1996, 180 p.
Secrétariat des Nations Unies, "'Force majeure" et cas fortuit en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine", *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1978, pp. 58-223.

JURISPRUDENCE

CIRDI	60
CNUDCI	71
CPJI / CIJ	73
Autres	75

CIRDI*

	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Date</i>
CIRDI	<i>Abaclat et autres contre Argentine (ARB/07/5)</i>	Décision	4 août 2011
CIRDI	<i>ADC Affiliate Ltd et ADC & ADMC Management Ltd contre Hongrie (ARB/03/16)</i>	Sentence	2 octobre 2006
CIRDI	<i>ADF Group Inc. contre Etats-Unis d'Amérique (ARB(AF)/00/1)</i>	Sentence	9 janvier 2003
CIRDI	<i>Adriano Gardella SpA contre Côte d'Ivoire (ARB/74/1)</i>	Sentence	29 août 1977
CIRDI	<i>AES Corporation contre Argentine (ARB/02/17)</i>	Décision sur la compétence	26 avril 2005
CIRDI	<i>AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Erőmű Kft contre Hongrie (ARB/07/22)</i>	Sentence	23 septembre 2010
CIRDI	<i>African Holding Company of America Inc. et Société Africaine de Construction au Congo SARL contre République démocratique du Congo (ARB/05/21)</i>	Sentence sur la compétence	29 juillet 2008
CIRDI	<i>AGIP SpA contre Congo (ARB/77/1)</i>	Sentence	30 novembre 1979
CIRDI	<i>Aguas Cordobesas SA Suez et Sociedad General de Aguas de Barcelona SA contre Argentine (ARB/03/18)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	24 janvier 2007
CIRDI	<i>Aguas del Tunari S.A. contre Bolivie (ARB/02/3)</i>	Décision sur la compétence	21 octobre 2005
CIRDI	<i>Ahmonseto Inc et autres contre Egypte (ARB/02/15)</i>	Sentence	18 juin 2007
CIRDI	<i>AIG Capital Partners Inc et CJSC Tema Real Estate Company contre Kazakhstan (ARB/01/6)</i>	Sentence	7 octobre 2003
CIRDI	<i>Alcoa Minerals of Jamaica Inc contre Jamaica (ARB/74/2)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	27 février 1977
CIRDI	<i>Alcoa Minerals of Jamaica Inc. contre Jamaïque (ARB/74/2)</i>	Décision sur la compétence	6 juillet 1975
CIRDI	<i>Alex Genin Eastern Credit Ltd Inc. contre Estonie (ARB/99/2)</i>	Sentence	25 juin 2001
CIRDI	<i>Alimenta SA contre The Gambia (ARB/99/5)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	3 mai 2001
CIRDI	<i>Alpha Projektholding GmbH contre Ukraine (ARB/07/16)</i>	Sentence	8 novembre 2010
CIRDI	<i>Amco Asia Corporation et al contre Indonésie (ARB/81/1)</i>	Décision du Comité ad hoc	16 mai 1986
CIRDI	<i>Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie (ARB/81/1)</i>	Décision sur la compétence	25 septembre 1983
CIRDI	<i>Amco Asia Corporation et autres contre Indonésie (ARB/81/1)</i>	Sentence	20 novembre 1984
CIRDI	<i>Amco contre Indonésie (ARB/81/1)</i>	Décision sur la requête de récusation	24 juin 1982
CIRDI	<i>Amco contre Indonésie (ARB/81/1)</i>	Décision du Comité ad hoc	17 décembre 1992
CIRDI	<i>American Manufacturing & Trading Inc. contre République Démocratique du Congo (ARB/93/1)</i>	Sentence	21 février 1997
CIRDI	<i>American Manufacturing & Trading Inc. contre République Démocratique du Congo (ARB/93/1)</i>	Demande de révision	29 janvier 1999

* Il apparaît utile d'intégrer une liste complète de la jurisprudence du CIRDI (source : <http://icsid.worldbank.org>). Pour plus de clarté, la plupart des affaires auxquelles il est fait référence dans le corps de la thèse sont inscrites en caractères gras.

CIRDI	<i>American Manufacturing and Trading contre Zaïre (ARB/93/1)</i>	Sentence	21 février 1997
CIRDI	<i>Amto contre Ukraine</i>	Sentence	26 février 2008
CIRDI	<i>Antoine Goetz et autres contre Burundi (ARB/01/2)</i>	Sentence	21 juin 2012
CIRDI	<i>Antoine Goetz et autres contre Burundi (ARB/95/3)</i>	Décision sur la responsabilité	2 septembre 1998
CIRDI	<i>Antoine Goetz et autres contre Burundi (ARB/95/3)</i>	Sentence	29 janvier 1999
CIRDI	<i>Antoine Goetz et autres contre Burundi (ARB/95/3)</i>	Transaction	10 février 1999
CIRDI	<i>Archer Daniels Midlet et Tate & Lyle Ingredients Americas Inc contre Mexique (ARB(AF)/04/5)</i>	Sentence	21 novembre 2007
CIRDI	<i>Asian Agricultural Products Ltd contre Sri Lanka (ARB/87/3)</i>	Sentence	27 juin 1990
CIRDI	<i>Astaldi SpA & Columbus Latinoamericana de Construcciones SA contre Honduras (ARB/99/8)</i>	Transaction	19 octobre 2000
CIRDI	<i>Atlantic Triton Company Ltd contre Guinée (ARB/84/1)</i>	Sentence	21 avril 1986
CIRDI	<i>Autopista Concesionada de Venezuela CA contre Bolivarian Venezuela (ARB/00/5)</i>	Sentence	23 septembre 2003
CIRDI	<i>Azinian Davitian & Baca contre Mexique (ARB(AF)/97/2)</i>	Sentence	1 novembre 1999
CIRDI	<i>Azurix Corp contre Argentine (ARB/01/12)</i>	Décision sur la compétence	8 décembre 2003
CIRDI	<i>Azurix Corp contre Argentine (ARB/01/12)</i>	Sentence	14 juillet 2006
CIRDI	<i>Azurix Corp contre Argentine (ARB/01/12)</i>	Décision sur la demande d'annulation	1 septembre 2009
CIRDI	<i>Azurix Corp contre Argentine (ARB/01/12)</i>	Décision sur la récusation du Président du tribunal	25 février 2005
CIRDI	<i>Banro American Resource et SAKIMA contre République Démocratique du Congo (ARB/98/7)</i>	Sentence	1 septembre 2000
CIRDI	<i>Barmek contre Azerbaïdjan (ARB/06/16)</i>	Transaction	28 septembre 2009
CIRDI	<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS contre Pakistan (ARB/03/29)</i>	Décision sur la compétence	14 novembre 2005
CIRDI	<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS contre Pakistan (ARB/03/29)</i>	Sentence	27 août 2009
CIRDI	<i>Bayview contre Mexique (ARB(AF)/05/1)</i>	Sentence	19 juin 2007
CIRDI	<i>Bernadus Henricus Funnekotter et autres contre Zimbabwe (ARB/05/6)</i>	Sentence	22 avril 2009
CIRDI	<i>Biwater Gauff contre Tanzanie (ARB/05/22)</i>	Sentence	24 juillet 2008
CIRDI	<i>Booker plc contre Co-operative Guyana (ARB/01/9)</i>	Sentence	1 octobre 2003
CIRDI	<i>BP America Production Company Pan American Sur SRL Pan American Fueguina SRL et Pan American Continental SRL et autres contre Argentine (ARB/04/8) (consolidé par ICSARB/03/13)</i>	Décision sur les objections préliminaires	27 juillet 2006
CIRDI	<i>BP America Production Company Pan American Sur SRL Pan American Fueguina SRL et Pan American Continental SRL et autres contre Argentine (ARB/04/8) (consolidé par ICSARB/03/13)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	20 août 2008
CIRDI	<i>Bretes Investment Partners LP contre Bolivarian Venezuela (ARB/08/3)</i>	Décision en vertu de l'article 41(5)	2 février 2009
CIRDI	<i>Bureau Veritas Inspection Valuation Assessment and Control BIVAC contre Paraguay (ARB/07/9)</i>	Décision sur la compétence	29 mai 2009

CIRDI	<i>Burlington Resources Inc et autres contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/08/5)</i>	Ordonnance sur les mesures provisoires	29 juin 2008
CIRDI	<i>Cable Television of Nevis Ltd et Cable Television of Nevis Holdings Ltd contre Fédération de Saint-Kitts-et-Nevis (ARB/95/2)</i>	Sentence déclinant la compétence	13 janvier 1997
CIRDI	<i>Camuzzi International S.A. contre Argentine (ARB/03/7)</i>	Décision sur la compétence	10 juin 2005
CIRDI	<i>Cargill Incorporated contre Pologne (ARB(AF)/04/2)</i>	Transaction	10 mars 2005
CIRDI	<i>Cargill Incorporated contre Pologne (ARB(AF)/04/2)</i>	Sentence	18 septembre 2009
CIRDI	<i>CDC Group plc contre Seychelles (ARB/02/14)</i>	Sentence	17 décembre 2003
CIRDI	<i>Cementownia "Nowa Huta" S.A. contre Turquie (ARB(AF)/06/2)</i>	Sentence	17 septembre 2009
CIRDI	<i>Cemex Asia Holdings Ltd contre Indonesia (ARB/04/3)</i>	Transaction	23 février 2007
CIRDI	<i>Československa obchodna Banka as contre Slovak (ARB/97/4)</i>	Sentence	29 décembre 2004
CIRDI	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka as contre Slovaquie (ARB/97/4)</i>	Décision sur la compétence	24 mai 1999
CIRDI	<i>Ceskoslovenska Obchodni Banka as contre Slovaquie (ARB/97/4)</i>	Seconde décision sur la compétence	1 décembre 2000
CIRDI	<i>Champion Trading Company et Ameritrade International Inc contre Egypte (ARB/02/9)</i>	Sentence	27 octobre 2006
CIRDI	<i>Chevron Block Twelve & Chevron Blocks Thirteen et Fourteen contre Bangladesh (ARB/06/10)</i>	Décision sur la compétence	21 août 2007
CIRDI	<i>CIT Group Inc. contre Argentine (ARB/04/9)</i>	Ordonnance	12 mai 2009
CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company contre Argentine (ARB/01/8)</i>	Décision sur la compétence	17 juillet 2003
CIRDI	<i>CMS Gas Transmission Company contre Argentine (ARB/01/8)</i>	Sentence	12 mai 2005
CIRDI	<i>Colt Industries Operating Corporation contre Korea (ARB/84/2)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	3 août 1990
CIRDI	<i>Commerce Groupe Corp et San Sebastian Goldmines Inc. contre El Salvador (ARB/09/17)</i>	Sentence	14 mars 2011
CIRDI	<i>Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais contre Gabonese (ARB/04/5)</i>	Sentence	7 mars 2008
CIRDI	<i>Compagnie Française pour le Développement des Fibres Textiles contre Côte d'Ivoire (ARB/97/8)</i>	Transaction	4 avril 2000
CIRDI	<i>Compana de Aguas des Aconquija S.A. contre Argentine – Vivendi I - (ARB/97/3)</i>	Sentence	21 novembre 2000
CIRDI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal contre Argentine (ARB/97/3)</i>	Décision sur la compétence	14 novembre 2005
CIRDI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi contre Argentine (ARB/97/3)</i>	Décision sur la récusation du Président	3 octobre 2001
CIRDI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine (ARB/97/3)</i>	Sentence	21 novembre 2000
CIRDI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine (ARB/97/3)</i>	Sentence II	20 août 2007
CIRDI	<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal contre Argentine (ARB/97/3)</i>	Décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation	3 juillet 2002
CIRDI	<i>Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. contre Costa Rica (ARB/96/1)</i>	Sentence	17 février 2000
CIRDI	<i>Consortium RFCC contre Maroc (ARB/00/6)</i>	Décision sur la compétence	16 juillet 2001

CIRDI	<i>Consortium RFCC contre Maroc (ARB/00/6)</i>	Sentence	22 décembre 2003
CIRDI	<i>Consortium RFCC contre Maroc (ARB/00/6)</i>	Décision d'annulation	18 janvier 2006
CIRDI	<i>Consorzio Lesi-Dipenta contre Algérie (ARB/03/8)</i>	Sentence d'incompétence	10 janvier 2005
CIRDI	<i>Continental Casualty Company contre Argentine (ARB/03/9)</i>	Décision sur la compétence	22 février 2006
CIRDI	<i>Continental Casualty Company contre Argentine (ARB/03/9)</i>	Sentence	5 septembre 2008
CIRDI	<i>Corn Products International Inc contre Mexique (ARB(AF)/04/1)</i>	Décision sur la responsabilité	15 janvier 2008
CIRDI	<i>Corn Products International Inc contre Mexique (ARB(AF)/04/1)</i>	Sentence	18 août 2009
CIRDI	<i>Corn Products International Inc. contre Mexique (ARB(AF)/04/1)</i>	Décision sur la responsabilité	15 janvier 2008
CIRDI	<i>Desert Line Projects LLC contre Yemen (ARB/05/17)</i>	Sentence	6 février 2008
CIRDI	<i>Duke Energy Electroquil Partners et Electroquil S.A. contre Equateur (ARB/04/19)</i>	Sentence	12 août 2008
CIRDI	<i>Duke Energy International Perou Investments No 1 Ltd contre Perou (ARB/03/28)</i>	Sentence	18 août 2008
CIRDI	<i>Ed Züblin AG contre Arabie Saoudite (ARB/03/01)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	22 juillet 2003
CIRDI	<i>EDF (Services) Ltd contre Roumanie (ARB/05/13)</i>	Sentence	8 octobre 2009
CIRDI	<i>El Paso Energy International Company contre Argentine (ARB/03/15)</i>	Décision sur la compétence	27 avril 2006
CIRDI	<i>El Paso Energy International Company contre Argentine (ARB/03/15)</i>	Sentence	31 octobre 2011
CIRDI	<i>Emilio Agustin Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)</i>	Ordonnance sur les mesures provisoires	28 octobre 1999
CIRDI	<i>Emilio Agustin Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)</i>	Décision sur la compétence	25 janvier 2000
CIRDI	<i>Emilio Agustin Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)</i>	Sentence	13 novembre 2000
CIRDI	<i>Emilio Agustin Maffezini contre Espagne (ARB/97/7)</i>	Rectification de la Sentence	31 janvier 2001
CIRDI	<i>Empresa Electrica del Ecuador Inc (Emelec) contre Equateur (ARB/05/9)</i>	Sentence	2 juin 2009
CIRDI	<i>Empresa Nacional de Electricidad S.A. contre Argentine (ARB/99/4)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	8 février 2001
CIRDI	<i>Empresas Lucchetti S.A. et Lucchetti Peru S.A. contre Pérou (ARB/03/4)</i>	Sentence	7 février 2005
CIRDI	<i>Enron contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Sentence	22 mai 2007
CIRDI	<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Décision sur la compétence	14 janvier 2004
CIRDI	<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Sentence	22 mai 2007
CIRDI	<i>Enron Corporation and Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Décision sur la demande d'annulation	30 juillet 2010
CIRDI	<i>Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Décision sur la compétence sur les demandes accessoires	2 août 2004
CIRDI	<i>Enron Corporation et Ponderosa Assets LP contre Argentine (ARB/01/3)</i>	Décision de rectification	27 octobre 2007
CIRDI	<i>ETI Euro Telecom International NV contre Bolivie (ARB/07/28)</i>	Décision d'enregistrement de l'affaire	31 octobre 2007

CIRDI	<i>Eudoro Armeto Olguin contre Paraguay (ARB/98/5)</i>	Sentence	26 juillet 2001
CIRDI	<i>Europe Cement Investment et Trade S.A. contre Turquie (ARB(AF)/07/2)</i>	Sentence	13 août 2009
CIRDI	<i>F-W Oil Interests Inc contre Trinidad & Tobago (ARB/01/14)</i>	Sentence	3 mars 2006
CIRDI	<i>Fedax NV contre Venezuela (ARB/96/3)</i>	Décision sur la compétence	11 juillet 1997
CIRDI	<i>Fedax NV contre Venezuela (ARB/96/3)</i>	Sentence	9 mars 1998
CIRDI	<i>Fireman's Fund Insurance Company contre Mexique (ARB(AF)/02/1)</i>	Décision sur la compétence	17 juillet 2003
CIRDI	<i>Fireman's Fund Insurance Company contre Mexique (ARB(AF)/02/1)</i>	Sentence	17 juillet 2006
CIRDI	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines (ARB/03/25)</i>	Sentence	16 août 2007
CIRDI	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contre Philippines (ARB/03/25)</i>	Décision du Comité <i>ad hoc</i>	23 décembre 2010
CIRDI	<i>Gabon contre Société Serete S.A. (ARN/76/1)</i>	Règlement amiable	27 février 1978
CIRDI	<i>Gas Natural SDG S.A. contre Argentine (ARB/03/10)</i>	Décision sur la compétence	17 juin 2005
CIRDI	<i>Generation Ukraine contre Ukraine (ARB/00/9)</i>	Sentence	16 septembre 2003
CIRDI	<i>Genin et al contre Estonie (ARB/99/2)</i>	Sentence	25 juin 2001
CIRDI	<i>Goetz et autres contre Burundi (ARB/95/3)</i>	Sentence	10 février 1999
CIRDI	<i>Gouvernement de la ProvInc.e du Kalimantan oriental contre PT Kaltim Prima Coal et al (ARB/07/3)</i>	Sentence	28 décembre 2009
CIRDI	<i>GRAD Associates PA contre Bolivarian Venezuela (ARB/00/3)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	5 février 2002
CIRDI	<i>Gruslin contre Malaisie (ARB/99/3)</i>	Sentence finale	27 novembre 2000
CIRDI	<i>Guadalupe Gas Products Corporation contre Nigeria (ARB/78/1)</i>	Transaction	22 juillet 1980
CIRDI	<i>Gustav FW Hamester GmbH & Co KG contre Ghana (ARB/07/24)</i>	Sentence	18 juin 2010
CIRDI	<i>Helnan International Hotels AS contre Egypte (ARB/05/19)</i>	Décision sur la compétence	17 octobre 2006
CIRDI	<i>Helnan International Hotels AS contre Egypte (ARB/05/19)</i>	Sentence	7 juin 2008
CIRDI	<i>Hochtief AG contre Argentine (ARB/07/31)</i>	Décision sur la compétence	24 octobre 2011
CIRDI	<i>Holiday Inns S.A. et autres contre Maroc (ARB/72/1)</i>	Décision	23 septembre 1974
CIRDI	<i>Houston Industries Energy Inc. et al contre Argentine (ARB/98/1)</i>	Sentence	24 août 2001
CIRDI	<i>Hussein Nuaman Soufraki contre Emirats Arabes Unis (ARB/02/7)</i>	Décision sur l'annulation	5 juin 2007
CIRDI	<i>Hussein Nuamar Soufraki contre Emirats arabes unis (ARB/02/7)</i>	Sentence	7 juillet 2004
CIRDI	<i>IBM World Trade Corp contre Equateur (ARB/02/10)</i>	Décision sur la compétence	22 décembre 2003
CIRDI	<i>IBM World Trade Corp contre Equateur (ARB/02/10)</i>	Sentence	22 juillet 2004
CIRDI	<i>Impregilo SpA contre Argentine (ARB/07/17)</i>	Sentence	21 juin 2011

CIRDI	<i>Impregilo SpA contre Pakistan (ARB/02/2)</i>	Sentence	11 juin 2002
CIRDI	<i>Impregilo SpA contre Pakistan (ARB/03/3)</i>	Décision sur la compétence	22 avril 2005
CIRDI	<i>Impregilo SpA et Rizzani De Eccher SpA contre Emirats Arabes Unis (ARB/01/1)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	7 août 2001
CIRDI	<i>Inc.eyasa Vallisoletana SL contre El Salvador (ARB/03/26)</i>	Sentence	2 août 2006
CIRDI	<i>Industria Nacional de Alimentos SA et Indalsa Peru SA (ARB/03/4)</i>	Sentence	7 février 2005
CIRDI	<i>Ioan Micula Viorel Micula et autres contre Roumanie (ARB/05/20)</i>	Décision sur la compétence	24 septembre 2008
CIRDI	<i>Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie (ARB/05/18)</i>	Décision sur la compétence	6 juillet 2007
CIRDI	<i>Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie (ARB/05/18)</i>	Sentence	3 mars 2010
CIRDI	<i>Ioannis Kardassopoulos contre Géorgie (ARB/05/18)</i>	Demande de révision	21 janvier 2011
CIRDI	<i>Itera International Energy LLC et Itera Group NV contre Géorgie (ARB/08/7)</i>	Décision sur l'admissibilité des demandes accessoires	4 décembre 2009
CIRDI	<i>Jacobs Gibb Ltd contre Jordanie (ARB/02/12)</i>	Transaction	13 octobre 2004
CIRDI	<i>Jan de Nul NV contre et Dredging International NV contre contre Egypte (ARB/04/13)</i>	Sentence	6 novembre 2008
CIRDI	<i>Jan de Nul NV et Dredging International NV contre Egypte (ARB/04/13)</i>	Décision sur la compétence	16 juin 2006
CIRDI	<i>Jan de Nul NV et Dredging International NV contre Egypte (ARB/04/13)</i>	Sentence	24 octobre 2008
CIRDI	<i>Joseph C. Lemire contre Ukraine (ARB(AF)/98/1)</i>	Transaction	18 septembre 2000
CIRDI	<i>Joseph C. Lemire contre Ukraine (ARB/06/18)</i>	Décision sur la compétence et la responsabilité	21 janvier 2010
CIRDI	<i>Joseph C. Lemire contre Ukraine (ARB/06/18)</i>	Sentence	28 mars 2011
CIRDI	<i>Joy Mining Machinery Ltd contre Egypte (ARB/03/11)</i>	Sentence	6 août 2004
CIRDI	<i>Kaiser Bauxite contre Jamaïque (ARB/03/22)</i>	Sentence	6 juillet 1975
CIRDI	<i>Karmer Marble Tourism Construction Industry et Commerce Ltd Liability contre Géorgie (ARB/08/19)</i>	Décision sur les mesures provisoires	25 janvier 2010
CIRDI	<i>Klöckner contre Cameroun (ARB/81/2)</i>	Sentence	21 octobre 1983
CIRDI	<i>Klöckner contre Cameroun (ARB/81/2)</i>	Décision du Comité ad hoc	3 mai 1985
CIRDI	<i>Lafarge contre Cameroun (ARB/02/4)</i>	Ordonnance	13 juin 2003
CIRDI	<i>Lanco International Inc contre Argentine (ARB/97/6)</i>	Ordonnance	17 octobre 2000
CIRDI	<i>Lanco International Inc. contre Argentine (ARB/97/6)</i>	Décision sur la compétence	8 décembre 1998
CIRDI	<i>Leaf Tobacco A Michaelides SA et Greek-Albanien Leaf Tobacco & Co SA contre Albanie (ARB/95/1)</i>	Ordonnance	30 janvier 1997
CIRDI	<i>LESI SpA et ASTALDI SpA contre Algérie (ARB/05/3)</i>	Décision sur la compétence	12 juillet 2006
CIRDI	<i>LESI SpA et Astaldi SpA contre Algérie (ARB/05/3)</i>	Sentence	12 novembre 2008

CIRDI	LETCO contre Liberia (ARB/83/2)	Sentence	31 mars 1986
CIRDI	<i>LG & E Energy Corp LG & E Capital Corp and LG & E International Inc contre Argentine (ARB/02/1)</i>	Décision sur la compétence	30 avril 2004
CIRDI	<i>LG & E Energy Corp LG & E Capital Corp and LG & E International Inc contre Argentine (ARB/02/1)</i>	Sentence	25 juillet 2007
CIRDI	LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp et LG&E International Inc. contre Argentine (ARB/02/1)	Décision	3 octobre 2006
CIRDI	LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp et LG&E International Inc. contre Argentine (ARB/02/1)	Sentence	25 juillet 2007
CIRDI	<i>LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp et LG&E International Inc. contre Argentine (ARB/02/1)</i>	Décision	8 juillet 2008
CIRDI	<i>Liberian Eastern Timber Corporation contre Liberia (ARB/83/2)</i>	Sentence	31 mars 1986
CIRDI	Lucchetti S.A. et Lucchetti Perou S.A. contre Pérou (ARB/03/4)	Décision d'annulation	5 septembre 2007
CIRDI	Lucchetti SA et Lucchetti Perou SA contre Pérou (ARB/03/4)	Décision sur la compétence	7 février 2005
CIRDI	Malaysian Historical Salvors SDN BHD contre Malaisie (ARB/05/10)	Sentence	28 mai 2007
CIRDI	Malaysian Historical Salvors SDN BHD contre Malaisie (ARB/05/10)	Décision sur la demande d'annulation	16 avril 2009
CIRDI	<i>Marion Unglaube contre Costa Rica (ARB/08/1)</i>	Sentence	16 mai 2012
CIRDI	Maritime International Nominees Establishment contre Guinée (ARB/84/4)	Sentence	6 janvier 1988
CIRDI	Maritime International Nominees Establishment contre Guinée (ARB/84/4)	Décision du Comité ad hoc	22 décembre 1989
CIRDI	<i>Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique (ARB(AF)/99/1)</i>	Décision sur la compétence	6 décembre 2000
CIRDI	Marvin Roy Feldman Karpa contre Mexique (ARB(AF)/99/1)	Sentence	16 décembre 2002
CIRDI	MCI Power Group LC et New Turbine Inc contre Equateur (ARB/03/6)	Sentence	31 juillet 2007
CIRDI	<i>MCI Power Group LC et New Turbine Inc contre Equateur (ARB/03/6)</i>	Décision d'annulation	19 octobre 2009
CIRDI	Metalclad Corporation contre Mexique (ARB(AF)/97/1)	Sentence	30 août 2000
CIRDI	<i>Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. contre Argentine (ARB/03/5)</i>	Décision sur la compétence	27 avril 2006
CIRDI	<i>Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. contre Argentine (ARB/03/5)</i>	Sentence	6 juin 2008
CIRDI	Micula et al contre Roumanie (ARB/05/20)	Décision sur la compétence	28 septembre 2008
CIRDI	<i>Middle East Cement Shipping et Heiting Co S.A. contre Egypte (ARB/99/6)</i>	Sentence	12 avril 2002
CIRDI	Mihaly International Corporation contre Sri Lanka (ARB/00/2)	Sentence	15 mars 2002
CIRDI	<i>MimInc.o LLC et autres contre République démocratique du Congo (ARB/03/14)</i>	Transaction	19 novembre 2007
CIRDI	Mobil Argentina S.A. contre Argentine (ARB/99/1)	Interruption de la procédure	9 avril 1999
CIRDI	<i>Mobil Argentine SA contre Argentine (ARB/99/1)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	21 juillet 1999
CIRDI	Mondev International Ltd contre Etats-Unis (ARB(AF)/99/2)	Sentence	11 octobre 2002

CIRDI	<i>Motorola Credit Corporation Inc contre Turquie (ARB/04/21)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	21 novembre 2005
CIRDI	<i>MTD Equity Sdn Bhd Et MTD Chile S.A. contre Chili (ARB/01/7)</i>	Décision du Comité ad hoc	1 juin 2005
CIRDI	<i>MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chili S.A. contre Chili (ARB/01/7)</i>	Sentence	25 mai 2004
CIRDI	<i>MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chili SA contre Chili (ARB/01/7)</i>	Décision du Comité ad hoc	21 mars 2007
CIRDI	<i>National Grid plc contre Argentine</i>	Sentence	3 novembre 2008
CIRDI	<i>Noble Energy contre Equateur (ARB/05/12)</i>	Décision sur la compétence	5 mars 2008
CIRDI	<i>Noble Ventures contre Roumanie (ARB/01/11)</i>	Décision sur la rectification de la Sentence	19 mai 2006
CIRDI	<i>Noble Ventures Inc. contre Roumanie (ARB/01/11)</i>	Sentence	12 octobre 2005
CIRDI	<i>Occidental of Pakistan Inc contre Pakistan (ARB/87/4)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	27 janvier 1989
CIRDI	<i>Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/06/11)</i>	Décision sur les mesures provisoires	17 août 2007
CIRDI	<i>Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration et Production Company contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/06/11)</i>	Décision sur la compétence	9 septembre 2008
CIRDI	<i>OKO Osuuspankki Keskuspankki Oyj et autres contre Estonie (ARB/04/6)</i>	Sentence	19 novembre 2007
CIRDI	<i>Pan American Energy LLC et BP Argentine Exploration Company contre Argentine (ARB/03/13) (consolidé par ARB/04/8)</i>	Décision sur les objections préliminaires	27 juillet 2006
CIRDI	<i>Pantehniki S.A. Contractors & Engineers contre Albanie (ARB/07/21)</i>	Sentence	30 juillet 2009
CIRDI	<i>Parkerings-Compagniet AS contre Lituanie (ARB/05/8)</i>	Sentence	11 septembre 2007
CIRDI	<i>Participaciones Inversiones Portuarias SARL contre Gabon (ARB/08/17)</i>	Décision sur la demande de récusation d'un arbitre	12 novembre 2009
CIRDI	<i>Patrick Mitchell contre République démocratique du Congo (ARB/99/7)</i>	Sentence finale	9 février 2004
CIRDI	<i>Patrick Mitchell contre République Démocratique du Congo (ARB/99/7)</i>	Décision du Comité ad hoc	1 novembre 2006
CIRDI	<i>Perenco Equateur Ltd contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/08/6)</i>	Décision sur les mesures provisoires	8 mai 2009
CIRDI	<i>Philippe Gruslin contre Malaise (ARB/99/3)</i>	Sentence	27 novembre 2000
CIRDI	<i>Philippe Gruslin contre Malaisie (ARB/99/3)</i>	Décision sur la compétence	28 novembre 2000
CIRDI	<i>Phoenix Action Ltd contre République Tchèque (ARB/06/5)</i>	Sentence	15 avril 2009
CIRDI	<i>Pioneer Natural Resources Company Pioneer Natural Resources (ARB/03/12)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	23 juin 2005
CIRDI	<i>Plama Consortium Ltd contre Bulgarie (ARB/03/24)</i>	Sentence	27 août 2008
CIRDI	<i>Plama Consortium Ltd contre Bulgarie (ARB/03/24)</i>	Décision sur la compétence	8 février 2005
CIRDI	<i>Plama Consortium Ltd contre Bulgarie (ARB/03/24)</i>	Ordonnance sur les mesures provisoires	6 septembre 2005
CIRDI	<i>PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation (NACC) et autres contre Turquie (ARB/02/5)</i>	Décision sur la compétence	4 juin 2004

CIRDI	<i>PSEG Global Inc. The North American Coal Corporation et Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Ltd Sirketi contre Turquie (ARB/02/5)</i>	Sentence	19 janvier 2007
CIRDI	<i>Railroad Development Corporation contre Guatemala (ARB/07/23)</i>	Décision sur les mesures provisoires	15 octobre 2008
CIRDI	<i>Railroad Development Corporation contre Guatemala (ARB/07/23)</i>	Décision sur la compétence	17 novembre 2008
CIRDI	<i>Railroad Development Corporation contre Guatemala (ARB/07/23)</i>	Seconde Décision sur la compétence	18 mai 2010
CIRDI	<i>Railroad Development Corporation contre Guatemala (ARB/07/23)</i>	Sentence	29 juin 2012
CIRDI	<i>Repsol YPF Equateur S.A. contre Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/01/10)</i>	Sentence	20 février 2004
CIRDI	<i>Repsol YPF Equateur SA et autres contre Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (ARB/08/10)</i>	Ordonnance sur les mesures provisoires	17 juin 2009
CIRDI	<i>Reynolds Jamaica Mines Ltd and Reynolds Metals Co contre Jamaïque (ARB/74/4)</i>	Interruption de la procédure	21 juin 1974
CIRDI	<i>Ridgepointe Overseas Developments Ltd contre République démocratique Congo et Générale des Carrières et des Mines (ARB/00/8)</i>	Ordonnance prenant acte de l'interruption de la procédure	30 août 2004
CIRDI	<i>Robert Azinian Kenneth Davitian & Eller Baca contre Mexique (ARB(AF)/97/2)</i>	Sentence	1 novembre 1999
CIRDI	<i>Ron Fuchs contre Géorgie (ARB/07/15)</i>	Demande de révision	
CIRDI	<i>RSM Production Corporation et autres contre Grenada (ARB/10/6)</i>	Sentence	13 mars 2009
CIRDI	<i>RSM Production Corporation et autres contre Grenada (ARB/10/6)</i>	Sentence	10 décembre 2010
CIRDI	<i>Rumeli Telekom AS & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS contre Kazakhstan (ARB/05/16)</i>	Sentence	29 juillet 2008
CIRDI	<i>Saipem SpA contre Bangladesh (ARB/05/07)</i>	Sentence	30 juin 2009
CIRDI	<i>Saipem SpA contre Bangladesh (ARB/05/7)</i>	Décision sur la demande en récusation	11 octobre 2005
CIRDI	<i>Saipem SpA contre Bangladesh (ARB/05/7)</i>	Décision sur la compétence	21 mars 2007
CIRDI	<i>Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA contre Royaume du Maroc (ARB/00/4)</i>	Décision sur la compétence	23 juillet 2001
CIRDI	<i>Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA contre Jordanie (ARB/02/13)</i>	Décision sur la compétence	9 novembre 2004
CIRDI	<i>Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA contre Maroc (ARB/00/4)</i>	Décision sur la compétence	16 juillet 2001
CIRDI	<i>Salini SpA et Italstrade SpA contre Jordanie (ARB/02/13)</i>	Sentence	31 janvier 2006
CIRDI	<i>SARL Benvenuti & Bonfant contre People's Congo (ARB/77/2)</i>	Sentence	8 août 1980
CIRDI	<i>Scimitar Exploration Limited contre Bangladesh et Bangladesh Oil Gas et Mineral Corporation (ARB/92/2)</i>	Sentence déclinant la compétence	4 mai 1994
CIRDI	<i>SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie mbH contre Madagascar (ARB/82/1)</i>	Transaction	20 juin 1983
CIRDI	<i>SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie mbH contre Madagascar (ARB/94/1)</i>	Report de la Commission	19 juillet 1996
CIRDI	<i>Sempra Energy International contre Argentine (ARB/02/16)</i>	Décision sur la compétence	11 mai 2005
CIRDI	<i>Sempra Energy International contre Argentine (ARB/02/16)</i>	Sentence	28 septembre 2007
CIRDI	<i>Sempra Energy International contre Argentine (ARB/02/16)</i>	Décision sur la demande en annulation	29 juin 2010

CIRDI	<i>SGS contre Pakistan (ARB/01/13)</i>	Décision sur la récusation d'un arbitre	19 décembre 2002
CIRDI	<i>SGS contre Pakistan (ARB/01/13)</i>	Décision sur la compétence	6 août 2003
CIRDI	<i>SGS contre Pakistan (ARB/01/13)</i>	Sentence	8 septembre 2003
CIRDI	<i>SGS contre Paraguay (ARB/07/29)</i>	Décision sur la compétence	12 février 2010
CIRDI	<i>SGS contre Philippines (ARB/02/6)</i>	Décision sur la compétence	29 janvier 2004
CIRDI	<i>SGS contre Philippines (ARB/02/6)</i>	Transaction	11 avril 2008
CIRDI	<i>Siemens AG contre Argentine (ARB/02/8)</i>	Décision sur la compétence	3 août 2004
CIRDI	<i>Siemens AG contre Argentine (ARB/02/8)</i>	Sentence	6 février 2007
CIRDI	<i>Siemens AG contre Argentine (ARB/02/8)</i>	Demande de révision	9 septembre 2009
CIRDI	<i>Sociedad Anónima Eduardo Vieira contre Chili (ARB/04/7)</i>	Sentence	21 août 2007
CIRDI	<i>Société d'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola S.A. contre Mali (ARB/01/5)</i>	Sentence	25 février 2003
CIRDI	<i>Société d'Investigation de Recherche et d'Exploitation Minière contre Burkina Faso (ARB/97/1)</i>	Sentence	19 janvier 2000
CIRDI	<i>Société Ouest Africaine des Bétons Industriels contre Sénégal (ARB/82/1)</i>	Sentence	25 février 1988
CIRDI	<i>Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd (SPP) contre Egypte (ARB/84/3)</i>	Sentence	20 mai 1992
CIRDI	<i>Spyridon Roussalis contre Roumanie (ARB/06/01)</i>	Sentence	7 décembre 2011
CIRDI	<i>Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Interagua Servicios Integrales de Agua SA contre Argentine (ARB/03/17)</i>	Décision sur la compétence	16 mai 2006
CIRDI	<i>Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Interagua Servicios Integrales de Agua SA contre Argentine (ARB/03/17)</i>	Ordonnance relative aux amici curiae	12 février 2007
CIRDI	<i>Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine (ARB/03/19)</i>	Ordonnance relative aux amici curiae	19 mai 2005
CIRDI	<i>Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA contre Argentine (ARB/03/19)</i>	Décision sur la compétence	3 août 2006
CIRDI	<i>Tanzanie Electric Supply Company Ltd contre Independent Power Tanzania Ltd (ARB/98/8)</i>	Sentence	12 juillet 2001
CIRDI	<i>Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. contre Mexique (ARB(AF)/00/2)</i>	Sentence	29 mai 2003
CIRDI	<i>Telenor Mobile Communications AS contre Hongrie (ARB/04/15)</i>	Décision sur la compétence	13 septembre 2006
CIRDI	<i>Tesoro Petroleum Corporation contre Trinidad et Tobago (ARB/83/1)</i>	Transaction	27 novembre 1985
CIRDI	<i>TG World Petroleum Ltd contre Niger (ARB/03/1)</i>	Transaction	8 avril 2005
CIRDI	<i>The Loewen Group Inc & Raymond L Loewen contre Etats-Unis d'Amérique (ARB(AF)/98/3)</i>	Décision sur la compétence	5 janvier 2001
CIRDI	<i>The Loewen Group Inc. et Raymond L Loewen contre Etats-Unis d'Amérique (ARB(AF)/98/3)</i>	Sentence	26 juin 2003
CIRDI	<i>The Rompetrol Group NV contre Roumanie (ARB/06/3)</i>	Décision sur la compétence	18 avril 2008
CIRDI	<i>The Rompetrol Group NV contre Roumanie (ARB/06/3)</i>	Décision sur la compétence	18 août 2008
CIRDI	<i>Tokios Tokelés contre Ukraine (ARB/02/18)</i>	Décision sur la compétence	29 avril 2004
CIRDI	<i>Tokios Tokelés contre Ukraine (ARB/02/18)</i>	Sentence	26 juillet 2007

CIRDI	<i>Total S.A. contre Argentine (ARB/04/1)</i>	Décision sur la compétence	25 août 2006
CIRDI	<i>Total S.A. contre Argentine (ARB/04/1)</i>	Décision sur la responsabilité	27 décembre 2010
CIRDI	<i>Toto Costruzioni Generali SpA contre Liban (ARB/07/12)</i>	Décision sur la compétence	11 septembre 2009
CIRDI	<i>Toto Costruzioni Generali SpA contre Liban (ARB/07/12)</i>	Sentence	7 juin 2012
CIRDI	<i>Tradex Hellas S.A. contre Albanie (ARB/94/2)</i>	Décision sur la compétence	24 décembre 1996
CIRDI	<i>Tradex Hellas S.A. contre Albanie (ARB/94/2)</i>	Sentence	29 avril 1999
CIRDI	<i>Trans-Global Petroleum Inc contre Jordanie (ARB/07/25)</i>	Décision en vertu de l'article 41(5)	12 mai 2008
CIRDI	<i>Trans-Global Petroleum Inc contre Jordanie (ARB/07/25)</i>	Transaction	8 avril 2009
CIRDI	<i>TSA Spectrum de Argentine S.A. contre Argentine (ARB/05/5)</i>	Sentence sur la compétence	19 décembre 2008
CIRDI	<i>Tza Yap Shum contre Perou (ARB/07/6)</i>	Décision sur la compétence	19 juin 2009
CIRDI	<i>Vacuum Salt Products Ltd contre Ghana (ARB/92/1)</i>	Sentence déclinant la compétence	16 février 1994
CIRDI	<i>Vannessa Ventures Ltd contre Venezuela (ARB(AF)/04/6)</i>	Décision sur la compétence	22 août 2008
CIRDI	<i>Victor Pey Casado et Fondation Président Allende contre Chili (ARB/98/2)</i>	Décision sur la compétence	8 mai 2002
CIRDI	<i>Victor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili (ARB/98/2)</i>	Décision sur les mesures provisoires	25 septembre 2001
CIRDI	<i>Victor Pey Casado et President Allende Foundation contre Chili (ARB/98/2)</i>	Sentence	8 mai 2008
CIRDI	<i>Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi contre Egypte (ARB/05/15)</i>	Décision sur la compétence	28 mai 2007
CIRDI	<i>Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi contre Egypte (ARB/05/15)</i>	Sentence	1 juin 2009
CIRDI	<i>Waste Management contre Mexique (ARB(AF)/00/3)</i>	Décision sur la compétence	26 juin 2002
CIRDI	<i>Waste Management contre Mexique (ARB(AF)/00/3)</i>	Sentence	30 avril 2004
CIRDI	<i>Waste Management contre Mexique (ARB(AF)/98/2)</i>	Décision sur la compétence	2 juin 2000
CIRDI	<i>Waste Management Inc contre Mexique (ARB(AF)/98/2)</i>	Sentence	2 juin 2000
CIRDI	<i>Wena Hotels Ltd contre Egypte (ARB/98/4)</i>	Décision sur la compétence	29 juin 1999
CIRDI	<i>Wena Hotels Ltd contre Egypte (ARB/98/4)</i>	Sentence finale	8 décembre 2000
CIRDI	<i>Wena Hotels Ltd contre Egypte (ARB/98/4)</i>	Décision du Comité ad hoc	5 février 2002
CIRDI	<i>Wena Hotels Ltd contre Egypte (ARB/98/4)</i>	Décision sur l'interprétation de la sentence	31 octobre 2005
CIRDI	<i>Wintershall Aktiengesellschaft contre Argentine (ARB/04/14)</i>	Sentence	8 décembre 2008
CIRDI	<i>World Duty Free Ltd contre Kenya (ARB/00/7)</i>	Sentence	4 octobre 2006
CIRDI	<i>WRB Enterprises et Grenada Private Power Ltd contre Grenada (ARB/97/5)</i>	Transaction	21 décembre 1998
CIRDI	<i>Zhinvali Development Ltd contre Géorgie (ARB/00/1)</i>	Sentence	24 janvier 2003

CNUDCI

	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Date</i>
CNUDCI	<i>Alps Finance contre Slovaquie</i>	Sentence	5 mars 2011
CNUDCI	<i>Biloune and Marine Drive Complex Ltd contre Ghana Investments Centre et Gouvernement du Ghana</i>	Sentence	27 octobre 1989
CNUDCI	<i>Canadian Cattleman for Dair Trade contre États-Unis</i>	Décision sur la compétence	28 janvier 2008
CNUDCI	<i>Chevron Corporation (USA) et Texaco Petroleum Company (USA) contre Equateur</i>	Sentence	1 décembre 2008
CNUDCI	<i>Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation contre Equateur</i>	Troisième décision sur la compétence et l'admissibilité	27 février 2012
CNUDCI	<i>CME Czech Republic B. V. contre République Tchèque</i>	Sentence	14 mars 2003
CNUDCI	<i>CME Czech Republic B. V. contre République Tchèque</i>	Décision partielle	13 septembre 2001
CNUDCI	<i>EnCana Corporation contre Equateur</i>	Sentence	3 février 2006
CNUDCI	<i>Ethyl contre Canada</i>	Sentence sur la compétence	24 juin 1998
CNUDCI	<i>Eureko contre Slovaquie</i>	Décision sur la compétence	26 octobre 2010
CNUDCI	<i>Gami Investments Inc. contre Mexique</i>	Sentence	15 novembre 2004
CNUDCI	<i>Glamis Gold Ltd. contre États-Unis d'Amérique</i>	Sentence	8 juin 2009
CNUDCI	<i>Grand River Enterprises Six Nations Ltd. et al contre États-Unis d'Amérique</i>	Décision sur la compétence	20 juillet 2006
CNUDCI	<i>ICS Inspection and Control Services Limited contre Argentine</i>	Décision sur la compétence	10 février 2012
CNUDCI	<i>International Thunderbird contre Mexique</i>	Sentence	26 janvier 2006
CNUDCI	<i>Lauder contre République Tchèque</i>	Sentence	3 septembre 2001
CNUDCI	<i>Link-Trading Joint Stock Company contre Département des douanes de la Moldavie</i>	Décision sur la compétence	16 février 2001
CNUDCI	<i>Methanex Corporation contre États-Unis d'Amérique</i>	Sentence finale	3 août 2005
CNUDCI	<i>Methanex Corporation contre États-Unis d'Amérique</i>	Sentence partielle	7 août 2002
CNUDCI	<i>Methanex Corporation contre États-Unis d'Amérique</i>	Décision sur l'admission d'amici curiae	15 janvier 2001
CNUDCI	<i>National Grid plc contre Argentine</i>	Décision sur la compétence	20 juin 2006
CNUDCI	<i>National Grid plc contre Argentine</i>	Sentence	3 novembre 2008
CNUDCI	<i>Occidental Petroleum Corp. & Occidental Exploration and Production Co. contre Equateur</i>	Sentence	1 juillet 2004
CNUDCI	<i>Paushok Golden East Company Vostokneftegaz contre Mongolie</i>	Sentence	28 avril 2011
CNUDCI	<i>Pope & Talbot Inc. contre Canada</i>	Sentence sur les dommages-intérêts	31 mai 2002
CNUDCI	<i>Pope & Talbot Inc. contre Canada</i>	Sentence provisoire	26 juin 2000
CNUDCI	<i>Pope & Talbot Inc. contre Canada</i>	Sentence sur les mérites phase 2	10 avril 2001

CNUDCI	<i>Ronald S. Lauder contre République tchèque</i>	Sentence finale	3 septembre 2000
CNUDCI	<i>S.D. Myers contre Canada</i>	Sentence	13 novembre 2000
CNUDCI	<i>S.D. Myers contre Canada</i>	Sentence	21 octobre 2002
CNUDCI	<i>S.D. Myers contre Canada</i>	Sentence	30 décembre 2002
CNUDCI	<i>Saluka Investments BV (The Netherlands) contre République tchèque</i>	Sentence partielle	17 mars 2006
CNUDCI	<i>Saluka Investments BV contre République Tchèque</i>	Décision sur la compétence	7 mai 2004
CNUDCI	<i>Société Générale contre République Dominicaine</i>	Décision sur la compétence	19 septembre 2008
CNUDCI	<i>Terminal Forest Products Ltd contre Etats-Unis d'Amérique</i>	Ordonnance de consolidation	7 septembre 2005
CNUDCI	<i>Ulysseas Inc. contre Equateur</i>	Sentence	12 juin 2012
CNUDCI	<i>United Parcel Service contre Canada</i>	Décision sur la compétence	22 novembre 2002
CNUDCI	<i>UPS contre Canada</i>	Sentence	11 juin 2007
CNUDCI	<i>UPS contre Canada</i>	Sentence sur les mérites	24 mai 2007
CNUDCI	<i>White Industries Australia Limited contre Inde</i>	Sentence	30 novembre 2011

CPJI / CIJ

<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Référence</i>
CPJI <i>Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France</i>	Arrêt du 12 juillet 1929	<i>Rec. Série A N° 20/21, p. 41</i>
CPJI <i>Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine entre le Gouvernement de la République hellénique et le Gouvernement de Sa Majesté britannique</i>	Arrêt du 30 août 1924	<i>Rec. Série A N° 2, p. 12</i>
CPJI <i>Affaire des Droits de minorités en Haute-Silésie</i>	Arrêt du 26 avril 1928	<i>Rec. Série A N° 15</i>
CPJI <i>Affaire du « Lotus »</i>	Arrêt du 7 septembre 1927	<i>Rec. Série A N° 10, p. 18</i>
CPJI <i>Affaire du Vapeur « Wimbledon »</i>	Arrêt du 17 août 1923	<i>Rec. Série A N° A01, p. 15</i>
CPJI <i>Affaire Oscar Chinn</i>	Arrêt du 12 décembre 1934	<i>Rec. Série A/B Fascicule 63, p. 65</i>
CPJI <i>Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise</i>	Arrêt du 25 mai 1926	<i>Rec. Série A N° 7, p. 5</i>
CPJI <i>Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Allemagne contre Pologne)</i>	Arrêt du 13 septembre 1928	<i>Rec. Série A N° 17, p. 47</i>
CPJI <i>Affaire relative au paiement en or des emprunts fédéraux brésiliens émis en France (France contre Etats-Unis du Brésil)</i>	Arrêt du 12 juillet 1929	<i>Rec. Série A N° 21, p. 116</i>
CPJI <i>Affaires des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex</i>	Arrêt du 7 juin 1932	<i>Rec. Série A/B N° 46, p. 96</i>
CPJI <i>Appel contre une Sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pazmany contre Etat Tchécoslovaque)</i>	Arrêt du 15 décembre 1933	<i>Rec. Série A/B N° 61, p. 208</i>
CPJI <i>Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie</i>	Arrêt du 4 avril 1939	<i>Rec. Série A/B N° 77, p. 64</i>
CPJI <i>Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc</i>	Avis consultatif du 7 février 1923.	<i>Rec. Série B N° 4, p. 7</i>
CPJI <i>Question des « Communautés » gréco-bulgares</i>	Avis consultatif du 31 juillet 1930	<i>Rec. Série B N° 17, p. 5</i>
CPJI <i>Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig</i>	Avis consultatif du 4 février 1932	<i>Rec. Série A/B N° 44, p. 4.</i>
CIJ <i>Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique)</i>	Arrêt sur la compétence et la recevabilité	<i>CIJ Rec. 1984, p. 392.</i>
CIJ <i>Affaire Ambatielos (Grèce contre Royaume-Uni)</i>	Arrêt sur le fond du 19 mai 1953	<i>CIJ Rec. 1953, p. 10.</i>
CIJ <i>Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria</i>	Arrêt du 11 juin 1998 sur les exceptions préliminaires	<i>CIJ Rec. 1998, p. 275.</i>
CIJ <i>Affaire des Essais Nucléaires (Australie / Nouvelle-Zélande contre France)</i>	Arrêt du 20 décembre 1974	<i>CIJ Rec. 1974, p. 457.</i>
CIJ <i>Affaire des plates-formes pétrolières (Iran contre Etats-Unis d'Amérique)</i>	Arrêt du 6 novembre 2003	<i>CIJ Rec. 2003, p. 161</i>
CIJ <i>Affaire relative au Timor oriental (Portugal contre Australie)</i>	Arrêt du 30 juin 1995	<i>CIJ Rec. 1995, p. 100.</i>
CIJ <i>Affaires du Sud-ouest africain (Ethiopie contre Afrique du Sud ; Libéria contre Afrique du Sud)</i>	Arrêt (deuxième phase)	<i>CIJ Rec. 1966, p. 6</i>
CIJ <i>Anglo-Iranian Oil Company (compétence) (Royaume-Uni contre Iran)</i>	Arrêt du 22 juillet 1952	<i>CIJ Rec. 1952, p. 93.</i>
CIJ <i>Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies</i>	Avis consultatif du 26 avril 1988	<i>CIJ Rec. 1988, p. 12.</i>

CII	<i>Barcelona Traction Light and Power Company Limited</i>	Arrêt du 5 février 1970	<i>CIJ Rec.</i> 1970, p. 3.
CII	<i>Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo</i>	Avis consultatif du 22 juillet 2010	
CII	<i>Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé</i>	Avis consultatif du 9 juillet 2004	<i>CIJ Rec.</i> 2004, p. 136
CII	<i>Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis d'Amérique)</i>	Arrêt du 27 août 1952	<i>CIJ Rec.</i> 1952, p. 176
CII	<i>Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France contre Etats-Unis)</i>	Arrêt du 27 août 1952	<i>CIJ Rec.</i> 1952, p. 176
CII	<i>Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre Italie)</i>	Arrêt du 20 juillet 1989	<i>CIJ Rec.</i> 1989, p. 15
CII	<i>Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo contre Belgique)</i>	Arrêt du 14 février 2002	<i>CIJ Rec.</i> 2002, p. 3
CII	<i>Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie contre Slovaquie)</i>	Arrêt du 25 septembre 1997	<i>CIJ Rec.</i> 1997, p. 7
CII	<i>Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye contre Etats-Unis)</i>	Arrêt du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires	<i>CIJ Rec.</i> 1998, p. 115
CII	<i>République démocratique du Congo contre Rwanda</i>	Arrêt sur la compétence et la recevabilité du 3 février 2006.	

Autres

	<i>Affaire</i>	<i>Décision</i>	<i>Date</i>
ASEAN	<i>Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd contre Myanmar</i>	Sentence	31 mars 2003
CA	<i>S.A. J&P AVAX S.A. contre Société Tecnimont SPA</i>	Arrêt	17 février 2009
CA Paris	<i>Ambassade de la Fédération de Russie en France</i>	Arrêt la Première Chambre	10 août 2000
CA Paris	<i>République arabe d’Egypte contre Southern Pacific Properties Ltd</i>	Arrêt	12 juillet 1984
Cass. civ. 1ère	<i>Office des céréales de Tunisie</i>	Arrêt	4 janvier 1995
Cass. civ. 1ère	<i>République islamique iranienne contre Sté Framatome</i>	Arrêt	6 juin 1990
Cass. civ. 1ère	<i>Sté Algo contre Sté Sempac</i>	Arrêt	2 mai 1978
Cass. civ. 1ère	<i>Sté Creighton Ltd contre Ministre des finances de Qatar</i>	Arrêt	2000
Cass. soc.	<i>Barrandon</i>	Arrêt	10 novembre 1998
CCI	1110	Sentence	1963
CCI	3913	Sentence	1981
CCI	3916	Sentence	1982
CCI	5030	Sentence	1992
CCI	8891	Sentence	1998
CCI	8891	Sentence	1998
CJCE	<i>Commission contre Irlande (C-459/03)</i>	Arrêt	2006
Commission des Réclamations entre les Etats-Unis d’Amérique et le Venezuela	<i>Affaire Rudloff</i>	Sentence	1903
Commission sur les réclamations américano-mexicaines	<i>Affaire Jalapa Railroad and Power Co</i>	Sentence	1948.
CPA	<i>Affaire des Réclamations norvégiennes entre la Norvège et les Etats-Unis d’Amérique</i>	Sentence	13 octobre 1922
CPA	<i>Resolution of International Water Disputes</i>		25 juin 1905
CPA	<i>Romak S.A. contre République d’Uzbekistan</i>	Sentence	26 novembre 2009
GATT	<i>Etats-Unis– l’article 337 de la loi douanière de 1930</i>	Rapport du Groupe spécial	7 novembre 1989
High Court of Justice de Londres	<i>AIG Capital Partners contre Kazakhstan</i>	Arrêt	20 octobre 2005
Institut d’arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm	<i>Petrobart Limited contre Kyrghizistan (Arbitrage N°126/2003)</i>	Sentence	29 mars 2005
Institut d’arbitrage de Stockholm	<i>Rosinvest contre Russie</i>	Décision sur la compétence	1er octobre 2007

Institut d'arbitrage de Stockholm SCC	<i>Vladimir et Moïse Berschader contre Russie</i>	Sentence	21 avril 2006
LCIA	<i>Occidental Exploration and Production Co. Contre Equateur (N°UN3467)</i>	Sentence	1er juillet 2004
LCIA	<i>Société Générale contre République Dominicaine</i>	Sentence relative à la compétence.	19 septembre 2008
LCIA/CNUDCI	<i>Encana Corporation contre Equateur</i>	Sentence	3 février 2006
LCIA/CNUDCI	<i>Encana Corporation contre Equateur</i>	Sentence partielle sur la compétence	27 février 2004
<i>Napoléon III</i>	<i>Compagnie universelle du Canal de Suez c/ Vice Roi d'Egypte</i>	Sentence	21 avril 1864
OMC	<i>Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger (L/5504 – 30S/147)</i>	Rapport du Groupe spécial	7 février 1984
OMC	<i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, affaire DS 139</i>	Rapport du Groupe spécial	11 février 2000
OMC	<i>Corée – Taxes sur les boissons alcooliques, affaire DS 75</i>	Rapport de l'Organe d'appel	18 janvier 1999
OMC	<i>Etats-Unis – Article 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, affaire DS152</i>	Rapport du Groupe spécial	22 décembre 1999
OMC	<i>Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, DS 58</i>	Rapport de l'Organe d'appel	12 octobre 1998
OMC	<i>Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles, affaire DS24</i>	Rapport de l'Organe d'appel	10 février 1997
OMC	<i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, affaire DS 8</i>	Rapport de l'Organe d'appel	4 octobre 1996
S.A.	<i>Affaire de l'Indemnité russe</i>	Sentence	11 novembre 1912
S.A.	<i>Affaire Lena Goldfields contre l'Union soviétique</i>	Sentence	
S.A.	<i>Affaire Syndicat d'études et d'entreprises contre gouvernement grec</i>	Sentence	1925
S.A.	<i>Aminoil c. Koweït</i>	Sentence	24 mars 1982
S.A.	<i>Arabian American Oil Company (Aramco) contre Arabie Saoudite</i>	Sentence	23 août 1958
S.A.	<i>Arabian American Oil Company (ARAMCO) contre Arabie Saoudite</i>	Sentence	1963
S.A.	<i>Arbitrage British Petroleum contre Libye</i>	Sentence	10 octobre 1973
S.A.	<i>Arbitrage dans l'affaire Texaco Overseas Petroleum Company / California Asiatic Oil Company contre Libye (TOPCO/Calasiatic)</i>	Sentence	19 janvier 1977
S.A.	<i>Arbitrage Koweït contre American Independent Oil Co (Aminoil)</i>	Sentence	24 mars 1982.
S.A.	<i>Arbitrage Libyan American Oil Company (Liamco) contre Libye</i>	Sentence	12 avril 1977
S.A.	<i>Eureka contre Pologne</i>	Sentence partielle	19 août 2005
S.A.	<i>Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd contre Abu Dhabi</i>	Sentence	1952
S.A.	<i>Revere Copper and Brass Inc. Contre Overseas Private Investment Corporation</i>	Sentence	24 août 1978
S.A.	<i>Ruler of Qatar contre International Marine Oil Company Ltd</i>	Sentence	juin 1953
S.A.	<i>Sapphire International Petroleum Ltd contre National Oil Company</i>	Sentence	15 mars 1963

S.A.	<i>Suez contre Argentine (ARB/03/17)</i>	Décision sur la compétence	16 mai 2006
S.A.	<i>Terminal Forest Products Ltd contre Etats-Unis d'Amérique</i>	Ordonnance de consolidation du	7 septembre 2005
S.A.	<i>Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) contre Jamahiriya arabe libyenne</i>	Sentence	19 janvier 1977
SCC	<i>Rosinvestco UK Ltd contre Russie</i>	Décision sur la compétence	1er octobre 2007
Tribunal du District de La Haye	<i>Affaire Telekom Malaysia Berhard contre Ghana</i>	Arrêt	18 octobre 2004
Tribunal international du droit de la mer	<i>Affaire de l'usine MOX</i>	Mesures provisoires	3 décembre 2001
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>American International Group Inc contre République islamique d'Iran</i>	Sentence	19 décembre 1983
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>Amoco International Finance Corporation contre République Islamique d'Iran</i>	Sentence	14 juillet 1987
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>INA Corp. Contre République islamique d'Iran</i>	Sentence	13 août 1985
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>ITT</i>	Sentence d'accord	26 mars 1983
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>Phelps Dodge Corporation et al. Contre Iran</i>	Sentence	19 mars 1986
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>Phillips Petroleum Co. Contre République Islamique d'Iran</i>	Sentence	29 juin 1989
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>Starrett Housing Corporation Starrett Systems Inc. Starrett Housing International Inc. Contre République islamique d'Iran</i>	Sentence interlocutoire	19 décembre 1983
Tribunal irano-américain de réclamations	<i>Tippetts contre République Islamique d'Iran</i>	Sentence	29 juin 1984

TRAITES ET TEXTES OFFICIELS

Traités bilatéraux d'investissements	81
Textes officiels	111

Traités bilatéraux d'investissement entre * :

Afghanistan et Allemagne, 20 avril 2005
Afghanistan et République Islamique d'Iran, 28 mai 2006
Afghanistan et Turquie, 10 juillet 2004
Afrique du Sud et Madagascar, 2006
Albanie et Allemagne, 31 octobre 1991
Albanie et Autriche, 18 mars 1993
Albanie et Azerbaïdjan, 9 février 2012
Albanie et Belgique et Luxembourg, 1er février 1999
Albanie et Bosnie-Herzégovine, 17 juin 2008
Albanie et Bulgarie, 27 avril 1994
Albanie et Chine, 13 février 1993
Albanie et Chypre, 5 août 2010
Albanie et Corée, 15 décembre 2003
Albanie et Croatie, 10 février 2009
Albanie et Danemark, 5 septembre 1995
Albanie et Egypte, 22 mai 1993
Albanie et Espagne, 5 juin 2003
Albanie et Etats-Unis d'Amérique, 11 janvier 1995
Albanie et Fédération de Russie, 11 avril 1995
Albanie et Finlande, 24 juin 1997
Albanie et France, 13 juin 1995
Albanie et Grèce, 1er août 1991
Albanie et Hongrie, 24 janvier 1996
Albanie et Israël, 29 janvier 1996
Albanie et Italie, 12 septembre 1991
Albanie et Koweït, 12 décembre 2007
Albanie et Lituanie, 28 mars 2007
Albanie et Macédoine, 4 décembre 1997
Albanie et Malaisie, 24 janvier 1994
Albanie et Malte, 27 janvier 2011
Albanie et Pays-Bas, 15 avril 1994
Albanie et Pologne, 1er novembre 2006
Albanie et Portugal, 11 septembre 1998
Albanie et Qatar, 18 octobre 2011
Albanie et République de Moldova, 11 juin 2004
Albanie et République Islamique d'Iran, 18 novembre 2002
Albanie et République Tchèque, 8 octobre 2010
Albanie et Roumanie, 11 mai 1995
Albanie et Royaume-Uni, 30 mars 1994

* Il apparaît utile d'intégrer une liste complète des traités bilatéraux d'investissement en vigueur (source : <http://unctad.org>). Pour plus de clarté, la plupart des accords auxquels il est fait référence dans le corps de la thèse sont inscrits en caractères gras.

Albanie et Serbie, 26 novembre 2002
Albanie et Slovaquie, 23 octobre 1997
Albanie et Suède, 31 mars 1995
Albanie et Suisse, 22 septembre 1992
Albanie et Tunisie, 30 octobre 1993
Albanie et Turquie, 1er juin 1992
Albanie et Ukraine, 25 octobre 2002
Algérie et Afrique du Sud, 24 septembre 2000
Algérie et Allemagne, 11 mars 1996
Algérie et Argentine, 4 octobre 2000
Algérie et Autriche, 17 juin 2003
Algérie et Bahreïn, 11 juin 2000
Algérie et Belgique et Luxembourg, 24 avril 1991
Algérie et Bulgarie, 25 octobre 1998
Algérie et Chine, 17 octobre 1996
Algérie et Corée, 12 octobre 1999
Algérie et Cuba, 22 septembre 1999
Algérie et Danemark, 25 janvier 1999
Algérie et Egypte, 29 mars 1997
Algérie et Emirats Arabes Unis, 24 avril 2001
Algérie et Espagne, 23 décembre 1994
Algérie et Ethiopie, 4 juin 2002
Algérie et Fédération de Russie, 10 mars 2006
Algérie et Finlande, 13 janvier 2005
Algérie et France, 13 février 1993
Algérie et Grèce, 20 février 2000
Algérie et Indonésie, 21 mars 2000
Algérie et Italie, 18 mai 1991
Algérie et Jordanie, 1er août 1996
Algérie et Koweït, 30 septembre 2001
Algérie et Libye, 6 août 2001
Algérie et Malaisie, 27 janvier 2000
Algérie et Mali, 11 juillet 1996
Algérie et Mauritanie, 6 janvier 2008
Algérie et Mozambique, 12 décembre 1998
Algérie et Niger, 16 mars 1998
Algérie et Nigéria, 14 janvier 2002
Algérie et Oman, 9 avril 2000
Algérie et Pays-Bas, 20 mars 2007
Algérie et Portugal, 15 septembre 2004
Algérie et Qatar, 24 octobre 1996
Algérie et République Arabe de Syrie, 14 septembre 1997
Algérie et République Islamique d'Iran, 19 octobre 2003
Algérie et Roumanie, 28 juin 1994
Algérie et Serbie, 13 février 2012
Algérie et Soudan, 24 octobre 2001
Algérie et Suède, 15 février 2003
Algérie et Suisse, 30 novembre 2004
Algérie et Tadjikistan, 12 mars 2008
Algérie et Tunisie, 17 février 2006
Algérie et Turquie, 3 juin 1998
Algérie et Ukraine, 28 juin 2008
Algérie et Viet Nam, 21 octobre 1996
Algérie et Yémen, 25 novembre 1999
Allemagne et Afrique du Sud, 11 septembre 1995

Allemagne et Antigua and Barbuda, 5 novembre 1998
 Allemagne et Arabie Saoudite, 29 octobre 1996
 Allemagne et Bosnie-Herzégovine, 18 octobre 2001
 Allemagne et Brunei Darussalam, 30 mars 1998
Allemagne et Bulgarie, 1987
 Allemagne et Burkina Faso, 22 octobre 1996
 Allemagne et Cap-Vert, 18 janvier 1990
 Allemagne et Costa Rica, 13 septembre 1994
 Allemagne et Côte d'Ivoire, 27 octobre 1966
 Allemagne et El Salvador, 11 décembre 1997
 Allemagne et Fédération de Russie, 13 juin 1989
 Allemagne et Ghana, 24 février 1995
 Allemagne et Grèce, 27 mars 1961
 Allemagne et Guatemala, 17 octobre 2003
Allemagne et Guinée, 8 novembre 2006
 Allemagne et Guyana, 6 décembre 1989
Allemagne et Guyane, 1989
 Allemagne et Haïti, 14 août 1973
 Allemagne et Honduras, 21 mars 1995
 Allemagne et Hong Kong, China, 31 janvier 1996
 Allemagne et Hongrie, 30 avril 1986
 Allemagne et Inde, 10 juillet 1995
 Allemagne et Indonésie, 14 mai 2003
Allemagne et Iran, 11 novembre 1965
 Allemagne et Iraq, 4 décembre 2010
Allemagne et Israël, 24 juin 1974
 Allemagne et Israël, 24 juin 1976
 Allemagne et Jamaïque, 24 septembre 1992
 Allemagne et Jordanie, 13 novembre 2007
 Allemagne et Kazakhstan, 22 septembre 1992
Allemagne et Kenya, 1964
 Allemagne et Kenya, 3 mai 1996
 Allemagne et Kirghizistan, 28 août 1997
 Allemagne et Koweït, 30 mars 1994
 Allemagne et Lao, PDR, 9 août 1996
 Allemagne et Lesotho, 11 novembre 1982
 Allemagne et Lettonie, 20 avril 1993
 Allemagne et Liban, 18 mars 1997
 Allemagne et Libéria, 12 décembre 1961
 Allemagne et Libye, 15 octobre 2004
 Allemagne et Lituanie, 28 février 1992
 Allemagne et Macédoine, 10 septembre 1996
 Allemagne et Madagascar, 1er août 2006
 Allemagne et Malaisie, 22 décembre 1960
 Allemagne et Mali, 28 juin 1977
 Allemagne et Malte, 17 septembre 1974
 Allemagne et Maroc, 6 août 2001
 Allemagne et Maurice, 25 mai 1971
 Allemagne et Mauritanie, 8 décembre 1982
 Allemagne et Mexique, 25 août 1998
 Allemagne et Mongolie, 26 juin 1991
 Allemagne et Mozambique, 6 mars 2002
 Allemagne et Namibie, 21 janvier 1994
 Allemagne et Népal, 20 octobre 1986
 Allemagne et Nicaragua, 6 mai 1996
 Allemagne et Niger, 29 octobre 1964
 Allemagne et Nigéria, 28 mars 2000
 Allemagne et Oman, 30 mai 2007
 Allemagne et Pakistan, 1er décembre 2009
Allemagne et Pakistan, 25 novembre 1959
 Allemagne et Palestine, 10 juillet 2000
 Allemagne et Panama, 2 novembre 1983
 Allemagne et Papouasie-Nouvelle-Guinée, 12 novembre 1980
 Allemagne et Paraguay, 11 août 1993
 Allemagne et Pérou, 30 janvier 1995
Allemagne et Philippines, 18 avril 1997
 Allemagne et Pologne, 10 novembre 1989
 Allemagne et Portugal, 16 septembre 1980
 Allemagne et Qatar, 14 juin 1996
 Allemagne et République Arabe de Syrie, 2 août 1977
 Allemagne et République Centrafricaine, 23 août 1965
 Allemagne et République de Corée, 4 février 1964
Allemagne et République de Guinée, 8 novembre 2006
 Allemagne et République de Moldova, 28 février 1994
 Allemagne et République démocratique du Congo, 18 mars 1969
 Allemagne et République Islamique d'Iran, 17 août 2002
Allemagne et République populaire de Chine, 1er décembre 2003
 Allemagne et République Tchèque, 2 octobre 1990
 Allemagne et République Unie de Tanzanie, 30 janvier 1965
 Allemagne et Roumanie, 25 juin 1996
 Allemagne et Rwanda, 18 mai 1967
 Allemagne et Saint Vincent and the Grenadines, 25 mars 1986
 Allemagne et Sainte-Lucie, 16 mars 1985
 Allemagne et Sénégal, 24 janvier 1964
 Allemagne et Serbie, 10 juillet 1989
 Allemagne et Sierra Leone, 8 avril 1965
 Allemagne et Singapour, 3 octobre 1973
 Allemagne et Slovaquie, 2 octobre 1990
 Allemagne et Slovénie, 28 octobre 1993
 Allemagne et Somalie, 27 novembre 1981
 Allemagne et Soudan, 7 février 1963
 Allemagne et Sri Lanka, 7 février 2000
 Allemagne et Swaziland, 5 avril 1990
 Allemagne et Tadjikistan, 27 mars 2003
 Allemagne et Thaïlande, 24 juin 2002
 Angola et Afrique du Sud, 17 février 2005
 Angola et Allemagne, 30 octobre 2003
 Angola et Cap-Vert, 30 septembre 1997
 Angola et Espagne, 21 novembre 2007
 Angola et Fédération de Russie, 26 juin 2009

Angola et Italie, 16 juillet 2002
 Angola et Portugal, 22 février 2008
 Angola et Royaume-Uni, 4 juillet 2000
 Antigua et Barbuda Germany, 5 novembre 1998
 Antigua et Royaume-Uni, 12 juin 1987
 Argentine et Afrique du Sud, 23 juillet 1998
 Argentine et Allemagne, 9 avril 1991
 Argentine et Arménie, 16 avril 1993
 Argentine et Australie, 23 août 1995
 Argentine et Autriche, 7 août 1992
 Argentine et Belgique et Luxembourg, 28 juin 1990
 Argentine et Bolivie, 17 mars 1994
 Argentine et Bulgarie, 21 septembre 1993
Argentine et Canada, 5 novembre 1991
 Argentine et Chili, 2 août 1991
 Argentine et Chine, 5 novembre 1992
 Argentine et Corée, 17 mai 1994
 Argentine et Costa Rica, 21 mai 1997
 Argentine et Croatie, 2 décembre 1994
 Argentine et Cuba, 30 novembre 1995
 Argentine et Danemark, 6 novembre 1992
 Argentine et Egypte, 11 mai 1992
 Argentine et El Salvador, 9 mai 1996
 Argentine et Equateur, 18 février 1994
 Argentine et Espagne, 3 octobre 1991
 Argentine et Etats-Unis d'Amérique, 14 novembre 1991
 Argentine et Fédération de Russie, 25 juin 1998
 Argentine et Finlande, 5 novembre 1993
Argentine et France, 3 juillet 1991
 Argentine et Grèce, 26 octobre 1999
 Argentine et Guatemala, 21 avril 1998
 Argentine et Hongrie, 5 février 1993
 Argentine et Inde, 20 août 1999
 Argentine et Indonésie, 7 novembre 1995
 Argentine et Israël, 23 juillet 1995
 Argentine et Italie, 22 mai 1990
 Argentine et Jamaïque, 8 février 1994
 Argentine et Lituanie, 14 mars 1996
 Argentine et Malaisie, 6 septembre 1994
 Argentine et Maroc, 13 juin 1996
 Argentine et Mexique, 13 novembre 1996
 Argentine et Nicaragua, 10 août 1998
 Argentine et Nouvelle-Zélande, 27 août 1999
 Argentine et Panama, 15 septembre 2004
 Argentine et Pays-Bas, 20 octobre 1992
 Argentine et Pérou, 10 novembre 1994
 Argentine et Philippines, 20 septembre 1999
 Argentine et Pologne, 31 juillet 1991
 Argentine et Portugal, 6 octobre 1994
 Argentine et République Dominicaine, 16 mars 2001
 Argentine et République Tchèque, 27 septembre 1996
 Argentine et Roumanie, 29 juillet 1993
 Argentine et Royaume-Uni, 11 décembre 1990
 Argentine et Sénégal, 6 avril 1993
 Argentine et Suède, 22 novembre 1991
Argentine et Suisse, 12 avril 1991
 Argentine et Thaïlande, 18 février 2000
 Argentine et Tunisie, 17 juin 1992
 Argentine et Turquie, 8 mai 1992
 Argentine et Ukraine, 9 août 1995
 Argentine et Venezuela, 16 novembre 1993
 Argentine et Viet Nam, 3 juin 1996
 Arménie et Allemagne, 21 décembre 1995
 Arménie et Autriche, 17 octobre 2001
 Arménie et Belarus, 26 mai 2001
 Arménie et Belgique et Luxembourg, 7 juin 2001
 Arménie et Bulgarie, 10 avril 1995
 Arménie et Canada, 8 mai 1997
 Arménie et Chine, 4 juillet 1992
 Arménie et Chypre, 18 janvier 1995
 Arménie et Egypte, 9 janvier 1996
Arménie et Etats-Unis d'Amérique, 23 septembre 1992
 Arménie et Fédération de Russie, 15 septembre 2001
 Arménie et Finlande, 5 octobre 2004
 Arménie et France, 4 novembre 1995
 Arménie et Géorgie, 4 juin 1996
 Arménie et Grèce, 25 mai 1993
 Arménie et Inde, 23 mai 2003
 Arménie et Israël, 19 janvier 2000
 Arménie et Italie, 23 juillet 1998
 Arménie et Kirghizistan, 4 juillet 1994
 Arménie et Lettonie, 7 octobre 2005
 Arménie et Liban, 1er mai 1995
 Arménie et Lituanie, 25 avril 2006
 Arménie et Pays-Bas, 10 juin 2005
 Arménie et Qatar, 22 avril 2002
 Arménie et République Arabe de Syrie, 17 juin 2009
 Arménie et République Islamique d'Iran, 6 mai 1995
 Arménie et Roumanie, 20 septembre 1994
 Arménie et Royaume-Uni, 27 mai 1993
 Arménie et Suède, 8 février 2006
 Arménie et Suisse, 19 novembre 1998
 Arménie et Tadjikistan, 2 avril 2002
 Arménie et Turkménistan, 19 mars 1996
 Arménie et Ukraine, 7 octobre 1994
 Arménie et Uruguay, 6 mai 2002
 Arménie et Viet Nam, 1er février 1993
 Australie et Chili, 9 juillet 1996
 Australie et Chine, 11 juillet 1988
 Australie et Egypte, 3 mai 2001
 Australie et Hong Kong, China, 15 septembre 1993
Australie et Hongrie, 15 août 1991
 Australie et Inde, 26 février 1999
 Australie et Indonésie, 17 novembre 1992
 Australie et Lao, PDR, 6 avril 1994
 Australie et Lituanie, 24 novembre 1998

Australie et Mexique, 23 août 2005
 Australie et Nouvelle-Zélande, 16 février 2010
 Australie et Pakistan, 7 février 1998
 Australie et Papouasie-Nouvelle-Guinée, 3 septembre 1990
 Australie et Pérou, 7 décembre 1995
 Australie et Philippines, 25 janvier 1995
Australie et Pologne, 7 mai 1991
 Australie et République Tchèque, 30 septembre 1993
 Australie et Roumanie, 21 juin 1993
 Australie et Sri Lanka, 12 novembre 2002
 Australie et Turquie, 16 juin 2005
 Australie et Uruguay, 3 septembre 2001
 Australie et Viet Nam, 5 mars 1991
 Autriche et Afrique du Sud, 28 novembre 1996
 Autriche et Arabie Saoudite, 30 juin 2001
 Autriche et Azerbaïdjan, 4 juillet 2000
 Autriche et Bangladesh, 21 décembre 2000
 Autriche et Belarus, 16 mai 2001
 Autriche et Belize, 17 juillet 2001
 Autriche et Bolivie, 4 avril 1997
 Autriche et Bosnie-Herzégovine, 2 octobre 2000
 Autriche et Bulgarie, 22 janvier 1997
 Autriche et Cambodge, 17 décembre 2004
 Autriche et Cap-Vert, 3 septembre 1991
 Autriche et Chili, 8 septembre 1997
Autriche et Chine, 12 septembre 1985
 Autriche et Corée, 14 mars 1991
 Autriche et Croatie, 19 février 1997
 Autriche et Cuba, 19 mai 2000
 Autriche et Egypte, 12 avril 2001
 Autriche et Emirats Arabes Unis, 17 juin 2001
 Autriche et Estonie, 16 mai 1994
 Autriche et Ethiopie, 12 novembre 2004
 Autriche et Fédération de Russie, 8 février 1990
 Autriche et Géorgie, 1er octobre 2001
 Autriche et Guatemala, 16 janvier 2006
 Autriche et Hong Kong, China, 11 octobre 1996
 Autriche et Hongrie, 26 mai 1988
 Autriche et Inde, 8 novembre 1999
 Autriche et Jordanie, 23 janvier 2001
 Autriche et Kazakhstan, 12 janvier 2010
 Autriche et Koweït, 16 novembre 1996
 Autriche et Lettonie, 17 novembre 1994
Autriche et Liban, 20 septembre 2002
 Autriche et Liban, 26 mai 2001
Autriche et Libye, 18 juin 2002
 Autriche et Lituanie, 28 juin 1996
Autriche et Lybie, 1er janvier 2004
 Autriche et Macédoine, 28 mars 2001
 Autriche et Malaisie, 12 avril 1985
 Autriche et Malte, 29 mai 2002
 Autriche et Maroc, 2 novembre 1992
 Autriche et Mexique, 29 juin 1998
 Autriche et Moldavie, 5 janvier 2001
 Autriche et Mongolie, 19 mai 2001
 Autriche et Monténégro, 12 octobre 2001
 Autriche et Namibie, 27 mai 2003
 Autriche et Oman, 1er avril 2001
 Autriche et Ouzbékistan, 2 juin 2000
 Autriche et Paraguay, 13 août 1993
 Autriche et Philippines, 11 avril 2002
 Autriche et Pologne, 24 novembre 1988
 Autriche et République Islamique d'Iran, 15 février 2001
 Autriche et République Tchèque, 15 octobre 1990
 Autriche et Roumanie, 15 mai 1996
 Autriche et Serbie, 12 octobre 2001
 Autriche et Slovaquie, 15 octobre 1990
 Autriche et Slovénie, 7 mars 2001
 Autriche et Tadjikistan, 15 décembre 2010
 Autriche et Tunisie, 1er juin 1995
 Autriche et Turquie, 16 septembre 1988
 Autriche et Ukraine, 8 novembre 1996
 Autriche et Viet Nam, 27 mars 1995
 Autriche et Yémen, 1er juillet 2002
 Autriche et Zimbabwe, 10 novembre 2000
 Azerbaïdjan et Allemagne, 22 décembre 1995
 Azerbaïdjan et Arabie Saoudite, 9 mars 2005
 Azerbaïdjan et Belarus, 3 juin 2010
 Azerbaïdjan et Belgique et Luxembourg, 18 mai 2004
 Azerbaïdjan et Bulgarie, 7 octobre 2004
 Azerbaïdjan et Chine, 8 mars 1994
 Azerbaïdjan et Croatie, 2 novembre 2007
 Azerbaïdjan et Egypte, 24 octobre 2002
 Azerbaïdjan et Emirats Arabes Unis, 1er novembre 2006
 Azerbaïdjan et Estonie, 7 avril 2010
Azerbaïdjan et Etats-Unis d'Amérique, 1er août 1997
 Azerbaïdjan et Finlande, 26 février 2003
 Azerbaïdjan et France, 1er septembre 1998
 Azerbaïdjan et Géorgie, 8 mars 1996
 Azerbaïdjan et Grèce, 21 juin 2004
 Azerbaïdjan et Hongrie, 18 mai 2007
 Azerbaïdjan et Israël, 20 février 2007
 Azerbaïdjan et Italie, 25 septembre 1996
 Azerbaïdjan et Jordanie, 5 mai 2008
 Azerbaïdjan et Kazakhstan, 16 septembre 1996
 Azerbaïdjan et Kirghizistan, 28 août 1997
 Azerbaïdjan et Lettonie, 3 octobre 2005
 Azerbaïdjan et Liban, 11 février 1998
 Azerbaïdjan et Lituanie, 8 juin 2006
 Azerbaïdjan et Monténégro, 16 septembre 2011
 Azerbaïdjan et Norvège, 25 septembre 1996
 Azerbaïdjan et Ouzbékistan, 27 mai 1996
 Azerbaïdjan et Pakistan, 9 octobre 1995
 Azerbaïdjan et Pologne, 26 août 1997
 Azerbaïdjan et Qatar, 28 août 2007
 Azerbaïdjan et République Arabe de Syrie, 8 juillet 2009

Azerbaïdjan et République de Corée, 23 avril 2007
 Azerbaïdjan et République de Moldova, 27 novembre 1997
 Azerbaïdjan et République Islamique d'Iran, 28 octobre 1996
 Azerbaïdjan et République Tchèque, 17 mai 2011
 Azerbaïdjan et Roumanie, 11 octobre 2006
 Azerbaïdjan et Royaume-Uni, 4 janvier 1996
 Azerbaïdjan et Serbie, 8 juin 2011
 Azerbaïdjan et Suisse, 23 février 2006
 Azerbaïdjan et Tadjikistan, 17 mars 2007
 Azerbaïdjan et Turquie, 25 octobre 2011
 Azerbaïdjan et Ukraine, 21 mars 1997
 Bahreïn et Allemagne, 5 février 2007
 Bahreïn et Belarus, 26 octobre 2002
 Bahreïn et Belgique et Luxembourg, 11 juillet 2006
 Bahreïn et Brunei Darussalam, 14 janvier 2008
 Bahreïn et Bulgarie, 26 juin 2009
 Bahreïn et Chine, 17 juin 1999
 Bahreïn et Egypte, 4 octobre 1997
 Bahreïn et Espagne, 22 mai 2008
Bahreïn et Etats-Unis d'Amérique, 29 septembre 1999
 Bahreïn et France, 24 février 2004
 Bahreïn et Inde, 13 janvier 2004
 Bahreïn et Italie, 29 octobre 2006
 Bahreïn et Jordanie, 8 février 2000
 Bahreïn et Liban, 7 août 2003
 Bahreïn et Malaisie, 15 juin 1999
 Bahreïn et Maroc, 7 avril 2000
 Bahreïn et Ouzbékistan, 16 novembre 2009
 Bahreïn et Pays-Bas, 5 février 2007
 Bahreïn et République Arabe de Syrie, 20 septembre 2000
 Bahreïn et République Islamique d'Iran, 19 octobre 2002
 Bahreïn et République Tchèque, 15 octobre 2007
 Bahreïn et Royaume-Uni, 30 octobre 1991
 Bahreïn et Seychelles, 24 avril 2010
 Bahreïn et Singapour, 27 octobre 2003
 Bahreïn et Soudan, 17 janvier 2000
 Bahreïn et Thaïlande, 21 mai 2002
 Bahreïn et Turkménistan, 9 février 2011
 Bahreïn et Turquie, 15 février 2006
 Bahreïn et Yémen, 1er décembre 2002
 Bangladesh et Allemagne, 6 mai 1981
 Bangladesh et Belgique et Luxembourg, 22 mai 1981
 Bangladesh et Canada, 9 février 1990
 Bangladesh et Chine, 12 septembre 1996
 Bangladesh et Corée, 21 juin 1999
 Bangladesh et Danemark, 5 novembre 2009
 Bangladesh et Emirats Arabes Unis, 17 janvier 2011
 Bangladesh et Etats-Unis d'Amérique, 12 mars 1986
 Bangladesh et France, 10 septembre 1985
 Bangladesh et Inde, 9 février 2009
 Bangladesh et Indonésie, 9 février 1998
 Bangladesh et Italie, 20 mars 1990
 Bangladesh et Japon, 10 novembre 1998
 Bangladesh et Malaisie, 12 octobre 1994
 Bangladesh et Ouzbékistan, 18 juillet 2000
 Bangladesh et Pakistan, 24 octobre 1995
 Bangladesh et Pays-Bas, 1er novembre 1994
 Bangladesh et Philippines, 8 septembre 1997
 Bangladesh et Pologne, 8 juillet 1997
 Bangladesh et République de Corée, 18 juin 1986
 Bangladesh et République Islamique d'Iran, 29 avril 2001
 Bangladesh et Roumanie, 13 mars 1987
 Bangladesh et Royaume-Uni, 19 juin 1980
 Bangladesh et Singapour, 24 juin 2004
 Bangladesh et Suisse, 14 octobre 2000
 Bangladesh et Thaïlande, 9 juin 2002
 Bangladesh et Turquie, 12 novembre 1987
 Bangladesh et Viet Nam, 1er mai 2005
 Barbade et Allemagne, 2 décembre 1994
 Barbade et Belgique et Luxembourg, 29 mai 2009
 Barbade et Canada, 29 mai 1996
 Barbade et Chine, 20 juillet 1998
 Barbade et Cuba, 19 février 1996
 Barbade et Italie, 25 octobre 1995
 Barbade et Maurice, 28 septembre 2004
Barbade et Royaume-Uni, 7 avril 1993
 Barbade et Suisse, 29 mars 1995
Barbade et Union belgo-luxembourgeoise, 29 mai 2009
 Barbade et Venezuela, 15 juillet 1994
 Belarus et Allemagne, 2 avril 1993
 Belarus et Arabie Saoudite, 20 juillet 2009
 Belarus et Belgique et Luxembourg, 9 avril 2002
 Belarus et Bosnie-Herzégovine, 29 novembre 2004
 Belarus et Bulgarie, 21 février 1996
 Belarus et Chine, 11 janvier 1993
 Belarus et Chypre, 29 mai 1998
 Belarus et Corée, 24 août 2006
 Belarus et Croatie, 26 juin 2001
 Belarus et Cuba, 8 juin 2000
 Belarus et Danemark, 31 mars 2004
 Belarus et Egypte, 20 mars 1997
 Belarus et Emirats Arabes Unis, 27 mars 2000
 Belarus et Estonie, 21 octobre 2009
 Belarus et Etats-Unis d'Amérique, 15 janvier 1994
 Belarus et Finlande, 8 juin 2006
 Belarus et France, 28 octobre 1993
 Belarus et Inde, 26 novembre 2002
 Belarus et Israël, 11 avril 2000

Belarus et Italie, 25 juillet 1995
 Belarus et Jordanie, 20 décembre 2002
 Belarus et Kirghizistan, 30 mars 1999
 Belarus et Koweït, 10 juillet 2001
 Belarus et Lettonie, 3 mars 1998
 Belarus et Liban, 19 juin 2001
 Belarus et Libye, 1er novembre 2000
 Belarus et Lituanie, 5 mars 1999
 Belarus et Macédoine, 20 juin 2001
 Belarus et Mexique, 4 septembre 2008
 Belarus et Mongolie, 28 mai 2001
 Belarus et Oman, 10 mai 2004
 Belarus et Pakistan, 22 janvier 1997
 Belarus et Pays-Bas, 11 avril 1995
 Belarus et Pologne, 24 avril 1992
 Belarus et Qatar, 17 février 2001
 Belarus et République Arabe de Syrie, 11 mars 1998
 Belarus et République de Corée, 22 avril 1997
 Belarus et République de Moldova, 28 mai 1999
 Belarus et République Islamique d'Iran, 14 juillet 1995
 Belarus et République Tchèque, 14 octobre 1996
 Belarus et Roumanie, 31 mai 1995
 Belarus et Royaume-Uni, 1er mars 1994
 Belarus et Serbie, 6 mars 1996
 Belarus et Singapour, 15 mai 2000
 Belarus et Slovaquie, 26 août 2005
 Belarus et Slovénie, 18 octobre 2006
 Belarus et Suède, 20 décembre 1994
 Belarus et Suisse, 28 mai 1993
 Belarus et Tadjikistan, 3 septembre 1998
 Belarus et Turquie, 8 août 1995
 Belarus et Ukraine, 14 décembre 1995
 Belarus et Venezuela, 6 décembre 2007
 Belarus et Viet Nam, 8 juillet 1992
 Belarus et Yémen, 18 juillet 2003
Belgique et Arabie Saoudite, 22 avril 2001
 Belize et Cuba, 8 avril 1998
 Belize et El Salvador, 4 décembre 2001
 Belize et Italie, 23 novembre 2005
 Belize et Pays-Bas, 20 septembre 2002
Belize et Royaume-Uni, 30 avril 1982
 Belize et Taïwan, Province De Chine, 16 janvier 1999
 Bénin et Allemagne, 29 juin 1978
 Bénin et Belgique et Luxembourg, 18 mai 2001
 Bénin et Burkina Faso, 18 mai 2001
 Bénin et Chine, 18 février 2004
 Bénin et Ghana, 18 mai 2001
 Bénin et Guinée, 18 mai 2001
 Bénin et Liban, 15 juin 2004
 Bénin et Mali, 18 mai 2001
 Bénin et Maroc, 15 juin 2004
 Bénin et Maurice, 18 mai 2001
 Bénin et Pays-Bas, 13 décembre 2001
 Bénin et Royaume-Uni, 27 novembre 1987
 Bénin et Suisse, 20 avril 1966
 Bénin et Tchad, 18 mai 2001
 Bolivie et Allemagne, 23 mars 1987
 Bolivie et Belgique et Luxembourg, 25 avril 1990
 Bolivie et Chili, 22 septembre 1994
 Bolivie et Chine, 8 mai 1992
 Bolivie et Costa Rica, 7 octobre 2002
 Bolivie et Cuba, 6 mai 1995
 Bolivie et Danemark, 12 mars 1995
 Bolivie et Equateur, 25 mai 1995
 Bolivie et Espagne, 29 octobre 2001
Bolivie et Etats-Unis d'Amérique, 17 avril 1998
 Bolivie et France, 25 octobre 1989
 Bolivie et Italie, 30 avril 1990
 Bolivie et Paraguay, 3 mai 2001
Bolivie et Pays-Bas, 10 mars 1992
 Bolivie et Pérou, 30 juillet 1993
 Bolivie et République de Corée, 1er avril 1996
 Bolivie et Roumanie, 9 octobre 1995
Bolivie et Royaume-Uni, 24 mai 1988
 Bolivie et Suède, 20 septembre 1990
 Bolivie et Suisse, 6 novembre 1987
 Botswana et Allemagne, 23 mai 2000
Botswana et Chine, 12 juin 2000
 Botswana et Ghana, 4 juillet 2003
 Botswana et Malaisie, 31 juillet 1997
 Botswana et Maurice, 17 août 2005
 Botswana et Suisse, 26 juin 1998
 Botswana et Zimbabwe, 21 mars 2011
 Brésil et Allemagne, 21 septembre 1995
 Brésil et Belgique et Luxembourg, 6 janvier 1999
 Brésil et Chili, 22 mars 1994
 Brésil et Corée, 1er septembre 1995
 Brésil et Cuba, 26 juin 1997
 Brésil et Danemark, 4 mai 1995
 Brésil et Finlande, 28 mars 1995
 Brésil et France, 21 mars 1995
 Brésil et Italie, 3 avril 1995
 Brésil et Pays-Bas, 25 novembre 1998
 Brésil et Portugal, 9 février 1994
 Brésil et Royaume-Uni, 19 juillet 1994
 Brésil et Suisse, 11 novembre 1994
 Brésil et Venezuela, 4 juillet 1995
 Bulgarie et Allemagne, 12 avril 1986
 Bulgarie et Belgique et Luxembourg, 25 octobre 1988
 Bulgarie et Chine, 26 juin 2007
 Bulgarie et Chypre, 12 novembre 1987
 Bulgarie et Corée, 16 juin 1999
 Bulgarie et Croatie, 25 juin 1996
 Bulgarie et Cuba, 16 décembre 1998
 Bulgarie et Danemark, 14 avril 1993
 Bulgarie et Egypte, 15 mars 1998
 Bulgarie et Espagne, 5 septembre 1995

Bulgarie et Etats-Unis d'Amérique, 23 septembre 1992

Bulgarie et Fédération de Russie, 8 juin 1993
Bulgarie et Finlande, 3 octobre 1997
Bulgarie et France, 5 avril 1989
Bulgarie et Géorgie, 19 janvier 1995
Bulgarie et Ghana, 20 octobre 1989
Bulgarie et Grèce, 12 mars 1993
Bulgarie et Hongrie, 8 juin 1994
Bulgarie et Inde, 29 octobre 1998
Bulgarie et Indonésie, 13 septembre 2003
Bulgarie et Israël, 6 décembre 1993
Bulgarie et Jordanie, 7 août 2002
Bulgarie et Kazakhstan, 15 septembre 1999
Bulgarie et Koweït, 29 janvier 2007
Bulgarie et Lettonie, 5 décembre 2003
Bulgarie et Liban, 21 décembre 2010
Bulgarie et Libye, 19 novembre 1999
Bulgarie et Lituanie, 21 novembre 2005
Bulgarie et Macédoine, 22 février 1999
Bulgarie et Malte, 12 juin 1984
Bulgarie et Maroc, 28 septembre 2010
Bulgarie et Mongolie, 6 juin 2000
Bulgarie et Nigéria, 21 décembre 1998
Bulgarie et Oman, 2 février 2007
Bulgarie et Ouzbékistan, 24 juin 1998
Bulgarie et Pakistan, 12 février 2002
Bulgarie et Pays-Bas, 6 octobre 1999
Bulgarie et Pologne, 11 avril 1994
Bulgarie et Portugal, 27 mai 1993
Bulgarie et République Arabe de Syrie, 21 mai 2000
Bulgarie et République de Corée, 12 juin 2006
Bulgarie et République de Moldova, 17 avril 1996
Bulgarie et République Islamique d'Iran, 13 novembre 1998
Bulgarie et République Tchèque, 17 mars 1999
Bulgarie et Roumanie, 1er juin 1994
Bulgarie et Royaume-Uni, 11 décembre 1995
Bulgarie et Saint-Marin, 23 février 2007
Bulgarie et Serbie, 13 février 1996
Bulgarie et Singapour, 15 septembre 2003
Bulgarie et Slovaquie, 24 novembre 2005
Bulgarie et Slovénie, 30 juin 1998
Bulgarie et Soudan, 3 avril 2002
Bulgarie et Suède, 19 avril 1994
Bulgarie et Suisse, 28 octobre 1991
Bulgarie et Thaïlande, 11 septembre 2003
Bulgarie et Tunisie, 24 novembre 2000
Bulgarie et Turquie, 6 juillet 1994
Bulgarie et Ukraine, 8 décembre 1994
Bulgarie et Viet Nam, 19 septembre 1996
Bulgarie et Yémen, 12 avril 2002
Burundi et Allemagne, 10 septembre 1984
Burundi et Comores, 18 mai 2001
Burundi et Kenya, 1er avril 2009
Burundi et Maurice, 18 mai 2001
Burundi et Pays-Bas, 30 mai 2007

Burundi et Royaume-Uni, 13 septembre 1990
Cambodge et Allemagne, 15 février 1999
Cambodge et Chine, 19 juillet 1996
Cambodge et Corée, 1er novembre 2007
Cambodge et Croatie, 18 mai 2001
Cambodge et Cuba, 26 septembre 2001
Cambodge et France, 13 juillet 2000
Cambodge et Indonésie, 16 mars 1999
Cambodge et Japon, 14 juin 2007
Cambodge et Koweït, 4 août 2008
Cambodge et Lao, PDR, 24 novembre 2008
Cambodge et Malaisie, 17 août 1994
Cambodge et Pakistan, 27 avril 2004
Cambodge et Pays-Bas, 23 juin 2003
Cambodge et Philippines, 16 août 2000
Cambodge et République de Corée, 10 février 1997
Cambodge et République Tchèque, 12 mai 2008
Cambodge et Singapour, 4 novembre 1996
Cambodge et Suisse, 12 octobre 1996
Cambodge et Thaïlande, 29 mars 1995
Cambodge et Viet Nam, 1er septembre 2001
Cameroun et Allemagne, 29 juin 1962
Cameroun et Belgique et Luxembourg, 27 mars 1980
Cameroun et Chine, 10 mai 1997
Cameroun et Egypte, 24 octobre 2000
Cameroun et Etats-Unis d'Amérique, 26 février 1986
Cameroun et Guinée, 18 mai 2001
Cameroun et Italie, 29 juin 1999
Cameroun et Mali, 18 mai 2001
Cameroun et Maroc, 24 janvier 2007
Cameroun et Maurice, 3 août 2001
Cameroun et Mauritanie, 18 mai 2001
Cameroun et Pays-Bas, 6 juillet 1965
Cameroun et Roumanie, 30 août 1980
Cameroun et Royaume-Uni, 4 juin 1982
Cameroun et Suisse, 28 janvier 1963
Canada et Afrique du Sud, 27 novembre 1995
Canada et Costa Rica, 18 mars 1998
Canada et Croatie, 3 février 1997
Canada et Egypte, 13 novembre 1996
Canada et Egypte, 3 novembre 1997
Canada et El Salvador, 31 mai 1999
Canada et Equateur, 29 avril 1996
Canada et Fédération de Russie, 20 novembre 1989
Canada et Hongrie, 3 octobre 1991
Canada et Jordanie, 28 juin 2009
Canada et Koweït, 26 septembre 2011
Canada et Lettonie, 26 avril 1994
Canada et Lettonie, 5 mai 2009
Canada et Liban, 11 avril 1997
Canada et Panama, 12 septembre 1996
Canada et Pérou, 14 novembre 2006
Canada et Philippines, 10 novembre 1995
Canada et Pologne, 26 octobre 1990

Canada et République Tchèque, 6 mai 2009
Canada et Roumanie, 8 mai 2009
Canada et Singapour, 30 juillet 1971
Canada et Slovaquie, 20 juillet 2010
Canada et Thaïlande, 17 janvier 1997
Canada et Trinidad and Tobago, 11 septembre 1995
Canada et Ukraine, 24 octobre 1994
Canada et Uruguay, 29 octobre 1997
Canada et Venezuela, 1er juillet 1996
Chili et Afrique du Sud, 12 novembre 1998
Chili et Allemagne, 21 octobre 1991
Chili et Belgique et Luxembourg, 15 juillet 1992
Chili et Chine, 23 mars 1994
Chili et Costa Rica, 11 juillet 1996
Chili et Croatie, 28 novembre 1994
Chili et Cuba, 10 janvier 1996
Chili et Danemark, 28 mai 1993
Chili et Egypte, 5 août 1999
Chili et El Salvador, 8 novembre 1996
Chili et Equateur, 23 octobre 1993
Chili et Espagne, 2 octobre 1991
Chili et Finlande, 27 mai 1993
Chili et France, 14 juillet 1992
Chili et Grèce, 10 juillet 1996
Chili et Guatemala, 8 novembre 1996
Chili et Honduras, 11 novembre 1996
Chili et Hongrie, 10 mars 1997
Chili et Indonésie, 7 avril 1999
Chili et Islande, 26 juin 2003
Chili et Italie, 8 mars 1993
Chili et Liban, 3 octobre 1999
Chili et Malaisie, 11 novembre 1992
Chili et Nicaragua, 8 novembre 1996
Chili et Norvège, 1er juin 1993
Chili et Nouvelle-Zélande, 22 juillet 1999
Chili et Panama, 8 novembre 1996
Chili et Paraguay, 7 août 1995
Chili et Pays-Bas, 30 novembre 1998
Chili et Pérou, 2 février 2000
Chili et Philippines, 20 novembre 1995
Chili et Pologne, 5 juillet 1995
Chili et Portugal, 28 avril 1995
Chili et République de Corée, 6 septembre 1996
Chili et République Dominicaine, 28 novembre 2000
Chili et République Tchèque, 24 avril 1995
Chili et Roumanie, 4 juillet 1995
Chili et Royaume-Uni, 8 janvier 1996
Chili et Suède, 24 mai 1993
Chili et Suisse, 24 septembre 1999
Chili et Tunisie, 23 octobre 1998
Chili et Turquie, 21 août 1998
Chili et Ukraine, 30 octobre 1995
Chili et Uruguay, 25 mars 2010
Chili et Venezuela, 2 avril 1993
Chili et Viet Nam, 16 septembre 1999

Chine et Afrique du Sud, 30 décembre 1997
Chine et Allemagne, 1er décembre 2003
Chine et Arabie Saoudite, 29 février 1996
Chine et Bahamas, 4 septembre 2009
Chine et Belgique et Luxembourg, 6 juin 2005
Chine et Bosnie-Herzégovine, 26 juin 2002
Chine et Brunei Darussalam, 17 novembre 2000
Chine et Cap-Vert, 21 avril 1998
Chine et Chypre, 17 janvier 2001
Chine et Colombie, 22 novembre 2008
Chine et Congo, 20 mars 2000
Chine et Corée, 22 mars 2005
Chine et Costa Rica, 24 octobre 2007
Chine et Côte d'Ivoire, 23 septembre 2002
Chine et Croatie, 7 juin 1993
Chine et Cuba, 20 avril 2007
Chine et Danemark, 29 avril 1985
Chine et Djibouti, 18 août 2003
Chine et Egypte, 21 avril 1994
Chine et Emirats Arabes Unis, 1er juillet 1993
Chine et Equateur, 21 mars 1994
Chine et Espagne, 14 novembre 2005
Chine et Estonie, 2 septembre 1993
Chine et Ethiopie, 11 mai 1998
Chine et Fédération de Russie, 9 novembre 2006
Chine et Finlande, 15 novembre 2004
Chine et Finlande, 4 septembre 1984
Chine et France, 26 novembre 2007
Chine et Gabon, 9 mai 1997
Chine et Géorgie, 3 juin 1993
Chine et Ghana, 12 octobre 1989
Chine et Grèce, 25 juin 1992
Chine et Guinée Equatoriale, 20 octobre 2005
Chine et Guinée, 18 novembre 2005
Chine et Guyana, 27 mars 2003
Chine et Hongrie, 29 mai 1991
Chine et Inde, 21 novembre 2006
Chine et Indonésie, 18 novembre 1994
Chine et Islande, 31 mars 1994
Chine et Israël, 10 avril 1995
Chine et Italie, 28 janvier 1985
Chine et Jamaïque, 26 octobre 1994
Chine et Japon, 27 août 1988
Chine et Jordanie, 15 novembre 2001
Chine et Kazakhstan, 10 août 1992
Chine et Kenya, 16 juillet 2001
Chine et Kirghizistan, 14 mai 1992
Chine et Koweït, 23 novembre 1985
Chine et Lao, PDR, 31 janvier 1993
Chine et Lettonie, 15 avril 2004
Chine et Liban, 13 juin 1996
Chine et Libye, 4 août 2010
Chine et Lituanie, 8 novembre 1993
Chine et Macédoine, 9 juin 1997
Chine et Madagascar, 21 novembre 2005
Chine et Malaisie, 21 novembre 1988
Chine et Mali, 12 février 2009

Chine et Malte, 22 février 2009
Chine et Maroc, 27 mars 1995
Chine et Maurice, 4 mai 1996
Chine et Mexique, 11 juillet 2008
Chine et Mongolie, 25 août 1991
Chine et Mozambique, 10 juillet 2001
Chine et Myanmar, 12 décembre 2001
Chine et Namibie, 17 novembre 2005
Chine et Nigéria, 27 août 2001
Chine et Norvège, 1985
Chine et Norvège, 21 novembre 1984
Chine et Nouvelle-Zélande, 22 novembre 1988
Chine et Oman, 18 mars 1995
Chine et Ouganda, 27 mai 2004
Chine et Ouzbékistan, 19 avril 2011
Chine et Pakistan, 12 février 1989
Chine et Papouasie-Nouvelle-Guinée, 12 avril 1991
Chine et Pays-Bas, 26 novembre 2001
Chine et Pérou, 9 juin 1994
Chine et Philippines, 20 juillet 1992
Chine et Pologne, 7 juin 1988
Chine et Portugal, 9 décembre 2005
Chine et Qatar, 9 avril 1999
Chine et République Arabe de Syrie, 9 décembre 1996
Chine et République de Corée, 7 septembre 2007
Chine et République de Moldova, 6 novembre 1992
Chine et République démocratique du Congo, 11 août 2011
Chine et République Islamique d'Iran, 22 juillet 2000
Chine et République Islamique d'Iran, 22 juin 2000
Chine et République Tchèque, 8 décembre 2005
Chine et Roumanie, 16 avril 2007
Chine et Royaume-Uni, 15 mai 1986
Chine et Serbie, 18 décembre 1995
Chine et Seychelles, 10 février 2007
Chine et Sierra Leone, 16 mai 2001
Chine et Singapour, 21 novembre 1985
Chine et Singapour, 21 novembre 1985
Chine et Slovaquie, 7 décembre 2005
Chine et Slovénie, 13 septembre 1993
Chine et Soudan, 30 mai 1997
Chine et Sri Lanka, 13 mars 1986
Chine et Suède, 1982
Chine et Suède, 27 septembre 2004
Chine et Suisse, 27 janvier 2009
Chine et Tadjikistan, 9 mars 1993
Chine et Thaïlande, 12 mars 1985
Chine et Trinidad and Tobago, 22 juillet 2002
Chine et Tunisie, 21 juin 2004
Chine et Turkménistan, 21 novembre 1992
Chine et Turquie, 13 novembre 1990
Chine et Ukraine, 31 octobre 1992
Chine et Uruguay, 2 décembre 1993
Chine et Vanuatu, 7 avril 2006
Chine et Viet Nam, 2 décembre 1992
Chine et Yémen, 16 février 1998
Chine et Zambie, 21 juin 1996
Chine et Zimbabwe, 21 mai 1996
Chypre et Belgique et Luxembourg, 26 février 1991
Chypre et Egypte, 21 octobre 1998
Chypre et Fédération de Russie, 11 avril 1997
Chypre et Grèce, 30 mars 1992
Chypre et Hongrie, 24 mai 1989
Chypre et Inde, 9 avril 2002
Chypre et Israël, 13 octobre 1998
Chypre et Italie, 27 avril 2004
Chypre et Jordanie, 20 décembre 2009
Chypre et Liban, 9 avril 2001
Chypre et Malte, 9 septembre 2002
Chypre et Monténégro, 21 juin 2005
Chypre et Pologne, 4 juin 1992
Chypre et Qatar, 11 novembre 2008
Chypre et République Arabe de Syrie, 10 juin 2007
Chypre et République de Moldova, 13 septembre 2007
Chypre et République Islamique d'Iran, 2 mars 2009
Chypre et République Tchèque, 15 juin 2001
Chypre et Roumanie, 26 juillet 1991
Chypre et Saint-Marin, 13 septembre 2006
Chypre et Serbie, 21 juillet 2005
Chypre et Seychelles, 28 mai 1998
Colombie et Espagne, 31 mars 2005
Colombie et Inde, 10 novembre 2009
Colombie et Japon, 12 septembre 2011
Colombie et Pérou, 11 décembre 2007
Colombie et Pérou, 26 avril 1994
Colombie et Royaume-Uni, 17 mars 2010
Colombie et Suisse, 17 mai 2006
Colombie et Union belgo-luxembourgeoise, 4 février 2009
Comores et Belgique et Luxembourg, 18 mai 2001
Comores et Burkina Faso, 18 mai 2001
Comores et Egypte, 13 novembre 1994
Comores et Mali, 18 mai 2001
Comores et Maurice, 18 mai 2001
Confédération suisse et République arabe syrienne, 9 mai 2007
Confédération suisse et République d'Ethiopie, 26 juin 1998
Confédération suisse et République du Ghana, 8 octobre 1991
Congo et Afrique du Sud, 1er décembre 2005
Congo et Allemagne, 22 novembre 2010
Congo et Espagne, 18 décembre 2008
Congo et Etats-Unis d'Amérique, 12 février 1990
Congo et Italie, 17 mars 1994

Congo et Maurice, 20 décembre 2010
 Congo et Portugal, 4 juin 2010
 Congo et République de Corée, 8 novembre 2006
 Congo et Royaume-Uni, 25 mai 1989
 Congo et Suisse, 18 octobre 1962
 Congo et Tunisie, 4 octobre 2005
Conseil fédéral Suisse et République populaire de Chine, 27 janvier 2009
Côte d'Ivoire et Italie, 1969
 Croatie et Allemagne, 21 mars 1997
 Croatie et Belgique et Luxembourg, 31 octobre 2001
 Croatie et Bosnie-Herzégovine, 23 juillet 2002
 Croatie et Cuba, 16 février 2001
 Croatie et Danemark, 5 juillet 2000
 Croatie et Egypte, 27 octobre 1997
 Croatie et Espagne, 21 juillet 1997
Croatie et Etats-Unis d'Amérique, 13 juillet 1996
 Croatie et Fédération de Russie, 20 mai 1996
 Croatie et Finlande, 1er juin 1999
 Croatie et France, 3 juin 1996
 Croatie et Grèce, 18 octobre 1996
 Croatie et Hongrie, 15 mai 1996
 Croatie et Inde, 4 mai 2001
 Croatie et Indonésie, 20 septembre 2002
 Croatie et Israël, 30 mars 2011
 Croatie et Italie, 5 novembre 1996
 Croatie et Jordanie, 10 octobre 1999
Croatie et Koweït, 8 mars 1997
 Croatie et Lettonie, 17 août 2002
 Croatie et Libye, 20 décembre 2002
 Croatie et Lituanie, 15 avril 2008
 Croatie et Macédoine, 15 mai 1996
 Croatie et Malaisie, 16 décembre 1994
 Croatie et Malte, 11 juillet 2001
 Croatie et Maroc, 29 septembre 2004
 Croatie et Mongolie, 8 août 2006
 Croatie et Oman, 4 mai 2004
 Croatie et Pays-Bas, 28 avril 1998
 Croatie et Pologne, 21 février 1995
 Croatie et Portugal, 9 mai 1995
 Croatie et Qatar, 12 novembre 2001
 Croatie et République de Corée, 19 juillet 2005
 Croatie et République de Moldova, 5 décembre 2001
 Croatie et République Islamique d'Iran, 17 mai 2000
 Croatie et République Tchèque, 8 septembre 2008
 Croatie et Roumanie, 30 avril 2010
 Croatie et Royaume-Uni, 11 mars 1997
 Croatie et Saint-Marin, 7 mai 2004
 Croatie et Serbie, 18 août 1998
 Croatie et Slovaquie, 1er juillet 2008
 Croatie et Slovénie, 12 décembre 1997
 Croatie et Suède, 23 novembre 2000
 Croatie et Suisse, 30 octobre 1996
 Croatie et Thaïlande, 18 février 2000
 Croatie et Turquie, 18 février 2009
 Croatie et Ukraine, 15 décembre 1997
 Croatie et Zimbabwe, 18 février 2000
 Cuba et Afrique du Sud, 8 décembre 1995
 Cuba et Allemagne, 30 avril 1996
 Cuba et Belgique et Luxembourg, 19 mai 1998
 Cuba et Cap-Vert, 22 mai 1997
 Cuba et Danemark, 19 février 2001
 Cuba et Espagne, 27 mai 1994
 Cuba et Fédération de Russie, 7 juillet 1993
 Cuba et Finlande, 17 décembre 2001
 Cuba et France, 25 avril 1997
 Cuba et Ghana, 2 novembre 1999
 Cuba et Grèce, 18 juin 1996
 Cuba et Guatemala, 20 août 1999
 Cuba et Guyana, 22 octobre 1999
 Cuba et Honduras, 9 août 2001
 Cuba et Hongrie, 22 octobre 1999
 Cuba et Indonésie, 19 septembre 1997
 Cuba et Italie, 7 mai 1993
 Cuba et Jamaïque, 31 mai 1997
 Cuba et Lao, PDR, 28 avril 1997
 Cuba et Liban, 14 décembre 1995
 Cuba et Malaisie, 26 septembre 1997
 Cuba et Mexique, 30 mai 2001
 Cuba et Mongolie, 26 mars 1999
 Cuba et Mozambique, 20 octobre 2001
 Cuba et Namibie, 27 juin 1997
 Cuba et Ouganda, 1er janvier 2002
 Cuba et Panama, 27 janvier 1999
 Cuba et Paraguay, 21 novembre 2000
 Cuba et Pays-Bas, 2 novembre 1999
 Cuba et Pérou, 10 octobre 2000
 Cuba et Portugal, 8 juillet 1998
 Cuba et Qatar, 6 novembre 2001
 Cuba et République Dominicaine, 15 novembre 1999
 Cuba et Roumanie, 27 janvier 1996
 Cuba et Royaume-Uni, 30 janvier 1995
 Cuba et Saint-Marin, 1er janvier 2002
 Cuba et Slovaquie, 22 mars 1997
 Cuba et Suisse, 28 juin 1996
 Cuba et Suriname, 7 janvier 1999
 Cuba et Trinidad and Tobago, 26 mai 1999
 Cuba et Turquie, 22 décembre 1997
 Cuba et Ukraine, 20 mai 1995
 Cuba et Venezuela, 11 décembre 1996
 Cuba et Viet Nam, 12 octobre 1995
 Cuba et Zambie, 22 janvier 2000
 Danemark et Afrique du Sud, 22 février 1996
 Danemark et Bosnie-Herzégovine, 24 mars 2004
 Danemark et Corée, 10 septembre 1996
 Danemark et Egypte, 24 juin 1996
 Danemark et Estonie, 6 novembre 1991
 Danemark et Ethiopie, 24 avril 2001
 Danemark et Fédération de Russie, 4 novembre 1993

Danemark et Ghana, 13 janvier 1992
 Danemark et Hong Kong, China, 2 février 1994
 Danemark et Hongrie, 2 mai 1988
 Danemark et Inde, 6 septembre 1995
 Danemark et Indonésie, 22 janvier 2007
 Danemark et Kirghizistan, 1er janvier 2001
 Danemark et Koweït, 1er juin 2001
 Danemark et Lao, PDR, 9 septembre 1998
 Danemark et Lettonie, 30 mars 1992
Danemark et Lituanie, 30 mars 1992
 Danemark et Malaisie, 6 janvier 1992
 Danemark et Maroc, 22 mai 2003
 Danemark et Mexique, 13 avril 2000
 Danemark et Mongolie, 13 mars 1995
 Danemark et Monténégro, 11 février 2009
 Danemark et Mozambique, 12 octobre 2002
 Danemark et Nicaragua, 12 mars 1995
 Danemark et Ouganda, 26 novembre 2001
 Danemark et Pakistan, 18 juillet 1996
 Danemark et Paraguay, 22 avril 1993
 Danemark et Pérou, 23 novembre 1994
 Danemark et Philippines, 25 septembre 1997
 Danemark et Pologne, 1er mai 1990
 Danemark et République de Corée, 2 juin 1988
 Danemark et République Unie de Tanzanie, 22 avril 1999
 Danemark et Roumanie, 14 juin 1994
 Danemark et Serbie, 15 mai 2009
 Danemark et Slovaquie, 6 mars 1991
 Danemark et Slovénie, 12 mai 1999
 Danemark et Sri Lanka, 4 juin 1985
 Danemark et Tunisie, 28 juin 1996
 Danemark et Turquie, 7 février 1990
 Danemark et Ukraine, 23 octobre 1992
 Danemark et Venezuela, 28 novembre 1994
 Danemark et Viet Nam, 23 juillet 1993
 Danemark et Zimbabwe, 25 octobre 1996
 Djibouti et Egypte, 21 juillet 1998
 Djibouti et France, 13 décembre 2007
 Djibouti et Inde, 19 mai 2003
 Djibouti et Italie, 8 février 2006
 Djibouti et Malaisie, 3 août 1998
 Djibouti et Suisse, 4 février 2001
 Dominique et Allemagne, 1er octobre 1984
 Dominique et Royaume-Uni, 23 janvier 1987
 Egypte et Afrique du Sud, 28 octobre 1998
 Egypte et Allemagne, 16 juin 2005
 Egypte et Arabie Saoudite, 13 mars 1990
 Egypte et Belgique et Luxembourg, 28 février 1999
 Egypte et Bosnie-Herzégovine, 11 mars 1998
 Egypte et Corée, 19 août 1999
 Egypte et Emirats Arabes Unis, 11 mai 1997
 Egypte et Espagne, 3 novembre 1992
 Egypte et Etats-Unis d'Amérique, 11 mars 1986
 Egypte et Etats-Unis d'Amérique, 29 septembre 1982
 Egypte et Ethiopie, 27 juillet 2006
 Egypte et Fédération de Russie, 23 septembre 1997
 Egypte et Finlande, 3 mars 2004
 Egypte et France, 22 décembre 1974
 Egypte et Gabon, 22 décembre 1997
 Egypte et Géorgie, 10 août 1999
 Egypte et Ghana, 11 mars 1998
 Egypte et Grèce, 16 juillet 1993
 Egypte et Guinée, 6 mars 1998
 Egypte et Hongrie, 23 mai 1995
 Egypte et Inde, 9 avril 1997
 Egypte et Indonésie, 19 janvier 1994
 Egypte et Islande, 8 janvier 2008
 Egypte et Italie, 2 mars 1989
 Egypte et Jamaïque, 10 février 1999
 Egypte et Japon, 28 janvier 1977
 Egypte et Jordanie, 8 mai 1996
 Egypte et Kazakhstan, 14 février 1993
 Egypte et Koweït, 17 avril 2001
 Egypte et Lettonie, 24 avril 1997
 Egypte et Liban, 16 mars 1996
 Egypte et Libye, 3 décembre 1990
 Egypte et Macédoine, 22 novembre 1999
 Egypte et Malaisie, 14 avril 1997
 Egypte et Malawi, 21 octobre 1997
 Egypte et Mali, 9 mars 1998
 Egypte et Malte, 20 février 1999
 Egypte et Maroc, 14 mai 1997
 Egypte et Mongolie, 27 avril 2004
 Egypte et Mozambique, 8 décembre 1998
 Egypte et Niger, 4 mars 1998
 Egypte et Nigéria, 20 juin 2000
 Egypte et Oman, 25 mars 1998
 Egypte et Ouganda, 4 novembre 1995
 Egypte et Ouzbékistan, 16 décembre 1992
 Egypte et Pakistan, 16 avril 2000
 Egypte et Palestine, 28 avril 1998
 Egypte et Pays-Bas, 17 janvier 1996
 Egypte et Pologne, 1er juillet 1995
 Egypte et Portugal, 29 avril 1999
 Egypte et Qatar, 12 février 1999
 Egypte et République Arabe de Syrie, 28 avril 1997
 Egypte et République Centrafricaine, 7 février 2000
 Egypte et République de Corée, 18 mars 1996
 Egypte et République démocratique du Congo, 18 décembre 1998
 Egypte et République Islamique d'Iran, 25 mai 1977
 Egypte et République Tchèque, 29 mai 1993
 Egypte et République Unie de Tanzanie, 30 avril 1997
 Egypte et Roumanie, 24 novembre 1994
 Egypte et Royaume-Uni, 11 juin 1975
 Egypte et Sénégal, 5 mars 1998
 Egypte et Serbie, 24 mai 2005
 Egypte et Seychelles, 22 janvier 2002

Egypte et Singapour, 15 avril 1997
 Egypte et Slovaquie, 30 avril 1997
 Egypte et Slovénie, 28 octobre 1998
 Egypte et Somalie, 29 mai 1982
 Egypte et Soudan, 8 juillet 2001
 Egypte et Sri Lanka, 11 mars 1996
 Egypte et Suède, 15 juillet 1978
 Egypte et Suisse, 7 juin 2010
 Egypte et Swaziland, 18 juillet 2000
 Egypte et Thaïlande, 18 février 2000
 Egypte et Tunisie, 8 décembre 1989
 Egypte et Turkménistan, 23 mai 1995
 Egypte et Turquie, 4 octobre 1996
 Egypte et Ukraine, 21 décembre 1992
 Egypte et Viet Nam, 6 septembre 1997
 Egypte et Yémen, 6 juin 1996
 Egypte et Zambie, 28 avril 2000
 Egypte et Zimbabwe, 2 juin 1999
 Equateur et Allemagne, 21 mars 1996
 Equateur et Costa Rica, 6 décembre 2001
 Equateur et Espagne, 26 juin 1996
Equateur et Etats-Unis d'Amérique, 27 août 1993
 Equateur et Fédération de Russie, 25 avril 1996
 Equateur et France, 7 septembre 1994
 Equateur et Italie, 25 octobre 2001
 Equateur et Pays-Bas, 27 juin 1999
 Equateur et Pérou, 7 avril 1999
 Equateur et Royaume-Uni, 10 mai 1994
 Equateur et Suède, 31 mai 2001
 Equateur et Suisse, 2 mai 1968
 Equateur et Venezuela, 18 novembre 1993
 Erythrée et Ouganda, 30 juin 2001
 Erythrée et Pays-Bas, 2 décembre 2003
 Erythrée et Qatar, 7 août 2000
 Espagne et Afrique du Sud, 30 septembre 1998
 Espagne et Arabie Saoudite, 9 avril 2006
 Espagne et Bosnie-Herzégovine, 21 janvier 2002
 Espagne et Costa Rica, 8 juillet 1997
 Espagne et El Salvador, 14 février 1995
 Espagne et Fédération de Russie, 26 octobre 1990
 Espagne et Guinée Equatoriale, 22 novembre 2003
 Espagne et Honduras, 18 mars 1994
 Espagne et Libye, 17 décembre 2007
 Espagne et Macédoine, 20 juin 2005
 Espagne et Ouzbékistan, 28 janvier 2003
 Espagne et République Arabe de Syrie, 20 octobre 2003
 Espagne et République de Corée, 17 janvier 1994
 Espagne et République de Moldova, 11 mai 2006
 Espagne et République Dominicaine, 16 mars 1995

Espagne et République Islamique d'Iran, 29 octobre 2002
 Espagne et République Tchèque, 12 décembre 1990
 Espagne et Trinidad and Tobago, 3 juillet 1999
 Espagne et Tunisie, 28 mai 1991
 Espagne et Turquie, 15 février 1995
 Espagne et Ukraine, 26 février 1998
 Espagne et Uruguay, 7 avril 1992
 Espagne et Venezuela, 2 novembre 1995
 Espagne et Viet Nam, 20 février 2006
 Espagne et Yémen, 29 janvier 2008
 Estonie et Allemagne, 12 novembre 1992
 Estonie et Belgique et Luxembourg, 24 janvier 1996
 Estonie et Espagne, 11 novembre 1997
Estonie et Etats-Unis d'Amérique, 19 avril 1994
 Estonie et Finlande, 13 février 1992
 Estonie et France, 14 mai 1992
 Estonie et Grèce, 17 avril 1997
 Estonie et Israël, 14 mars 1994
 Estonie et Italie, 20 mars 1997
 Estonie et Jordanie, 10 mai 2010
Estonie et Lettonie, 1991
 Estonie et Lettonie, 7 février 1996
 Estonie et Lituanie, 7 septembre 1995
 Estonie et Maroc, 25 septembre 2009
 Estonie et Norvège, 15 juin 1992
 Estonie et Pays-Bas, 27 octobre 1992
 Estonie et Pologne, 6 mai 1993
 Estonie et République de Moldova, 18 juin 2010
 Estonie et Royaume-Uni, 12 mai 1994
 Estonie et Suède, 31 mars 1992
 Estonie et Suisse, 21 décembre 1992
 Estonie et Turquie, 3 juin 1997
 Estonie et Ukraine, 15 février 1995
Etats-Unis d'Amérique et Argentine, 14 novembre 1991
Etats-Unis d'Amérique et Cameroun, 26 février 1986
Etats-Unis d'Amérique et Egypte, 5 février 2006
Etats-Unis d'Amérique et Equateur, 1993
Etats-Unis d'Amérique et Grenade, 1986
Etats-Unis d'Amérique et Jamaïque, 4 février 1994
Etats-Unis d'Amérique et République arabe d'Egypte, 29 septembre 1982
Etats-Unis d'Amérique et République d'Albanie, 11 janvier 1995
Etats-Unis d'Amérique et Sénégal, 1983
Etats-Unis d'Amérique et Uruguay, 1er novembre 2006
Etats-Unis d'Amérique et Uruguay, 2005
Etats-Unis d'Amérique et Zaïre, 1984
Etats-Unis et Honduras, 2 mai 1986
Etats-Unis et Kirghizstan, 19 janvier 1993

Etats-Unis et Lettonie, 13 janvier 1993
Etats-Unis et Nicaragua, 4 novembre 1995
Etats-Unis et Sri Lanka, 20 septembre 1991
Etats-Unis et Trinité-Tobago, 26 septembre 1994

Ethiopie et Afrique du Sud, 1er janvier 2008
Ethiopie et Allemagne, 19 janvier 2004
Ethiopie et Belgique et Luxembourg, 26 octobre 2006
Ethiopie et Espagne, 17 mars 2009
Ethiopie et Fédération de Russie, 10 février 2000
Ethiopie et Finlande, 23 février 2006
Ethiopie et France, 25 juin 2003
Ethiopie et Guinée Equatoriale, 11 juin 2009
Ethiopie et Inde, 5 juillet 2007
Ethiopie et Israël, 26 novembre 2003
Ethiopie et Italie, 23 décembre 1994
Ethiopie et Koweït, 14 septembre 1996
Ethiopie et Libye, 27 janvier 2004
Ethiopie et Malaisie, 22 octobre 1998
Ethiopie et Nigéria, 19 janvier 2004
Ethiopie et Pays-Bas, 16 mai 2003
Ethiopie et République Islamique d'Iran, 21 octobre 2003
Ethiopie et Royaume-Uni, 19 novembre 2009
Ethiopie et Soudan, 7 mars 2000
Ethiopie et Suède, 10 décembre 2004
Ethiopie et Suisse, 26 juin 1998
Ethiopie et Tunisie, 14 décembre 2000
Ethiopie et Turquie, 16 novembre 2000
Ethiopie et Yémen, 15 avril 1999
Finlande et Afrique du Sud, 14 septembre 1998
Finlande et Bosnie-Herzégovine, 1er novembre 2001
Finlande et Costa Rica, 28 novembre 2001
Finlande et El Salvador, 20 mai 2002
Finlande et Emirats Arabes Unis, 12 mars 1996
Finlande et Fédération de Russie, 8 février 1989
Finlande et Géorgie, 24 novembre 2006
Finlande et Guatemala, 14 avril 2005
Finlande et Hongrie, 6 juin 1988
Finlande et Inde, 7 novembre 2002
Finlande et Indonésie, 12 septembre 2006
Finlande et Jordanie, 1er novembre 2006
Finlande et Kazakhstan, 9 janvier 2007
Finlande et Kenya, 1er septembre 2008
Finlande et Kirghizistan, 3 avril 2003
Finlande et Koweït, 10 mars 1996
Finlande et Lettonie, 5 mars 1992
Finlande et Liban, 25 août 1997
Finlande et Lituanie, 12 juin 1992
Finlande et Macédoine, 25 janvier 2001
Finlande et Malaisie, 15 avril 1985
Finlande et Maroc, 1er octobre 2001
Finlande et Maurice, 12 septembre 2007

Finlande et Mexique, 22 février 1999
Finlande et Mongolie, 15 mai 2007
Finlande et Monténégro, 14 novembre 2008
Finlande et Mozambique, 3 septembre 2004
Finlande et Namibie, 31 octobre 2002
Finlande et Népal, 3 février 2009
Finlande et Nicaragua, 17 septembre 2003
Finlande et Nigéria, 22 juin 2005
Finlande et Oman, 27 septembre 1997
Finlande et Ouzbékistan, 1er octobre 1992
Finlande et Panama, 19 février 2009
Finlande et Pérou, 2 mai 1995
Finlande et Philippines, 25 mars 1998
Finlande et Pologne, 25 novembre 1996
Finlande et Qatar, 12 novembre 2001
Finlande et République de Corée, 21 octobre 1993
Finlande et République de Moldova, 25 août 1995
Finlande et République Dominicaine, 27 novembre 2001
Finlande et République Islamique d'Iran, 4 novembre 2002
Finlande et République Tchèque, 6 novembre 1990
Finlande et République Unie de Tanzanie, 19 juin 2001
Finlande et Roumanie, 26 mars 1992
Finlande et Serbie, 23 mai 2005
Finlande et Slovaquie, 6 novembre 1990
Finlande et Slovénie, 1er juin 1998
Finlande et Sri Lanka, 27 avril 1985
Finlande et Thaïlande, 18 mars 1994
Finlande et Tunisie, 4 octobre 2001
Finlande et Turquie, 13 mai 1993
Finlande et Ukraine, 7 octobre 2004
Finlande et Uruguay, 21 mars 2002
Finlande et Viet Nam, 21 février 2008
Finlande et Zambie, 7 septembre 2005
France et Afrique du Sud, 11 octobre 1995
France et Algérie, 1990
France et Arabie Saoudite, 26 juin 2002
France et Bosnie-Herzégovine, 12 décembre 2003
France et Costa Rica, 8 mars 1984
France et El Salvador, 20 septembre 1978
France et Emirats Arabes Unis, 9 septembre 1991
France et Fédération de Russie, 4 juillet 1989
France et Géorgie, 3 février 1997
France et Ghana, 26 mars 1999
France et Guatemala, 27 mai 1998
France et Guinée Equatoriale, 3 mars 1982
France et Haïti, 23 mai 1984
France et Honduras, 28 avril 1998
France et Hong Kong, China, 30 novembre 1995
France et Hongrie, 6 novembre 1986
France et Inde, 2 septembre 1997

France et Indonésie, 14 juin 1973
France et Israël, 9 juin 1983
France et Jamaïque, 25 janvier 1993
France et Jordanie, 23 février 1978
France et Kazakhstan, 3 février 1998
France et Kenya, 4 décembre 2007
France et Kirghizistan, 2 juin 1994
France et Koweït, 27 septembre 1989
France et Lao, PDR, 12 décembre 1989
France et Lettonie, 15 mai 1992
France et Liban, 28 novembre 1996
France et Libéria, 23 mars 1979
France et Libye, 19 avril 2004
France et Lituanie, 23 avril 1992
France et Macédoine, 28 janvier 1998
France et Madagascar, 25 juillet 2003
France et Malaisie, 24 avril 1975
France et Malte, 11 août 1976
France et Maroc, 13 janvier 1996
France et Maurice, 8 mars 2010
France et Mexique, 12 novembre 1998
France et Mongolie, 8 novembre 1991
France et Mozambique, 15 novembre 2002
France et Namibie, 25 juin 1998
France et Népal, 2 mai 1983
France et Nicaragua, 13 février 1998
France et Nigéria, 27 février 1990
France et Oman, 17 octobre 1994
France et Ouganda, 3 janvier 2003
France et Ouzbékistan, 27 octobre 1993
France et Pakistan, 1er juin 1983
France et Panama, 5 novembre 1982
France et Paraguay, 30 novembre 1978
France et Pérou, 6 octobre 1993
France et Philippines, 13 septembre 1994
France et Pologne, 14 février 1989
France et Qatar, 8 juillet 1996
France et République Arabe de Syrie, 12 mai 2009
France et République de Corée, 28 décembre 1977
France et République de Moldova, 8 septembre 1997
France et République démocratique du Congo, 5 octobre 1972
France et République Démocratique du Soudan, 31 juillet 1978
France et République Dominicaine, 14 janvier 1999
France et République fédérale du Nigeria, 27 février 1990
France et République Islamique d'Iran, 12 mai 2003
France et République Tchèque, 13 septembre 1990
France et Roumanie, 21 mars 1995
France et Sénégal, 26 juillet 2007
France et Serbie, 28 mars 1974
France et Singapour, 8 septembre 1975
France et Slovaquie, 13 septembre 1990
France et Slovénie, 11 février 1998
France et Soudan, 31 juillet 1978
France et Sri Lanka, 10 avril 1980
France et Tadjikistan, 1er janvier 2002
France et Trinidad and Tobago, 28 octobre 1993
France et Tunisie, 20 octobre 1997
France et Turkménistan, 28 avril 1994
France et Turquie, 15 juin 2006
France et Ukraine, 3 mai 1994
France et Uruguay, 14 octobre 1993
France et Venezuela, 2 juillet 2001
France et Viet Nam, 26 mai 1992
France et Yémen, 27 avril 1984
France et Zambie, 1er janvier 2002
France et Zimbabwe, 4 mai 2001
Gabon et Allemagne, 15 septembre 1998
Gabon et Belgique et Luxembourg, 27 mai 1998
Gabon et Espagne, 2 mars 1995
Gabon et Italie, 18 novembre 1968
Gabon et Liban, 20 février 2001
Gabon et Mali, 25 mars 2005
Gabon et Maroc, 21 juin 2004
Gabon et Portugal, 17 décembre 2001
Gabon et Roumanie, 11 avril 1979
Gabon et Suisse, 28 janvier 1972
Gambie et Guinée, 21 juin 2002
Géorgie et Allemagne, 25 juin 1993
Géorgie et Belgique et Luxembourg, 23 juin 1993
Géorgie et Etats-Unis d'Amérique, 7 mars 1994
Géorgie et Grèce, 9 novembre 1994
Géorgie et Israël, 19 juin 1995
Géorgie et Italie, 15 mai 1997
Géorgie et Kazakhstan, 17 septembre 1996
Géorgie et Kirghizistan, 22 avril 1997
Géorgie et Lettonie, 5 octobre 2005
Géorgie et Lituanie, 9 novembre 2005
Géorgie et Ouzbékistan, 4 septembre 1995
Géorgie et Pays-Bas, 3 février 1998
Géorgie et République de Moldova, 28 novembre 1997
Géorgie et République Islamique d'Iran, 27 septembre 1995
Géorgie et République Tchèque, 29 août 2009
Géorgie et Roumanie, 11 décembre 1997
Géorgie et Royaume-Uni, 15 février 1995
Géorgie et Suède, 30 octobre 2008
Géorgie et Turkménistan, 20 mars 1996
Géorgie et Turquie, 30 juillet 1992
Géorgie et Ukraine, 9 janvier 1995
Ghana et Afrique du Sud, 9 juillet 1998
Ghana et Burkina Faso, 18 mai 2001
Ghana et Côte d'Ivoire, 4 novembre 1997
Ghana et Espagne, 6 octobre 2006
Ghana et Guinée, 18 mai 2001

Ghana et Inde, 18 août 2002
 Ghana et Italie, 25 juin 1998
 Ghana et Malaisie, 8 novembre 1996
 Ghana et Maurice, 18 mai 2001
 Ghana et Mauritanie, 18 mai 2001
 Ghana et Pays-Bas, 31 mars 1989
 Ghana et Roumanie, 14 septembre 1989
 Ghana et Royaume-Uni, 22 mars 1989
 Ghana et Serbie, 25 avril 2000
 Ghana et Suisse, 8 octobre 1991
 Ghana et Zambie, 18 mai 2001
 Ghana et Zimbabwe, 30 juin 2003
 Grèce et Afrique du Sud, 19 novembre 1998
 Grèce et Bosnie-Herzégovine, 12 décembre 2000
Grèce et Cuba, 1997
 Grèce et Fédération de Russie, 30 juin 1993
 Grèce et Hongrie, 26 mai 1989
 Grèce et Inde, 26 avril 2007
 Grèce et Jordanie, 21 février 2005
 Grèce et Kazakhstan, 26 juin 2002
 Grèce et Lettonie, 20 juillet 1995
 Grèce et Liban, 24 juillet 1997
 Grèce et Lituanie, 19 juillet 1996
 Grèce et Maroc, 16 février 1994
 Grèce et Mexique, 30 novembre 2000
 Grèce et Ouzbékistan, 1er avril 1997
 Grèce et Pologne, 14 octobre 1992
 Grèce et République Arabe de Syrie, 23 février 2003
 Grèce et République de Corée, 25 janvier 1995
 Grèce et République de Moldova, 23 mars 1998
 Grèce et République démocratique du Congo, 26 avril 1991
 Grèce et République Islamique d'Iran, 13 mars 2002
 Grèce et République Tchèque, 3 juin 1991
 Grèce et Roumanie, 23 mai 1997
 Grèce et Serbie, 25 juin 1997
 Grèce et Slovaquie, 3 juin 1991
 Grèce et Slovénie, 29 mai 1997
 Grèce et Tunisie, 31 octobre 1992
 Grèce et Turquie, 20 janvier 2000
 Grèce et Ukraine, 1er septembre 1994
 Grèce et Viet Nam, 13 octobre 2008
 Grenade et Etats-Unis d'Amérique, 2 mai 1986
Grenade et Royaume-Uni, 25 février 1988
 Guatemala et Belgique et Luxembourg, 14 avril 2005
 Guatemala et Espagne, 9 décembre 2002
 Guatemala et Israël, 7 novembre 2006
 Guatemala et Italie, 8 septembre 2003
 Guatemala et Pays-Bas, 18 mai 2001
 Guatemala et République de Corée, 1er août 2000
 Guatemala et République Tchèque, 20 août 2009
 Guatemala et Suède, 12 février 2004
 Guatemala et Suisse, 9 septembre 2002
 Guatemala et Taïwan, Province De Chine, 2 novembre 1999
 Guinée et Burkina Faso, 25 mars 2003
 Guinée et Italie, 20 février 1964
 Guinée et Liban, 15 juin 2004
 Guinée et Malaisie, 7 novembre 1996
 Guinée et Mali, 18 mai 2001
 Guinée et Maroc, 2 mai 2002
 Guinée et Maurice, 18 mai 2001
 Guinée et Mauritanie, 18 mai 2001
 Guinée et Serbie, 22 octobre 1996
 Guinée et Suisse, 26 avril 1962
 Guinée et Tunisie, 18 novembre 1990
 Guyana et Indonésie, 30 janvier 2008
 Guyana et Koweït, 17 janvier 2010
 Guyana et République de Corée, 31 juillet 2006
 Guyana et Royaume-Uni, 27 octobre 1989
 Guyana et Suisse, 13 décembre 2005
 Haïti et Etats-Unis d'Amérique, 13 décembre 1983
 Haïti et République Dominicaine, 8 octobre 1999
 Haïti et Royaume-Uni, 18 mars 1985
 Hongrie et Belgique et Luxembourg, 14 mai 1986
 Hongrie et Bosnie-Herzégovine, 26 septembre 2002
 Hongrie et Espagne, 9 novembre 1989
Hongrie et Fédération de Russie, 6 mars 1995
 Hongrie et Inde, 3 novembre 2003
 Hongrie et Indonésie, 20 mai 1992
 Hongrie et Jordanie, 14 juin 2007
 Hongrie et Kazakhstan, 7 décembre 1994
 Hongrie et Koweït, 8 novembre 1989
 Hongrie et Lettonie, 10 juin 1999
 Hongrie et Liban, 22 juin 2001
 Hongrie et Lituanie, 25 mai 1999
 Hongrie et Macédoine, 13 avril 2001
 Hongrie et Malaisie, 19 février 1993
 Hongrie et Maroc, 12 décembre 1991
 Hongrie et Mongolie, 13 septembre 1994
 Hongrie et Norvège, 8 avril 1991
 Hongrie et Ouzbékistan, 28 octobre 2002
 Hongrie et Paraguay, 11 août 1993
 Hongrie et Pays-Bas, 2 septembre 1987
 Hongrie et Pologne, 23 septembre 1992
 Hongrie et Portugal, 28 février 1992
 Hongrie et République de Corée, 28 décembre 1988
 Hongrie et République de Moldova, 19 avril 1995
 Hongrie et République Tchèque, 14 janvier 1993
 Hongrie et Roumanie, 16 septembre 1993
 Hongrie et Royaume-Uni, 9 mars 1987
 Hongrie et Serbie, 20 juin 2001

Hongrie et Singapour, 17 avril 1997
 Hongrie et Slovaquie, 15 janvier 1993
 Hongrie et Slovénie, 15 octobre 1996
 Hongrie et Suède, 21 avril 1987
 Hongrie et Suisse, 5 octobre 1988
 Hongrie et Thaïlande, 18 octobre 1991
 Hongrie et Tunisie, 13 mai 2003
 Hongrie et Turquie, 14 janvier 1992
 Hongrie et Ukraine, 11 octobre 1994
 Hongrie et Uruguay, 25 août 1989
 Hongrie et Viet Nam, 26 août 1994
 Hongrie et Yémen, 18 janvier 2004
 Inde et Arabie Saoudite, 25 janvier 2006
 Inde et Belgique et Luxembourg, 31 octobre 1997
 Inde et Bosnie-Herzégovine, 12 septembre 2006
 Inde et Brunei Darussalam, 22 mai 2008
 Inde et Espagne, 30 septembre 1997
 Inde et Fédération de Russie, 23 décembre 1994
 Inde et Indonésie, 10 février 1999
 Inde et Israël, 29 janvier 1996
 Inde et Italie, 23 novembre 1995
 Inde et Jordanie, 30 novembre 2006
 Inde et Kazakhstan, 9 décembre 1996
 Inde et Kirghizistan, 16 mai 1997
 Inde et Koweït, 27 novembre 2001
 Inde et Lao, PDR, 9 novembre 2000
 Inde et Lettonie, 18 février 2010
 Inde et Libye, 26 mai 2007
 Inde et Lituanie, 31 mars 2011
 Inde et Macédoine, 17 mars 2008
 Inde et Malaisie, 1er août 1995
 Inde et Maroc, 13 février 1999
 Inde et Maurice, 4 septembre 1998
 Inde et Mexique, 21 mai 2007
 Inde et Mongolie, 3 janvier 2001
 Inde et Monténégro, 31 janvier 2003
 Inde et Mozambique, 19 février 2009
 Inde et Myanmar, 24 juin 2008
 Inde et Népal, 21 octobre 2011
 Inde et Oman, 2 avril 1997
 Inde et Ouzbékistan, 18 mai 1999
 Inde et Pays-Bas, 6 novembre 1995
 Inde et Philippines, 28 janvier 2000
 Inde et Pologne, 7 octobre 1996
 Inde et Portugal, 28 juin 2000
 Inde et Qatar, 7 avril 1999
 Inde et République Arabe de Syrie, 18 juin 2008
 Inde et République de Corée, 26 février 1996
 Inde et République démocratique du Congo, 13 avril 2010
Inde et République Tchèque, 1996
 Inde et République Tchèque, 8 juillet 2010
 Inde et Roumanie, 16 février 2009
 Inde et Royaume-Uni, 14 mars 1994
 Inde et Sénégal, 3 juillet 2008
 Inde et Serbie, 31 janvier 2003
 Inde et Seychelles, 2 juin 2010
 Inde et Slovaquie, 25 septembre 2006
 Inde et Slovénie, 14 juin 2011
 Inde et Soudan, 22 octobre 2003
 Inde et Sri Lanka, 22 janvier 1997
Inde et Suède, 4 juillet 2000
Inde et Suisse, 4 avril 1997
 Inde et Tadjikistan, 13 décembre 1995
 Inde et Taïwan, Province De Chine, 17 octobre 2002
 Inde et Thaïlande, 10 juillet 2000
 Inde et Trinidad and Tobago, 12 mars 2007
 Inde et Turkménistan, 20 septembre 1995
 Inde et Turquie, 17 septembre 1998
 Inde et Ukraine, 1er décembre 2001
Inde et Union belgo-luxembourgeoise, 31 octobre 1997
 Inde et Uruguay, 11 février 2008
 Inde et Viet Nam, 8 mars 1997
 Inde et Yémen, 1er octobre 2002
 Inde et Zimbabwe, 10 février 1999
 Indonésie et Arabie Saoudite, 15 septembre 2003
Indonésie et Belgique et Luxembourg, 15 janvier 1970
 Indonésie et Corée, 21 février 2000
 Indonésie et Espagne, 30 mai 1995
 Indonésie et Fédération de Russie, 6 septembre 2007
 Indonésie et Italie, 25 avril 1991
 Indonésie et Jamaïque, 10 février 1999
 Indonésie et Jordanie, 12 novembre 1996
 Indonésie et Kirghizistan, 19 juillet 1995
 Indonésie et Lao, PDR, 18 octobre 1994
 Indonésie et Malaisie, 22 janvier 1994
 Indonésie et Maroc, 14 mars 1997
 Indonésie et Maurice, 5 mars 1997
 Indonésie et Mongolie, 4 mars 1997
 Indonésie et Mozambique, 26 mars 1999
 Indonésie et Ouzbékistan, 27 août 1996
 Indonésie et Pakistan, 8 mars 1996
 Indonésie et Pays-Bas, 6 avril 1994
 Indonésie et Philippines, 12 novembre 2001
 Indonésie et Pologne, 6 octobre 1992
 Indonésie et Qatar, 18 avril 2000
 Indonésie et République Arabe de Syrie, 27 juin 1997
 Indonésie et République de Corée, 16 février 1991
 Indonésie et République Islamique d'Iran, 22 juin 2005
 Indonésie et République Tchèque, 17 septembre 1998
 Indonésie et Roumanie, 27 juin 1997
Indonésie et Royaume-Uni, 27 avril 1976
 Indonésie et Serbie, 6 septembre 2011
 Indonésie et Singapour, 16 février 2005
 Indonésie et Slovaquie, 12 juillet 1994

Indonésie et Soudan, 10 février 1998
 Indonésie et Sri Lanka, 10 juin 1996
 Indonésie et Suède, 17 septembre 1992
 Indonésie et Suisse, 6 juin 1974
 Indonésie et Suriname, 28 octobre 1995
 Indonésie et Tadjikistan, 28 octobre 2003
 Indonésie et Thaïlande, 17 février 1998
 Indonésie et Tunisie, 13 mai 1992
 Indonésie et Turkménistan, 2 juin 1994
 Indonésie et Turquie, 25 février 1997
 Indonésie et Ukraine, 11 avril 1996
 Indonésie et Venezuela, 18 décembre 2000
 Indonésie et Viet Nam, 25 octobre 1991
 Indonésie et Yémen, 20 février 1998
 Indonésie et Zimbabwe, 10 février 1999
 Iran et Afghanistan, 28 mai 2006
 Iran et Afrique du Sud, 3 novembre 1997
 Iran et Bosnie-Herzégovine, 27 juillet 1996
 Iran et Corée, 30 septembre 2002
 Iran et Espagne, 29 octobre 2002
 Iran et Italie, 10 mars 1999
 Iran et Kazakhstan, 16 janvier 1996
 Iran et Kenya, 24 février 2009
 Iran et Kirghizistan, 31 juillet 1996
 Iran et Koweït, 13 février 2007
 Iran et Liban, 28 octobre 1997
 Iran et Libye, 27 décembre 2006
 Iran et Macédoine, 12 juillet 2000
 Iran et Malaisie, 22 juillet 2002
 Iran et Maroc, 21 janvier 2001
 Iran et Oman, 2 décembre 2001
 Iran et Ouzbékistan, 11 juin 2000
 Iran et Pakistan, 8 novembre 1995
 Iran et Philippines, 8 octobre 1995
 Iran et Pologne, 2 octobre 1998
 Iran et Qatar, 20 mai 1999
 Iran et République Arabe de Syrie, 5 février 1998
 Iran et République de Corée, 31 octobre 1998
 Iran et République de Moldova, 30 mai 1995
 Iran et Roumanie, 26 janvier 2003
 Iran et Serbie, 5 décembre 2003
 Iran et Soudan, 7 septembre 1999
 Iran et Sri Lanka, 25 juillet 2000
 Iran et Suède, 5 septembre 2005
 Iran et Suisse, 8 mars 1998
 Iran et Tadjikistan, 18 juillet 1995
 Iran et Tunisie, 23 avril 2001
 Iran et Turkménistan, 23 janvier 1996
 Iran et Turquie, 21 décembre 1996
 Iran et Ukraine, 21 mai 1996
 Iran et Venezuela, 11 mars 2005
 Iran et Viet Nam, 23 mars 2009
 Iran et Yémen, 29 février 1996
 Iran et Zimbabwe, 9 mai 1999
 Iraq et Koweït, 25 octobre 1964
 Iraq et Maroc, 18 juillet 1990
 Iraq et République Arabe de Syrie, 29 août 2002
 Islande et Inde, 29 juin 2007
 Islande et Lettonie, 11 juin 1998
 Islande et Liban, 24 juin 2004
 Islande et Lituanie, 20 août 2002
 Islande et Mexique, 24 juin 2005
 Islande et Viet Nam, 20 septembre 2002
 Israël et Afrique du Sud, 20 octobre 2004
 Israël et El Salvador, 3 avril 2000
 Israël et Kazakhstan, 27 décembre 1995
 Israël et Lettonie, 27 février 1994
 Israël et Lituanie, 2 octobre 1994
 Israël et Mongolie, 25 novembre 2003
 Israël et Ouzbékistan, 4 juillet 1994
 Israël et Pologne, 22 mai 1991
 Israël et République de Corée, 7 février 1999
 Israël et République de Moldova, 22 juin 1997
 Israël et République démocratique du Congo, 14 mai 1985
 Israël et République Tchèque, 23 septembre 1997
 Israël et Roumanie, 12 août 2010
 Israël et Serbie, 28 juillet 2004
 Israël et Slovaquie, 8 septembre 1999
 Israël et Slovénie, 13 mai 1998
 Israël et Thaïlande, 18 février 2000
 Israël et Turkménistan, 24 mai 1995
 Israël et Turquie, 14 mars 1996
 Israël et Ukraine, 16 juin 1994
 Israël et Uruguay, 30 mars 1998
 Italie et Afrique du Sud, 9 juin 1997
 Italie et Arabie Saoudite, 10 septembre 1996
 Italie et Bosnie-Herzégovine, 19 mai 2001
 Italie et Cap-Vert, 12 juin 1997
 Italie et Corée, 27 septembre 2000
 Italie et Côte d'Ivoire, 23 juillet 1969
 Italie et Emirats Arabes Unis, 22 janvier 1995
 Italie et Fédération de Russie, 17 décembre 2002
 Italie et Hong Kong, China, 28 novembre 1995
 Italie et Jamaïque, 29 septembre 1993
 Italie et Jordanie, 30 septembre 2001
 Italie et Kazakhstan, 22 septembre 1994
 Italie et Kenya, 16 septembre 1996
 Italie et Koweït, 17 décembre 1987
 Italie et Liban, 7 novembre 1997
 Italie et Libye, 13 décembre 2000
Italie et Lybie, 20 octobre 2004
 Italie et Macédoine, 26 février 1997
 Italie et Malaisie, 4 janvier 1988
 Italie et Malawi, 28 août 2003
 Italie et Malte, 20 décembre 2002
 Italie et Maroc, 18 juillet 1990
 Italie et Mauritanie, 5 avril 2003
 Italie et Mexique, 24 novembre 1999
 Italie et Mongolie, 15 janvier 1993
 Italie et Mozambique, 14 décembre 1998
 Italie et Namibie, 7 septembre 2004
 Italie et Nicaragua, 20 avril 2004
 Italie et Nigéria, 27 septembre 1990

Italie et Oman, 23 juin 1993
 Italie et Ouganda, 12 décembre 1997
 Italie et Ouzbékistan, 17 septembre 1997
 Italie et Pakistan, 19 juillet 1997
 Italie et Panama, 6 février 2009
 Italie et Paraguay, 15 juillet 1999
 Italie et Pérou, 5 mai 1994
 Italie et Philippines, 17 juin 1988
 Italie et Pologne, 10 mai 1989
 Italie et Qatar, 22 mars 2000
 Italie et République Arabe de Syrie, 20 février 2002
 Italie et République de Corée, 10 janvier 1989
 Italie et République de Moldova, 19 septembre 1997
 Italie et République démocratique du Congo, 13 septembre 2006
 Italie et République Dominicaine, 12 juin 2006
 Italie et République Islamique d'Iran, 10 mars 1999
 Italie et République Unie de Tanzanie, 21 août 2001
Italie et Royaume du Maroc, 18 juillet 1990
 Italie et Sénégal, 13 octobre 2000
 Italie et Serbie, 11 décembre 2000
 Italie et Soudan, 19 novembre 2005
 Italie et Sri Lanka, 25 mars 1987
 Italie et Tunisie, 17 octobre 1985
 Italie et Turkménistan, 25 novembre 2009
 Italie et Turquie, 22 mars 1995
 Italie et Ukraine, 2 mai 1995
 Italie et Uruguay, 21 février 1990
 Italie et Venezuela, 14 février 2001
 Italie et Viet Nam, 18 mai 1990
 Italie et Yémen, 25 novembre 2004
 Italie et Zambie, 20 avril 2003
 Italie et Zimbabwe, 16 avril 1999
 Jamaïque et Espagne, 13 mars 2002
Jamaïque et Etats-Unis d'Amérique, 4 février 1994
 Jamaïque et Nigéria, 5 août 2002
 Jamaïque et Pays-Bas, 18 avril 1991
 Jamaïque et République de Corée, 10 juin 2003
 Jamaïque et Royaume-Uni, 20 janvier 1987
 Jamaïque et Suisse, 11 décembre 1990
 Jamaïque et Zimbabwe, 10 février 1999
Japon et Egypte, 1977
 Japon et Fédération de Russie, 13 novembre 1998
 Japon et Hong Kong, China, 15 mai 1997
 Japon et Koweït, 22 mars 2012
 Japon et Lao, PDR, 3 août 2008
 Japon et Mongolie, 15 février 2001
 Japon et Ouzbékistan, 15 août 2008
 Japon et Pakistan, 10 mars 1998
 Japon et Papouasie-Nouvelle-Guinée, 26 avril 2011
 Japon et Pérou, 22 novembre 2008
 Japon et République de Corée, 22 mars 2002
Japon et Sri Lanka, 1er mars 1982
Japon et Turquie, 12 février 1992
 Japon et Viet Nam, 14 novembre 2003
 Jordanie et Bosnie-Herzégovine, 2 juin 2006
 Jordanie et Emirats Arabes Unis, 15 avril 2009
 Jordanie et Espagne, 20 octobre 1999
Jordanie et Etats-Unis d'Amérique, 2 juillet 1997
 Jordanie et Fédération de Russie, 13 janvier 2007
 Jordanie et Kazakhstan, 29 novembre 2006
 Jordanie et Koweït, 21 mai 2001
 Jordanie et Liban, 31 octobre 2002
 Jordanie et Lituanie, 13 octobre 2002
 Jordanie et Malaisie, 2 octobre 1994
 Jordanie et Maroc, 16 juin 1998
 Jordanie et Oman, 9 avril 2007
 Jordanie et Pays-Bas, 17 novembre 1997
 Jordanie et Pologne, 4 octobre 1997
 Jordanie et Portugal, 17 mars 2009
 Jordanie et Qatar, 28 janvier 2009
 Jordanie et République Arabe de Syrie, 8 octobre 2001
 Jordanie et République de Corée, 24 juillet 2004
 Jordanie et République démocratique du Congo, 23 juin 2004
 Jordanie et République Tchèque, 6 avril 2009
 Jordanie et République Unie de Tanzanie, 8 octobre 2009
 Jordanie et Roumanie, 2 juillet 1992
 Jordanie et Royaume-Uni, 10 octobre 1979
 Jordanie et Singapour, 16 mai 2004
 Jordanie et Slovaquie, 21 février 2008
 Jordanie et Soudan, 30 mars 2000
 Jordanie et Suisse, 25 février 2001
 Jordanie et Thaïlande, 15 décembre 2005
 Jordanie et Tunisie, 27 avril 1995
 Jordanie et Turquie, 2 août 1993
 Jordanie et Ukraine, 30 novembre 2005
 Jordanie et Yémen, 18 juin 1995
 Kazakhstan et Belgique et Luxembourg, 16 avril 1998
 Kazakhstan et Espagne, 23 mars 1994
Kazakhstan et Etats-Unis d'Amérique, 19 mai 1992
 Kazakhstan et Fédération de Russie, 6 juillet 1998
 Kazakhstan et Kirghizistan, 8 avril 1999
 Kazakhstan et Koweït, 31 août 1997
 Kazakhstan et Lettonie, 8 octobre 2004
 Kazakhstan et Lituanie, 15 septembre 1994
 Kazakhstan et Malaisie, 27 mai 1996
 Kazakhstan et Mongolie, 2 décembre 1994
 Kazakhstan et Ouzbékistan, 2 juin 1997
 Kazakhstan et Pakistan, 8 décembre 2003
 Kazakhstan et Pays-Bas, 27 novembre 2002
 Kazakhstan et Pologne, 21 septembre 1994

Kazakhstan et Qatar, 4 mars 2008
 Kazakhstan et République de Corée, 20 mars 1996
 Kazakhstan et République Islamique d'Iran, 16 janvier 1996
 Kazakhstan et République Tchèque, 25 novembre 2010
 Kazakhstan et Roumanie, 2 mars 2010
 Kazakhstan et Royaume-Uni, 23 novembre 1995
 Kazakhstan et Serbie, 7 octobre 2010
 Kazakhstan et Slovaquie, 21 novembre 2007
 Kazakhstan et Suède, 25 octobre 2004
 Kazakhstan et Suisse, 12 mai 1994
 Kazakhstan et Turquie, 1er mai 1992
 Kazakhstan et Ukraine, 17 septembre 1994
 Kazakhstan et Viet Nam, 15 septembre 2009
 Kenya et Libye, 5 juin 2007
 Kenya et Pays-Bas, 11 septembre 1970
 Kenya et République Islamique d'Iran, 24 février 2009
 Kenya et Royaume-Uni, 13 septembre 1999
 Kenya et Slovaquie, 14 décembre 2011
 Kenya et Suisse, 14 novembre 2006
 Koweït et Belgique et Luxembourg, 28 septembre 2000
 Koweït et Bosnie-Herzégovine, 13 juin 2001
 Koweït et Emirats Arabes Unis, 12 février 1966
 Koweït et Espagne, 8 septembre 2005
 Koweït et Fédération de Russie, 21 novembre 1994
 Koweït et Lettonie, 5 octobre 2001
 Koweït et Liban, 21 janvier 2001
 Koweït et Lituanie, 5 juin 2001
 Koweït et Macédoine, 8 avril 2008
 Koweït et Malaisie, 21 novembre 1987
 Koweït et Malte, 19 avril 1995
 Koweït et Maroc, 16 février 1999
 Koweït et Mauritanie, 1er août 2006
 Koweït et Mongolie, 15 mars 1998
 Koweït et Ouzbékistan, 19 janvier 2004
 Koweït et Pakistan, 15 février 2011
 Koweït et Pays-Bas, 29 mai 2001
 Koweït et Pologne, 5 mars 1990
 Koweït et Portugal, 23 juillet 2007
 Koweït et République Arabe de Syrie, 16 août 2001
 Koweït et République de Corée, 15 juillet 2004
 Koweït et République de Moldova, 29 mars 2002
 Koweït et République Islamique d'Iran, 13 février 2007
 Koweït et République Tchèque, 31 octobre 2010
 Koweït et Roumanie, 21 mai 1991
 Koweït et Serbie, 19 janvier 2004
 Koweït et Singapour, 5 novembre 2009
 Koweït et Slovaquie, 17 février 2009
 Koweït et Slovénie, 26 avril 2002
 Koweït et Sri Lanka, 11 mai 2009
 Koweït et Suède, 7 novembre 1999
 Koweït et Suisse, 31 octobre 1998
 Koweït et Tadjikistan, 18 avril 1995
 Koweït et Tunisie, 14 septembre 1973
 Koweït et Turquie, 27 mai 2010
 Koweït et Yémen, 20 février 2001
 Lesotho et Royaume-Uni, 18 février 1981
 Lesotho et Suisse, 16 juin 2004
 Lettonie et Belgique et Luxembourg, 27 mars 1996
 Lettonie et Espagne, 26 octobre 1995
 Lettonie et Etats-Unis d'Amérique, 13 janvier 1995
 Lettonie et Kirghizistan, 22 mai 2008
 Lettonie et Lituanie, 7 février 1996
 Lettonie et Norvège, 16 juin 1992
 Lettonie et Ouzbékistan, 23 mai 1996
 Lettonie et Pays-Bas, 14 mars 1994
 Lettonie et Pologne, 26 avril 1993
 Lettonie et Portugal, 27 septembre 1995
 Lettonie et République de Corée, 23 octobre 1996
 Lettonie et République de Moldova, 22 septembre 1999
 Lettonie et République Tchèque, 25 octobre 1994
 Lettonie et Roumanie, 27 novembre 2001
 Lettonie et Royaume-Uni, 24 janvier 1994
 Lettonie et Singapour, 7 juillet 1998
 Lettonie et Slovaquie, 9 avril 1998
 Lettonie et Suède, 10 mars 1992
Lettonie et Suisse, 22 décembre 1992
 Lettonie et Turquie, 18 février 1997
 Lettonie et Ukraine, 24 juillet 1997
 Lettonie et Viet Nam, 6 novembre 1995
 Liban et Belgique et Luxembourg, 6 septembre 1999
 Liban et Emirats Arabes Unis, 17 mai 1998
 Liban et Espagne, 22 février 1996
 Liban et Fédération de Russie, 7 avril 1997
 Liban et Malaisie, 26 février 1998
 Liban et Maroc, 3 juillet 1997
 Liban et Mauritanie, 15 juin 2004
 Liban et Oman, 11 avril 2006
 Liban et Pakistan, 9 janvier 2001
 Liban et Pays-Bas, 2 mai 2002
 Liban et Qatar, 28 avril 2010
 Liban et République Arabe de Syrie, 18 juillet 2010
 Liban et République de Corée, 5 mai 2006
 Liban et République Islamique d'Iran, 28 octobre 1997
 Liban et République Tchèque, 20 mars 2010
 Liban et Roumanie, 15 avril 2009
 Liban et Royaume-Uni, 16 février 1999
 Liban et Slovaquie, 20 février 2009
 Liban et Soudan, 9 mars 2004

Liban et Suède, 15 juin 2001
 Liban et Suisse, 3 mars 2000
 Liban et Tunisie, 24 juin 1998
 Liban et Turquie, 12 mai 2004
 Liban et Ukraine, 25 mars 1996
 Liban et Yémen, 25 novembre 1999
 Libéria et Belgique et Luxembourg, 5 juin 1985
 Libéria et Suisse, 23 juillet 1963
 Libye et Afrique du Sud, 14 juin 2002
 Libye et Algérie, 6 août 2001
 Libye et Belgique et Luxembourg, 15 février 2004
 Libye et Espagne, 17 décembre 2007
 Libye et Fédération de Russie, 17 avril 2008
 Libye et Malte, 24 octobre 2003
 Libye et Maroc, 2 novembre 2000
 Libye et Portugal, 14 juin 2003
 Libye et Qatar, 28 avril 2004
 Libye et République Arabe de Syrie, 8 février 1993
 Libye et République de Corée, 21 septembre 2006
 Libye et République Islamique d'Iran, 27 décembre 2006
 Libye et Saint-Marin, 10 décembre 2006
 Libye et Serbie, 18 février 2004
 Libye et Singapour, 8 avril 2009
 Libye et Slovaquie, 20 février 2009
 Libye et Suisse, 8 décembre 2003
 Libye et Tunisie, 19 février 2005
 Libye et Turquie, 25 novembre 2009
 Lituanie et Belgique et Luxembourg, 15 octobre 1997
 Lituanie et Bosnie-Herzégovine, 7 juin 2007
 Lituanie et Espagne, 6 juillet 1994
 Lituanie et Etats-Unis d'Amérique, 14 janvier 1998
 Lituanie et Fédération de Russie, 29 juin 1999
 Lituanie et Kirghizistan, 15 mai 2008
 Lituanie et Macédoine, 8 mars 2011
 Lituanie et Mongolie, 27 juin 2003
 Lituanie et Norvège, 16 juin 1992
 Lituanie et Ouzbékistan, 18 février 2002
 Lituanie et Pays-Bas, 26 janvier 1994
 Lituanie et Pologne, 28 septembre 1992
 Lituanie et Portugal, 27 mai 1998
 Lituanie et République de Corée, 24 septembre 1993
 Lituanie et République de Moldova, 20 septembre 1999
 Lituanie et République Tchèque, 27 octobre 1994
 Lituanie et Roumanie, 8 mars 1994
 Lituanie et Royaume-Uni, 17 mai 1993
 Lituanie et Serbie, 29 mars 2005
 Lituanie et Slovaquie, 13 octobre 1998
Lituanie et Suède, 17 mars 1992
Lituanie et Suisse, 23 décembre 1992
 Lituanie et Tadjikistan, 12 février 2009
 Lituanie et Turquie, 11 juillet 1994
 Lituanie et Ukraine, 8 février 1994
 Lituanie et Venezuela, 24 avril 1995
 Lituanie et Viet Nam, 27 septembre 1995
 Macédoine et Albanie, 4 décembre 1997
 Macédoine et Belgique et Luxembourg, 17 février 1999
 Macédoine et Bosnie-Herzégovine, 16 février 2001
 Macédoine et Corée, 15 décembre 1997
 Macédoine et Espagne, 20 juin 2005
 Macédoine et Fédération de Russie, 21 octobre 1997
 Macédoine et Malaisie, 11 novembre 1997
 Macédoine et Maroc, 11 mai 2010
 Macédoine et Monténégro, 15 décembre 2010
 Macédoine et Pays-Bas, 7 juillet 1998
 Macédoine et Pologne, 28 novembre 1996
 Macédoine et Qatar, 20 mai 2011
 Macédoine et République Islamique d'Iran, 12 juillet 2000
 Macédoine et République Tchèque, 5 mai 2009
 Macédoine et Roumanie, 12 juin 2000
 Macédoine et Serbie, 4 septembre 1996
 Macédoine et Slovaquie, 25 juin 2009
 Macédoine et Slovaquie, 5 juin 1996
 Macédoine et Suède, 7 mai 1998
 Macédoine et Suisse, 26 septembre 1996
 Macédoine et Taïwan, Province De Chine, 9 juin 1999
 Macédoine et Turquie, 14 juillet 1995
 Macédoine et Ukraine, 2 mars 1998
Madagascar et Afrique du Sud, 2006
 Malaisie et Arabie Saoudite, 25 octobre 2000
 Malaisie et Belgique et Luxembourg, 22 novembre 1979
 Malaisie et Bosnie-Herzégovine, 16 décembre 1994
 Malaisie et Burkina Faso, 23 avril 1998
 Malaisie et Corée, 4 février 1998
 Malaisie et Emirats Arabes Unis, 11 octobre 1991
 Malaisie et Espagne, 4 avril 1995
 Malaisie et Kirghizistan, 20 juillet 1995
 Malaisie et Lao, PDR, 8 décembre 1992
 Malaisie et Macédoine, 11 novembre 1997
 Malaisie et Maroc, 16 avril 2002
 Malaisie et Mongolie, 27 juillet 1995
 Malaisie et Namibie, 12 août 1994
 Malaisie et Ouzbékistan, 6 septembre 1997
 Malaisie et Pakistan, 17 juillet 1995
 Malaisie et Papouasie-Nouvelle-Guinée, 27 octobre 1992
 Malaisie et Pays-Bas, 15 juin 1971
 Malaisie et Pérou, 13 octobre 1995
 Malaisie et Pologne, 21 avril 1993

Malaisie et République Arabe de Syrie, 7 janvier 2009
 Malaisie et République de Corée, 11 avril 1988
 Malaisie et République Islamique d'Iran, 22 juillet 2002
 Malaisie et République Tchèque, 9 septembre 1996
 Malaisie et Roumanie, 25 juin 1996
 Malaisie et Royaume-Uni, 21 mai 1981
 Malaisie et Sénégal, 11 février 1999
 Malaisie et Soudan, 2 août 1998
 Malaisie et Sri Lanka, 16 avril 1982
Malaisie et Suède, 3 mars 1979
 Malaisie et Suisse, 1er mars 1978
 Malaisie et Taïwan, Province De Chine, 18 février 1993
 Malaisie et Turkménistan, 30 mai 1994
 Malaisie et Turquie, 25 février 1998
 Malaisie et Uruguay, 9 août 1995
 Malaisie et Viet Nam, 21 janvier 1992
 Malaisie et Yémen, 11 février 1998
 Malaisie et Zimbabwe, 28 avril 1994
 Malawi et Malaisie, 5 septembre 1996
 Malawi et Pays-Bas, 11 décembre 2003
 Malawi et Taïwan, Province De Chine, 22 avril 1995
 Malawi et Zimbabwe, 4 juillet 2003
 Mali et Corée, 11 octobre 1999
Mali et Pays-Bas, 13 juillet 2003
 Mali et Qatar, 18 mai 2002
 Mali et Sénégal, 12 avril 2005
 Mali et Suisse, 8 mars 1978
 Mali et Tunisie, 1er juillet 1986
 Malte et Belgique et Luxembourg, 5 mars 1987
 Malte et Libye, 24 octobre 2003
 Malte et Monténégro, 6 avril 2010
 Malte et Pays-Bas, 10 septembre 1984
 Malte et Royaume-Uni, 4 octobre 1986
 Malte et Serbie, 2 juillet 2010
 Malte et Slovaquie, 7 septembre 1999
 Malte et Slovénie, 15 mars 2001
 Malte et Suède, 24 août 1999
 Malte et Tunisie, 26 octobre 2000
 Malte et Turquie, 10 octobre 2003
 Maroc et Belgique et Luxembourg, 13 avril 1999
 Maroc et Burkina Faso, 8 février 2007
 Maroc et El Salvador, 21 avril 1999
 Maroc et Emirats Arabes Unis, 9 février 1999
 Maroc et Espagne, 11 décembre 1997
 Maroc et Etats-Unis d'Amérique, 22 juillet 1985
 Maroc et Guinée Equatoriale, 5 juillet 2005
 Maroc et Libye, 2 novembre 2000
 Maroc et Macédoine, 11 mai 2010
 Maroc et Oman, 8 mai 2001
 Maroc et Pakistan, 16 avril 2001
 Maroc et Pays-Bas, 23 décembre 1971
 Maroc et Pologne, 24 octobre 1994
 Maroc et Portugal, 17 avril 2007
 Maroc et Qatar, 20 février 1999
 Maroc et République Arabe de Syrie, 23 octobre 2001
 Maroc et République Centrafricaine, 26 septembre 2006
 Maroc et République de Corée, 27 janvier 1999
 Maroc et République Dominicaine, 23 mai 2002
 Maroc et République Islamique d'Iran, 21 janvier 2001
 Maroc et République Tchèque, 19 mars 2010
 Maroc et Roumanie, 28 janvier 1994
 Maroc et Royaume-Uni, 30 octobre 1990
 Maroc et Sénégal, 15 novembre 2006
 Maroc et Slovaquie, 14 juin 2007
 Maroc et Soudan, 23 février 1999
 Maroc et Suède, 26 septembre 1990
 Maroc et Suisse, 17 décembre 1985
 Maroc et Tunisie, 28 janvier 1994
 Maroc et Turquie, 8 avril 1997
 Maroc et Ukraine, 24 décembre 2001
 Maroc et Yémen, 24 février 2001
 Maurice et Afrique du Sud, 17 février 1998
 Maurice et Belgique et Luxembourg, 30 novembre 2005
 Maurice et Madagascar, 6 avril 2004
 Maurice et Mozambique, 14 février 1997
 Maurice et Népal, 3 août 1999
 Maurice et Pakistan, 3 avril 1997
 Maurice et Portugal, 12 décembre 1997
 Maurice et Republic of United Kingdom, 20 mai 1986
 Maurice et République de Corée, 18 juin 2007
 Maurice et République Tchèque, 5 avril 1999
 Maurice et Roumanie, 20 janvier 2000
 Maurice et Rwanda, 30 juillet 2001
 Maurice et Sénégal, 14 mars 2002
 Maurice et Singapour, 4 mars 2000
 Maurice et Suède, 23 février 2004
 Maurice et Suisse, 26 novembre 1998
 Maurice et Swaziland, 15 mai 2000
 Maurice et Tanzanie, United, 4 mai 2009
 Maurice et Zimbabwe, 17 mai 2000
 Mauritanie et Belgique et Luxembourg, 23 novembre 1983
 Mauritanie et Burkina Faso, 18 mai 2001
 Mauritanie et Espagne, 24 juillet 2008
 Mauritanie et Maroc, 13 juin 2000
 Mauritanie et Maurice, 18 mai 2001
 Mauritanie et Qatar, 25 décembre 2003
 Mauritanie et République de Corée, 15 décembre 2004
 Mauritanie et Roumanie, 14 mars 1988
 Mauritanie et Suisse, 9 septembre 1976
 Mauritanie et Tunisie, 11 mars 1986

Mexique et Belgique et Luxembourg, 27 août 1998
 Mexique et Espagne, 10 octobre 2006
 Mexique et Panama, 11 octobre 2005
 Mexique et Pays-Bas, 13 mai 1998
 Mexique et Portugal, 11 novembre 1999
 Mexique et République de Corée, 14 novembre 2000
 Mexique et République Tchèque, 4 avril 2002
 Mexique et Royaume-Uni, 12 mai 2006
 Mexique et Singapour, 12 novembre 2009
 Mexique et Slovaquie, 26 octobre 2007
 Mexique et Suède, 3 octobre 2000
 Mexique et Suisse, 10 juillet 1995
 Mexique et Trinidad and Tobago, 3 octobre 2006
 Mexique et Uruguay, 30 juin 1999
 Moldova et Albanie, 11 juin 2004
 Moldova et Belgique et Luxembourg, 21 mai 1996
 Moldova et Bosnie-Herzégovine, 9 avril 2003
 Moldova et Espagne, 11 mai 2006
 Moldova et Etats-Unis d'Amérique, 21 avril 1993
 Moldova et Fédération de Russie, 17 mars 1998
 Moldova et Kirghizistan, 7 novembre 2002
 Moldova et Ouzbékistan, 21 novembre 1995
 Moldova et Pays-Bas, 26 septembre 1995
 Moldova et Pologne, 15 novembre 1994
 Moldova et République Islamique d'Iran, 30 mai 1995
 Moldova et République Tchèque, 2 septembre 2008
 Moldova et Roumanie, 14 août 1992
 Moldova et Royaume-Uni, 19 mars 1996
 Moldova et Slovaquie, 7 avril 2008
 Moldova et Slovaquie, 10 avril 2003
 Moldova et Suisse, 30 novembre 1995
 Moldova et Tadjikistan, 5 novembre 2002
 Moldova et Turquie, 14 février 1994
 Moldova et Ukraine, 29 août 1995
 Mongolie et Belgique et Luxembourg, 3 mars 1992
 Mongolie et Corée, 10 novembre 2003
 Mongolie et Emirats Arabes Unis, 21 février 2001
 Mongolie et Etats-Unis d'Amérique, 6 octobre 1994
 Mongolie et Fédération de Russie, 29 novembre 1995
 Mongolie et Kirghizistan, 5 décembre 1999
 Mongolie et Lao, PDR, 3 mars 1994
 Mongolie et Pays-Bas, 9 mars 1995
 Mongolie et Philippines, 1er septembre 2000
 Mongolie et Pologne, 8 novembre 1995
 Mongolie et Qatar, 29 novembre 2007
 Mongolie et République de Corée, 28 mars 1991
 Mongolie et République Tchèque, 13 février 1998
 Mongolie et Roumanie, 6 novembre 1995
 Mongolie et Royaume-Uni, 4 octobre 1991
 Mongolie et Singapour, 24 juillet 1995
 Mongolie et Suède, 20 octobre 2003
 Mongolie et Suisse, 29 janvier 1997
 Mongolie et Tadjikistan, 20 mars 2009
 Mongolie et Turquie, 16 mars 1998
 Mongolie et Ukraine, 5 novembre 1992
 Mongolie et Viet Nam, 17 avril 2000
 Monténégro et Belgique et Luxembourg, 16 février 2010
 Monténégro et Bosnie-Herzégovine, 18 décembre 2001
 Monténégro et Espagne, 25 juin 2002
 Monténégro et Macédoine, 15 décembre 2010
 Monténégro et Pays-Bas, 29 janvier 2002
 Monténégro et Pologne, 25 octobre 1979
 Monténégro et Qatar, 17 février 2009
 Monténégro et République Tchèque, 3 juin 2010
 Monténégro et Serbie, 29 octobre 2009
 Monténégro et Suisse, 7 décembre 2005
 Mozambique et Afrique du Sud, 6 mai 1997
 Mozambique et Belgique et Luxembourg, 18 juillet 2006
 Mozambique et Emirats Arabes Unis, 24 septembre 2003
 Mozambique et Espagne, 18 octobre 2010
 Mozambique et Etats-Unis d'Amérique, 1er décembre 1998
 Mozambique et Pays-Bas, 18 décembre 2001
 Mozambique et Portugal, 28 mai 1996
 Mozambique et Royaume-Uni, 18 mars 2004
 Mozambique et Suède, 23 octobre 2001
 Mozambique et Suisse, 29 novembre 2002
 Mozambique et Viet Nam, 16 janvier 2007
 Mozambique et Zimbabwe, 12 septembre 1990
 Myanmar et Lao, PDR, 5 mai 2003
 Myanmar et Philippines, 17 février 1998
 Myanmar et Thaïlande, 14 mars 2008
 Myanmar et Viet Nam, 15 février 2000
 Namibie et Espagne, 21 février 2003
 Namibie et Fédération de Russie, 25 juin 2009
 Namibie et Pays-Bas, 26 novembre 2002
 Namibie et Suisse, 1er août 1994
 Namibie et Viet Nam, 30 mai 2003
 Népal et Royaume-Uni, 2 mars 1993
 Nicaragua et Belgique et Luxembourg, 27 mai 2005
 Nicaragua et Espagne, 16 mars 1994
 Nicaragua et Etats-Unis d'Amérique, 1er juillet 1995
 Nicaragua et Fédération de Russie, 26 janvier 2012
 Nicaragua et République de Corée, 15 mai 2000

Nicaragua et République Tchèque, 2 avril 2002
 Nicaragua et Royaume-Uni, 4 décembre 1996
 Nicaragua et Suède, 27 mai 1999
 Nicaragua et Suisse, 30 novembre 1998
 Nicaragua et Taïwan, Province De Chine, 29 juillet 1992
 Niger et Suisse, 28 mars 1962
 Niger et Tunisie, 5 juin 1992
 Nigéria et Espagne, 9 juillet 2002
 Nigéria et Fédération de Russie, 24 juin 2009
 Nigéria et Ouganda, 15 janvier 2003
 Nigéria et République de Corée, 27 mars 1998
 Nigéria et Roumanie, 18 décembre 1998
 Nigéria et Royaume-Uni, 11 décembre 1990
 Nigéria et Serbie, 1er juin 2002
 Nigéria et Suède, 18 avril 2002
 Nigéria et Suisse, 30 novembre 2001
 Nigéria et Taïwan, Province De Chine, 7 avril 1994
 Nigéria et Turquie, 2 février 2011
 Norvège et Fédération de Russie, 4 octobre 1995
Norvège et Lituanie, 16 août 1992
 Norvège et Madagascar, 13 mai 1966
 Norvège et Pérou, 10 mars 1995
 Norvège et Pologne, 5 juin 1990
 Norvège et République Tchèque, 21 mai 1991
 Norvège et Roumanie, 11 juin 1991
 Norvège et Slovaquie, 21 mai 1991
 Norvège et Sri Lanka, 13 juin 1985
 Oman et Belgique et Luxembourg, 16 décembre 2008
 Oman et Brunei Darussalam, 8 juin 1998
 Oman et Ouzbékistan, 30 mars 2009
 Oman et Pakistan, 9 novembre 1997
 Oman et République Arabe de Syrie, 14 septembre 2005
 Oman et République de Corée, 8 octobre 2003
 Oman et République Islamique d'Iran, 2 décembre 2001
 Oman et Royaume-Uni, 25 novembre 1995
 Oman et Singapour, 10 décembre 2007
 Oman et Soudan, 25 octobre 1999
 Oman et Suède, 13 juillet 1995
 Oman et Suisse, 17 août 2004
 Oman et Tunisie, 19 octobre 1991
 Oman et Turquie, 4 février 2007
 Oman et Ukraine, 1er janvier 2002
 Oman et Viet Nam, 10 janvier 2011
 Oman et Yémen, 20 septembre 1998
 Ouganda et Afrique du Sud, 8 mai 2000
 Ouganda et Royaume-Uni, 24 avril 1998
 Ouganda et Zimbabwe, 1er juillet 2003
 Ouzbékistan et Belgique et Luxembourg, 17 avril 1998
 Ouzbékistan et Emirats Arabes Unis, 26 octobre 2007
 Ouzbékistan et Etats-Unis d'Amérique, 16 décembre 1994
 Ouzbékistan et Fédération de Russie, 22 décembre 1997
 Ouzbékistan et Kirghizistan, 24 décembre 1996
 Ouzbékistan et République de Corée, 17 juin 1992
 Ouzbékistan et République de Moldova, 21 novembre 1995
 Ouzbékistan et République Islamique d'Iran, 11 juin 2000
 Ouzbékistan et République Tchèque, 24 août 2009
 Ouzbékistan et Royaume-Uni, 24 novembre 1993
 Ouzbékistan et Viet Nam, 28 mars 1996
 Pakistan et Belgique et Luxembourg, 23 avril 1998
 Pakistan et Bosnie-Herzégovine, 4 septembre 2001
 Pakistan et Emirats Arabes Unis, 5 novembre 1995
 Pakistan et Espagne, 15 septembre 1994
 Pakistan et Kirghizistan, 26 août 1995
 Pakistan et Lao, PDR, 8 décembre 2004
 Pakistan et Ouzbékistan, 13 août 1992
 Pakistan et Philippines, 23 avril 1999
 Pakistan et Portugal, 11 octobre 1996
 Pakistan et Qatar, 6 avril 1999
 Pakistan et République Arabe de Syrie, 25 avril 1996
 Pakistan et République de Corée, 25 mai 1988
Pakistan et République de Turquie, 16 mars 1995
 Pakistan et République Islamique d'Iran, 8 novembre 1995
 Pakistan et Roumanie, 10 juillet 1995
 Pakistan et Royaume-Uni, 30 novembre 1994
 Pakistan et Singapour, 8 mars 1995
 Pakistan et Sri Lanka, 20 décembre 1997
 Pakistan et Suède, 12 mars 1981
 Pakistan et Suisse, 11 juillet 1995
 Pakistan et Tadjikistan, 13 mai 2004
 Pakistan et Tunisie, 18 avril 1996
 Pakistan et Turkménistan, 26 octobre 1994
 Pakistan et Turquie, 16 mars 1995
 Pakistan et Yémen, 11 mai 1999
 Panama et Belgique et Luxembourg, 26 mars 2009
 Panama et Espagne, 10 novembre 1997
Panama et Etats-Unis d'Amérique, 27 octobre 1982
 Panama et Qatar, 24 février 2010
 Panama et République de Corée, 10 juillet 2001
 Panama et République Dominicaine, 6 février 2003
 Panama et République Tchèque, 27 août 1999

Panama et Royaume-Uni, 7 octobre 1983
 Panama et Suède, 15 janvier 2008
 Panama et Suisse, 19 octobre 1983
 Panama et Taïwan, Province De Chine, 26 mars 1992
 Panama et Uruguay, 18 février 1998
 Paraguay et Afrique du Sud, 3 avril 1974
 Paraguay et Belgique et Luxembourg, 6 octobre 1992
 Paraguay et Costa Rica, 29 janvier 1998
 Paraguay et El Salvador, 30 janvier 1998
 Paraguay et Espagne, 11 octobre 1993
 Paraguay et Pérou, 1er février 1994
 Paraguay et Portugal, 24 novembre 1999
 Paraguay et République de Corée, 22 décembre 1992
 Paraguay et République Tchèque, 21 octobre 1998
 Paraguay et Roumanie, 21 mai 1994
 Paraguay et Royaume-Uni, 4 juin 1981
 Paraguay et Suisse, 31 janvier 1992
 Paraguay et Taïwan, Province De Chine, 6 avril 1992
 Paraguay et Venezuela, 5 septembre 1996
 Pays-Bas et Afrique du Sud, 9 mai 1995
 Pays-Bas et Bosnie-Herzégovine, 13 mai 1998
 Pays-Bas et Burkina Faso, 10 novembre 2000
 Pays-Bas et Cap-Vert, 11 novembre 1991
 Pays-Bas et Costa Rica, 21 mai 1999
 Pays-Bas et Côte d' Ivoire, 26 avril 1965
 Pays-Bas et El Salvador, 12 octobre 1999
 Pays-Bas et Fédération de Russie, 5 octobre 1989
 Pays-Bas et Honduras, 15 janvier 2001
 Pays-Bas et Hong Kong, China, 19 novembre 1992
Pays-Bas et Indonésie, 1968
Pays-Bas et Kenya, 1970
 Pays-Bas et Lao, PDR, 16 mai 2003
 Pays-Bas et Macao, China, 22 mai 2008
 Pays-Bas et Macédoine, 7 juillet 1998
 Pays-Bas et Nicaragua, 28 août 2000
 Pays-Bas et Nigéria, 2 novembre 1992
 Pays-Bas et Oman, 17 janvier 2009
 Pays-Bas et Ouganda, 30 mai 2000
 Pays-Bas et Ouzbékistan, 14 mars 1996
 Pays-Bas et Pakistan, 4 octobre 1988
 Pays-Bas et Panama, 28 août 2000
 Pays-Bas et Paraguay, 29 octobre 1992
 Pays-Bas et Pérou, 27 décembre 1994
 Pays-Bas et Philippines, 27 février 1985
 Pays-Bas et Pologne, 7 septembre 1992
 Pays-Bas et République de Corée, 12 juillet 2003
 Pays-Bas et République de Moldova, 26 septembre 1995
 Pays-Bas et République Dominicaine, 30 mars 2006

Pays-Bas et République fédérale tchèqueoslovaque, 1991
Pays-Bas et République Islamique du Pakistan, 1988
 Pays-Bas et République Tchèque, 29 avril 1991
 Pays-Bas et République Unie de Tanzanie, 31 juillet 2001
 Pays-Bas et Roumanie, 19 avril 1994
 Pays-Bas et Sénégal, 3 août 1979
 Pays-Bas et Serbie, 16 avril 2007
 Pays-Bas et Singapour, 16 mai 1972
 Pays-Bas et Slovaquie, 29 avril 1991
 Pays-Bas et Slovénie, 24 septembre 1996
 Pays-Bas et Soudan, 22 août 1970
 Pays-Bas et Sri Lanka, 26 avril 1984
 Pays-Bas et Suriname, 31 mars 2005
 Pays-Bas et Tadjikistan, 24 juillet 2002
 Pays-Bas et Thaïlande, 6 juin 1972
 Pays-Bas et Tunisie, 11 mai 1998
 Pays-Bas et Turquie, 27 mars 1986
 Pays-Bas et Ukraine, 14 juillet 1994
 Pays-Bas et Uruguay, 22 septembre 1988
 Pays-Bas et Venezuela, 22 octobre 1991
 Pays-Bas et Viet Nam, 10 mars 1994
 Pays-Bas et Yémen, 18 mars 1985
 Pays-Bas et Zambie, 30 avril 2003
 Pays-Bas et Zimbabwe, 11 décembre 1996
 Pérou et Belgique et Luxembourg, 12 octobre 2005
Pérou et Colombie, 26 avril 1994
 Pérou et El Salvador, 13 juin 1996
 Pérou et Espagne, 17 novembre 1994
 Pérou et Portugal, 22 novembre 1994
 Pérou et République de Corée, 3 juin 1993
 Pérou et République Tchèque, 16 mars 1994
 Pérou et Roumanie, 16 mai 1994
 Pérou et Royaume-Uni, 4 octobre 1993
 Pérou et Singapour, 27 février 2003
 Pérou et Suède, 3 mai 1994
 Pérou et Suisse, 22 novembre 1991
 Pérou et Thaïlande, 15 novembre 1991
 Pérou et Venezuela, 12 janvier 1996
 Philippines et Arabie Saoudite, 17 octobre 1994
 Philippines et Belgique et Luxembourg, 14 janvier 1998
 Philippines et Espagne, 19 octobre 1993
 Philippines et Fédération de Russie, 12 septembre 1997
 Philippines et Portugal, 8 novembre 2002
 Philippines et République de Corée, 7 avril 1994
 Philippines et République Islamique d'Iran, 8 octobre 1995
 Philippines et République Tchèque, 5 avril 1995
 Philippines et Roumanie, 18 mai 1994

Philippines et Royaume-Uni, 3 décembre 1980

Philippines et Suède, 17 août 1999
Philippines et Suisse, 31 mars 1997
Philippines et Taïwan, Province De Chine, 28 février 1992
Philippines et Thaïlande, 30 septembre 1995
Philippines et Turquie, 22 février 1999
Philippines et Viet Nam, 27 février 1992
Pologne et Belgique et Luxembourg, 19 mai 1987
Pologne et Emirats Arabes Unis, 31 janvier 1993
Pologne et Espagne, 30 juillet 1992
Pologne et Etats-Unis d'Amérique, 21 mars 1990
Pologne et Fédération de Russie, 2 octobre 1992
Pologne et Macédoine, 28 novembre 1996
Pologne et Ouzbékistan, 11 janvier 1995
Pologne et Portugal, 11 mars 1993
Pologne et République de Corée, 1er novembre 1989
Pologne et République de Moldova, 15 novembre 1994
Pologne et République Islamique d'Iran, 2 octobre 1998
Pologne et République Tchèque, 16 juillet 1993
Pologne et Roumanie, 23 juin 1994
Pologne et Royaume-Uni, 8 décembre 1987
Pologne et Serbie, 3 septembre 1996
Pologne et Singapour, 3 juin 1993
Pologne et Slovaquie, 18 août 1994
Pologne et Slovénie, 28 juin 1996
Pologne et Suède, 13 octobre 1989
Pologne et Suisse, 8 novembre 1989
Pologne et Thaïlande, 18 décembre 1992
Pologne et Tunisie, 29 mars 1993
Pologne et Turquie, 21 août 1991
Pologne et Ukraine, 12 janvier 1993
Pologne et Uruguay, 2 août 1991
Pologne et Viet Nam, 31 août 1994
Portugal et Bosnie-Herzégovine, 13 mars 2002
Portugal et Cap-Vert, 26 octobre 1990
Portugal et Emirats Arabes Unis, 19 novembre 2011
Portugal et Guinée Equatoriale, 16 janvier 2009
Portugal et Ouzbékistan, 11 septembre 2001
Portugal et République démocratique du Congo, 3 mars 2011
Portugal et République Tchèque, 12 novembre 1993
Portugal et Tunisie, 28 février 2002
Portugal et Turquie, 19 février 2001
Portugal et Ukraine, 25 octobre 2000
Portugal et Uruguay, 25 juillet 1997
Portugal et Venezuela, 17 juin 1994

Portugal et Zimbabwe, 5 mai 1994
Qatar et Afrique du Sud, 20 octobre 2003
Qatar et Belgique et Luxembourg, 6 novembre 2007
Qatar et Bosnie-Herzégovine, 1er juin 1998
Qatar et Costa Rica, 25 décembre 2010
Qatar et Fédération de Russie, 12 février 2007
Qatar et Libye, 28 avril 2004
Qatar et Macédoine, 20 mai 2011
Qatar et République Arabe de Syrie, 24 octobre 2003
Qatar et République de Corée, 16 avril 1999
Qatar et République Islamique d'Iran, 20 mai 1999
Qatar et Roumanie, 6 juin 1996
Qatar et Sénégal, 10 juin 1998
Qatar et Soudan, 3 juin 1998
Qatar et Suisse, 12 novembre 2001
Qatar et Tadjikistan, 6 mai 2007
République algérienne et Union belgo-luxembourgeoise, 24 avril 1991
République de Colombie et République du Pérou, 26 avril 1994
République tchèque et Afrique du Sud, 1998
République tchèque et Koweït, 8 janvier 1996
République tchèque et Slovaquie, 23 novembre 1992
République turque et République arabe syrienne, 6 janvier 2004
Roumanie et Belgique et Luxembourg, 4 mars 1996
Roumanie et Bosnie-Herzégovine, 18 juin 2010
Roumanie et Corée, 23 janvier 1998
Roumanie et Emirats Arabes Unis, 11 avril 1993
Roumanie et Espagne, 25 janvier 1995
Roumanie et Etats-Unis d'Amérique, 28 mai 1992
Roumanie et Fédération de Russie, 29 septembre 1993
Roumanie et Macédoine, 12 juin 2000
Roumanie et Ouzbékistan, 6 juin 1996
Roumanie et République Arabe de Syrie, 24 juin 2008
Roumanie et République de Corée, 6 septembre 2006
Roumanie et République de Moldova, 14 août 1992
Roumanie et République Islamique d'Iran, 26 janvier 2003
Roumanie et République Tchèque, 22 janvier 2008
Roumanie et Royaume-Uni, 13 juillet 1995
Roumanie et Sénégal, 19 juin 1980
Roumanie et Serbie, 28 novembre 1995
Roumanie et Slovaquie, 3 mars 1994
Roumanie et Slovénie, 24 janvier 1996

Roumanie et Soudan, 8 décembre 1978
 Roumanie et Sri Lanka, 9 février 1981
 Roumanie et Suède, 29 mai 2002
 Roumanie et Suisse, 25 octobre 1993
 Roumanie et Thaïlande, 30 avril 1993
 Roumanie et Tunisie, 16 octobre 1995
 Roumanie et Turkménistan, 16 novembre 1994
 Roumanie et Turquie, 3 mars 2008
 Roumanie et Ukraine, 23 février 1995
 Roumanie et Uruguay, 27 septembre 2010
 Roumanie et Viet Nam, 15 septembre 1994
Royaume de Suède et Madagascar, 13 mai 1966
Royaume des Pays-Bas et République du Mali, 13 juillet 2003
Royaume des Pays-Bas et République Islamique du Pakistan, 4 octobre 1988
 Royaume-Uni et Emirats Arabes Unis, 8 décembre 1992
Royaume-Uni et Nigeria, 1990
 Royaume-Uni et Ouzbékistan, 24 novembre 1993
Royaume-Uni et République fédérale de Yougoslavie, 6 novembre 2002
Royaume-Uni et République socialiste du Vietnam, 1er août 2002
Royaume-Uni et Sainte-Lucie, 1983
Royaume-Uni et Sierra Leone, 1981
Royaume-Uni et Sri Lanka, 13 février 1980
 Royaume-Uni et Uruguay, 21 octobre 1991
 Royaume-Uni et Vanuatu, 22 décembre 2003
 Royaume-Uni et Venezuela, 15 mars 1995
 Royaume-Uni et Viet Nam, 1er août 2002
Royaume-Uni et Vietnam, 1er août 2002
 Royaume-Uni et Yémen, 25 février 1982
 Royaume-Uni et Zimbabwe, 1er mars 1995
 Russie et Afrique du Sud, 23 novembre 1998
 Russie et Albanie, 11 avril 1995
 Russie et Belgique et Luxembourg, 9 février 1989
 Russie et Corée, 28 novembre 1996
 Russie et Emirats Arabes Unis, 28 juin 2010
 Russie et Espagne, 26 octobre 1990
 Russie et Etats-Unis d'Amérique, 17 juin 1992
 Russie et Guinée Equatoriale, 6 juin 2011
 Russie et Lao, PDR, 6 décembre 1996
 Russie et Libye, 17 avril 2008
 Russie et Macédoine, 21 octobre 1997
 Russie et Ouzbékistan, 22 décembre 1997
 Russie et République Arabe de Syrie, 27 janvier 2005
 Russie et République de Corée, 14 décembre 1990
 Russie et République de Moldova, 17 mars 1998
 Russie et République Tchèque, 5 avril 1994
 Russie et Royaume-Uni, 6 avril 1989
 Russie et Serbie, 11 octobre 1995
 Russie et Singapour, 21 septembre 2010
 Russie et Slovaquie, 30 novembre 1993
 Russie et Slovénie, 8 avril 2000
 Russie et Suède, 19 avril 1995
 Russie et Suisse, 1er décembre 1990
 Russie et Tadjikistan, 16 avril 1998
 Russie et Thaïlande, 17 octobre 2002
 Russie et Turkménistan, 25 mars 2009
 Russie et Turquie, 15 décembre 1997
 Russie et Ukraine, 17 novembre 1998
 Russie et Venezuela, 7 novembre 2008
 Russie et Viet Nam, 16 juin 1994
 Russie et Yémen, 1er décembre 2002
 Rwanda et Afrique du Sud, 19 octobre 2000
 Rwanda et Belgique et Luxembourg, 16 avril 2007
 Rwanda et Etats-Unis d'Amérique, 19 février 2008
 Rwanda et Suisse, 15 octobre 1963
 Sénégal et Afrique du Sud, 5 juin 1998
 Sénégal et Espagne, 22 novembre 2007
 Sénégal et Etats-Unis d'Amérique, 6 décembre 1983
 Sénégal et République Arabe de Syrie, 14 novembre 1975
 Sénégal et République de Corée, 12 juillet 1984
 Sénégal et Royaume-Uni, 7 mai 1980
 Sénégal et Suède, 24 février 1967
 Sénégal et Suisse, 16 août 1962
 Sénégal et Taïwan, Province De Chine, 24 octobre 1997
 Sénégal et Tunisie, 17 mai 1984
 Sénégal et Turquie, 15 juin 2010
 Serbie et Belgique et Luxembourg, 6 mars 2004
 Serbie et Bosnie-Herzégovine, 18 décembre 2001
 Serbie et Corée, 26 août 1998
 Serbie et Espagne, 25 juin 2002
 Serbie et Fédération de Russie, 11 octobre 1995
 Serbie et Libye, 18 février 2004
 Serbie et Macédoine, 4 septembre 1996
 Serbie et République Islamique d'Iran, 5 décembre 2003
 Serbie et République Tchèque, 4 juin 2010
 Serbie et Royaume-Uni, 6 novembre 2002
 Serbie et Slovaquie, 11 septembre 2004
 Serbie et Slovénie, 18 juin 2002
 Serbie et Suède, 10 novembre 1978
 Serbie et Suisse, 7 décembre 2005
 Serbie et Turquie, 2 mars 2001
 Serbie et Ukraine, 9 janvier 2001
 Serbie et Zimbabwe, 19 septembre 1996
 Seychelles et Monaco, 4 janvier 2010
 Seychelles et Zambie, 7 décembre 2010
 Singapour et Arabie Saoudite, 10 avril 2006
 Singapour et Belgique et Luxembourg, 17 novembre 1978

Singapour et Corée, 2 décembre 2008
 Singapour et Fédération de Russie, 21 septembre 2010
 Singapour et Lao, PDR, 24 mars 1997
 Singapour et Libye, 8 avril 2009
 Singapour et Ouzbékistan, 15 juillet 2003
 Singapour et République Tchèque, 8 avril 1995
 Singapour et Royaume-Uni, 22 juillet 1975
 Singapour et Slovaquie, 13 octobre 2006
 Singapour et Slovénie, 25 janvier 1999
 Singapour et Sri Lanka, 9 mai 1980
Singapour et Suisse, 6 mars 1978
 Singapour et Taïwan, Province De Chine, 9 avril 1990
 Singapour et Turquie, 19 février 2008
 Singapour et Ukraine, 18 septembre 2006
 Singapour et Viet Nam, 29 octobre 1992
 Singapour et Zimbabwe, 1er septembre 2000
 Slovaquie et Belgique et Luxembourg, 24 avril 1989
 Slovaquie et Bosnie-Herzégovine, 2 juin 2008
 Slovaquie et Corée, 27 janvier 2009
 Slovaquie et Espagne, 12 décembre 1990
 Slovaquie et Etats-Unis d'Amérique, 22 octobre 1991
 Slovaquie et Fédération de Russie, 30 novembre 1993
 Slovaquie et Libye, 20 février 2009
 Slovaquie et Macédoine, 25 juin 2009
 Slovaquie et Ouzbékistan, 6 mars 2003
 Slovaquie et République Arabe de Syrie, 18 février 2009
 Slovaquie et République de Corée, 27 mai 2005
 Slovaquie et République de Moldova, 7 avril 2008
 Slovaquie et Royaume-Uni, 10 juillet 1990
 Slovaquie et Slovénie, 28 juillet 1993
 Slovaquie et Suède, 13 novembre 1990
 Slovaquie et Suisse, 5 octobre 1990
 Slovaquie et Tadjikistan, 14 février 1994
 Slovaquie et Turkménistan, 17 novembre 1995
 Slovaquie et Turquie, 13 octobre 2009
 Slovaquie et Ukraine, 22 juin 1994
 Slovaquie et Viet Nam, 17 décembre 2009
 Slovénie et Belgique et Luxembourg, 1er février 1999
 Slovénie et Bosnie-Herzégovine, 30 mai 2001
 Slovénie et Espagne, 15 juillet 1998
 Slovénie et Fédération de Russie, 8 avril 2000
 Slovénie et Macédoine, 5 juin 1996
 Slovénie et Ouzbékistan, 7 octobre 2003
 Slovénie et République de Moldova, 10 avril 2003
 Slovénie et Royaume-Uni, 3 juillet 1996
 Slovénie et Suède, 5 octobre 1999
 Slovénie et Suisse, 9 novembre 1995
 Slovénie et Thaïlande, 18 février 2000
 Slovénie et Turquie, 23 mars 2004
 Slovénie et Ukraine, 30 mars 1999
 Soudan et Belgique et Luxembourg, 7 novembre 2005
 Soudan et Emirats Arabes Unis, 4 avril 2011
 Soudan et République Arabe de Syrie, 7 janvier 2000
 Soudan et République Islamique d'Iran, 7 septembre 1999
 Soudan et Suisse, 24 octobre 2002
 Soudan et Tunisie, 8 octobre 2003
 Soudan et Turquie, 19 décembre 1999
 Soudan et Yémen, 10 août 1999
 Suède et Afrique du Sud, 25 mai 1998
 Suède et Arabie Saoudite, 11 mars 2008
 Suède et Bosnie-Herzégovine, 31 octobre 2000
 Suède et Côte d' Ivoire, 27 août 1965
 Suède et Emirats Arabes Unis, 10 novembre 1999
 Suède et Fédération de Russie, 19 avril 1995
 Suède et Hong Kong, China, 27 mai 1994
 Suède et Kirghizistan, 8 mars 2002
 Suède et Lao, PDR, 29 août 1996
 Suède et Macédoine, 7 mai 1998
 Suède et Madagascar, 2 avril 1966
 Suède et Ouzbékistan, 29 mai 2001
 Suède et République de Corée, 30 août 1995
 Suède et République Islamique d'Iran, 5 septembre 2005
 Suède et République Tchèque, 13 novembre 1990
 Suède et République Unie de Tanzanie, 1er septembre 1999
 Suède et Sri Lanka, 30 avril 1982
 Suède et Thaïlande, 18 février 2000
 Suède et Tunisie, 15 septembre 1984
 Suède et Turquie, 11 avril 1997
 Suède et Ukraine, 15 août 1995
 Suède et Uruguay, 17 juin 1997
 Suède et Venezuela, 25 novembre 1996
 Suède et Viet Nam, 8 septembre 1993
 Suède et Yémen, 29 octobre 1983
 Suède et Zimbabwe, 6 octobre 1997
 Suisse et Afrique du Sud, 27 juin 1995
 Suisse et Arabie Saoudite, 1er avril 2006
 Suisse et Bosnie-Herzégovine, 5 septembre 2003
 Suisse et Burkina Faso, 6 mai 1969
Suisse et Cap-Vert, 1991
 Suisse et Cap-Vert, 28 octobre 1991
Suisse et Chine, 27 janvier 2009
 Suisse et Corée, 14 décembre 1998
 Suisse et Costa Rica, 1er août 2000
 Suisse et Côte d' Ivoire, 26 juin 1962
 Suisse et El Salvador, 8 décembre 1994
 Suisse et Emirats Arabes Unis, 3 novembre 1998
 Suisse et Fédération de Russie, 1er décembre 1990

Suisse et Honduras, 14 octobre 1993
 Suisse et Hong Kong, China, 22 septembre 1994
 Suisse et Kirghizistan, 29 janvier 1999
 Suisse et Lao, PDR, 4 décembre 1996
 Suisse et Libye, 8 décembre 2003
 Suisse et Macédoine, 26 septembre 1996
 Suisse et Madagascar, 19 novembre 2008
 Suisse et Ouganda, 23 août 1971
Suisse et Ouzbékistan, 16 avril 1993
Suisse et Paraguay, 1992
 Suisse et République Arabe de Syrie, 9 mai 2007
 Suisse et République Centrafricaine, 28 février 1973
Suisse et République de Colombie, 17 mai 2006
 Suisse et République de Corée, 15 décembre 2005
 Suisse et République de Moldova, 30 novembre 1995
 Suisse et République démocratique du Congo, 10 mars 1972
 Suisse et République Dominicaine, 27 août 2004
 Suisse et République Islamique d'Iran, 8 mars 1998
Suisse et République Populaire de Chine, 27 janvier 2009
 Suisse et République Tchèque, 5 octobre 1990
 Suisse et République Unie de Tanzanie, 8 avril 2004
 Suisse et Sri Lanka, 23 septembre 1981
 Suisse et Tadjikistan, 11 juin 2009
 Suisse et Thaïlande, 17 novembre 1997
 Suisse et Togo, 17 janvier 1964
 Suisse et Trinidad and Tobago, 26 octobre 2010
 Suisse et Tunisie, 2 décembre 1961
 Suisse et Turkménistan, 15 mai 2008
 Suisse et Turquie, 3 mars 1988
 Suisse et Ukraine, 20 avril 1995
 Suisse et Uruguay, 7 octobre 1988
 Suisse et Venezuela, 18 novembre 1993
 Suisse et Viet Nam, 3 juillet 1992
Suisse et Viêt-Nam, 1992
Suisse et Zaïre, 1972
 Suisse et Zambie, 3 août 1994
 Suisse et Zimbabwe, 15 août 1996
 Swaziland et Royaume-Uni, 5 mai 1995
 Swaziland et Taïwan, Province De Chine, 3 mars 1998
 Syrie et Algérie, 14 septembre 1997
 Syrie et Corée, 14 mai 2006
 Syrie et Emirats Arabes Unis, 26 novembre 1997
 Syrie et Fédération de Russie, 27 janvier 2005
 Syrie et Libye, 8 février 1993
 Syrie et République Islamique d'Iran, 5 février 1998
 Syrie et République Tchèque, 21 novembre 2008
 Syrie et Tadjikistan, 10 février 2007
 Syrie et Tunisie, 23 janvier 2001
 Syrie et Turquie, 6 janvier 2004
 Syrie et Ukraine, 21 avril 2002
 Syrie et Yémen, 9 octobre 1996
 Tadjikistan et Belgique et Luxembourg, 12 février 2009
 Tadjikistan et Emirats Arabes Unis, 17 décembre 1995
 Tadjikistan et Fédération de Russie, 16 avril 1998
 Tadjikistan et Kirghizistan, 19 janvier 2000
 Tadjikistan et République Arabe de Syrie, 10 février 2007
 Tadjikistan et République de Corée, 14 juillet 1995
 Tadjikistan et République de Moldova, 5 novembre 2002
 Tadjikistan et République Islamique d'Iran, 18 juillet 1995
 Tadjikistan et République Tchèque, 11 février 1994
 Tadjikistan et Thaïlande, 9 août 2005
 Tadjikistan et Turquie, 6 mai 1996
 Tadjikistan et Ukraine, 6 juillet 2001
 Tadjikistan et Viet Nam, 19 janvier 1999
 Taïwan et Arabie Saoudite, 31 octobre 2000
 Taïwan et Costa Rica, 25 mars 1999
 Taïwan et El Salvador, 30 août 1996
 Taïwan et Honduras, 26 février 1996
 Taïwan et Macédoine, 9 juin 1999
 Taïwan et Province of China Belize, 16 janvier 1999
 Taïwan et République Dominicaine, 5 novembre 1999
 Taïwan et Saint Vincent and the Grenadines, 17 décembre 2009
 Taïwan et Thaïlande, 30 avril 1996
 Taïwan et Viet Nam, 21 avril 1993
 Tanzanie et Afrique du Sud, 22 septembre 2005
 Tanzanie et Danemark, 22 avril 1999
 Tanzanie et République de Corée, 18 décembre 1998
 Tanzanie et Royaume-Uni, 7 janvier 1994
 Tanzanie et Turquie, 11 mars 2011
 Tanzanie et Zimbabwe, 3 juillet 2003
 Tchad et Allemagne, 11 avril 1967
 Tchad et Burkina Faso, 18 mai 2001
 Tchad et Chine, 26 avril 2010
 Tchad et Egypte, 14 mars 1998
 Tchad et France, 11 août 1960
 Tchad et Guinée, 15 juin 2004
Tchad et Italie, 11 juin 1969
 Tchad et Liban, 15 juin 2004

Tchad et Mali, 18 mai 2001
 Tchad et Maroc, 4 décembre 1997
 Tchad et Maurice, 18 mai 2001
 Tchad et Qatar, 22 novembre 1999
 Tchad et Suisse, 21 février 1967
 Thaïlande et Belgique et Luxembourg, 12 juin 2002
 Thaïlande et Corée, 1er mars 2002
 Thaïlande et Fédération de Russie, 17 octobre 2002
 Thaïlande et Hong Kong, China, 19 novembre 2005
 Thaïlande et Lao, PDR, 22 août 1990
 Thaïlande et République de Corée, 24 mars 1989
 Thaïlande et République Tchèque, 12 février 1994
 Thaïlande et Royaume-Uni, 28 novembre 1978
 Thaïlande et Sri Lanka, 3 janvier 1996
 Thaïlande et Taiwan Province of, 30 avril 1996
 Thaïlande et Turquie, 24 juin 2005
 Thaïlande et Viet Nam, 30 octobre 1991
 Thaïlande et Zimbabwe, 18 février 2000
 Togo et Belgique et Luxembourg, 6 juin 2009
 Togo et Tunisie, 13 septembre 1987
 Tonga et Royaume-Uni, 22 octobre 1997
 Tunisie et Afrique du Sud, 28 février 2002
 Tunisie et Belgique et Luxembourg, 8 janvier 1997
 Tunisie et Burkina Faso, 7 janvier 1993
 Tunisie et Côte d' Ivoire, 16 mai 1995
 Tunisie et Emirats Arabes Unis, 10 avril 1996
 Tunisie et Etats-Unis d'Amérique, 15 mai 1990
 Tunisie et Libye, 19 février 2005
 Tunisie et République Arabe de Syrie, 23 janvier 2001
 Tunisie et République de Corée, 23 mai 1975
 Tunisie et République Islamique d'Iran, 23 avril 2001
 Tunisie et République Tchèque, 6 janvier 1997
 Tunisie et Royaume-Uni, 14 mars 1989
 Tunisie et Turquie, 29 mai 1991
 Tunisie et Yémen, 8 mars 1998
 Turkménistan et Emirats Arabes Unis, 9 juin 1998
 Turkménistan et Fédération de Russie, 25 mars 2009
 Turkménistan et Ouzbékistan, 16 janvier 1996
 Turkménistan et République Islamique d'Iran, 23 janvier 1996
Turkménistan et Royaume-Uni, 9 février 1995
 Turkménistan et Ukraine, 29 janvier 1998
 Turquie et Afrique du Sud, 23 juin 2000
 Turquie et Arabie Saoudite, 8 août 2006
 Turquie et Belgique et Luxembourg, 27 août 1986
 Turquie et Bosnie-Herzégovine, 21 janvier 1998
 Turquie et Emirats Arabes Unis, 28 septembre 2005
 Turquie et Etats-Unis d'Amérique, 3 décembre 1985
 Turquie et Fédération de Russie, 15 décembre 1997
 Turquie et Kirghizistan, 28 avril 1992
 Turquie et Libye, 25 novembre 2009
 Turquie et Macédoine, 14 juillet 1995
 Turquie et Ouzbékistan, 28 avril 1992
 Turquie et République Arabe de Syrie, 6 janvier 2004
 Turquie et République de Corée, 14 mai 1991
 Turquie et République de Moldova, 14 février 1994
 Turquie et République Islamique d'Iran, 21 décembre 1996
 Turquie et République Tchèque, 29 avril 2009
 Turquie et République Unie de Tanzanie, 11 mars 2011
 Turquie et Royaume-Uni, 15 mars 1991
 Turquie et Turkménistan, 2 mai 1992
 Turquie et Ukraine, 27 novembre 1996
 Turquie et Yémen, 7 septembre 2000
 Ukraine et Arabie Saoudite, 9 avril 2008
 Ukraine et Belgique et Luxembourg, 20 mai 1996
 Ukraine et Bosnie-Herzégovine, 13 mars 2002
 Ukraine et Brunei Darussalam, 18 juin 2004
Ukraine et Etats-Unis d'Amérique, 4 mars 1994
 Ukraine et Fédération de Russie, 17 novembre 1998
 Ukraine et Kirghizistan, 23 février 1993
 Ukraine et Macédoine, 2 mars 1998
 Ukraine et Ouzbékistan, 20 février 1993
 Ukraine et République Arabe de Syrie, 21 avril 2002
 Ukraine et République de Corée, 16 décembre 1996
 Ukraine et République de Moldova, 29 août 1995
 Ukraine et République Islamique d'Iran, 21 mai 1996
 Ukraine et République Tchèque, 16 septembre 2008
 Ukraine et Royaume-Uni, 10 février 1993
 Ukraine et Saint-Marin, 13 janvier 2006
 Ukraine et Viet Nam, 8 juin 1994
 Ukraine et Yémen, 1er février 2001
Union belgo-luxembourgeoise et Chypre, 1991
Union belgo-luxembourgeoise et Colombie, 2009
Union belgo-luxembourgeoise et Colombie, 4 février 2009
Union belgo-luxembourgeoise et Corée, 12 décembre 2006

Union belgo-luxembourgeoise et Inde, 31 octobre 1997

Union belgo-luxembourgeoise et Panama, 26 mars 2009

Union belgo-luxembourgeoise et Rwanda, 1983

Union belgo-luxembourgeoise et Rwanda, 2007

Union belgo-luxembourgeoise et Tadjikistan, 2009

Uruguay et Belgique et Luxembourg, 4 novembre 1991

Uruguay et El Salvador, 24 août 2000

Uruguay et Etats-Unis d'Amérique, 4 novembre 2005

Uruguay et République de Corée, 1er octobre 2009

Uruguay et République Tchèque, 15 mai 2009

Uruguay et Royaume-Uni, 21 octobre 1991

Uruguay et Venezuela, 20 mai 1997

Uruguay et Viet Nam, 12 mai 2009

Venezuela Belgique et Luxembourg, 17 mars 1998

Venezuela Costa Rica, 17 mars 1997

Venezuela Fédération de Russie, 7 novembre 2008

Venezuela République Islamique d'Iran, 11 mars 2005

Venezuela République Tchèque, 27 avril 1995

Venezuela Royaume-Uni, 15 mars 1995

Yémen et Afrique du Sud, 1er août 2002

Yémen et Belgique et Luxembourg, 20 novembre 2000

Yémen et Emirats Arabes Unis, 13 février 2001

Yémen et Fédération de Russie, 1er décembre 2002

Yémen et République Arabe de Syrie, 9 octobre 1996

Yémen et République Islamique d'Iran, 29 février 1996

Yémen et République Tchèque, 20 mai 2008

Yémen et Royaume-Uni, 25 février 1982

Yougoslavie et Royaume-Uni, 6 novembre 2002

Zambie et Belgique et Luxembourg, 18 mai 2001

Zimbabwe et Afrique du Sud, 27 novembre 2009

Zimbabwe et République Islamique d'Iran, 9 mai 1999

Zimbabwe et République Tchèque, 13 septembre 1999

Zimbabwe et République Unie de Tanzanie, 3 juillet 2003

Zimbabwe et Royaume-Uni, 1er mars 1995

Textes officiels*

Résolutions et actes d'organisations internationales

A. NATIONS UNIES

Convention des Nations Unies sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, 1947.

Rés. 1515 (XV) relative à une Action concertée en vue du développement de pays économiquement peu développés, 15 décembre 1960.

Rés. 1707 (XVI) de l'Assemblée générale des Nations Unies relative au commerce international, principal instrument de développement économique, 19 décembre 1961.

Rés. 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies relative à la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, 14 décembre 1962.

Rés. 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale portant déclaration concernant l'instauration d'un Nouvel ordre économique international, 1^{er} mai 1974.

Rés. 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 12 décembre 1974.

Rés. A/RES/37/7 de l'Assemblée générale portant Charte mondiale de la nature, 28 octobre 1982.

Projet de Code de conduite des sociétés transnationales, 1986.

Rés 41/128 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le droit au développement, 4 décembre 1986.

Normes des Nations Unies sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, 2003.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 décembre 2000.

Convention des Nations Unies contre la corruption, 2003.

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 2004.

B. BANQUE MONDIALE

Résolution 174 adoptée lors de la 17^e assemblée annuelle du conseil des gouverneurs de la Banque mondiale, Washington, 18 septembre 1962.

Principes directeurs pour le traitement de l'investissement direct étranger de la Banque Mondiale, 1992.

C. GATT ET OMC

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), 1947.

Accord général sur le commerce des services (AGCS), 1994.

Accord relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC), 1994.

* Ne figurent dans cette liste que les textes officiels jugés les plus importants pour la conduite de cette étude. D'autres références sont incluses dans les notes infra-paginales du texte principal.

D. OCDE

Convention relative à l'OCDE, Paris, 14 décembre 1960.

Projet de convention sur la protection des biens étrangers, 1967.

Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 1976.

Projet d'Accord multilatéral sur l'investissement, 1998.

Code de libération des mouvements de capitaux, 2009.

E. OIT

Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 1977

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 1998 (annexe révisée le 15 juin 2010).

Droit européen

A. CONSEIL DE L'EUROPE

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950.

Convention européenne de Bâle sur l'immunité des Etats, 1972.

B. UNION EUROPÉENNE

Directive 88/361/CEE du Conseil pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, 1988.

Communication de la Commission, *L'uniformisation à l'échelle mondiale des règles applicables à l'investissement direct*, COM(95) 42, 1995.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2009.

Traité sur l'Union européenne, 2009.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, COM(2010) 343 final, 2010.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers, COM(2010) 344 final, 2010.

Arbitrage

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Convention de Washington (CIRDI), et Rapport des Administrateurs, Banque internationale pour la reconstruction et le développement, 18 mars 1965.

Règlement du CIRDI régissant le Mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 1978.

Règlement de la *London Court of International Arbitration*, 1998.

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international avec les amendements, 2006.

Règlement de la CNUDCI, 2010.

Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, 2010.

Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, 2012.

Accords multilatéraux

Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux, La Haye, 1907.

Charte de La Havane instituant l'Organisation internationale du commerce, 1948.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969.

Convention de Séoul portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 1985.

Accord pour la promotion et la protection des investissements de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est, Manille, 15 décembre 1987.

Accord de Libre-échange Nord-Américain (ALENA), 1994.

Traité de 1994 sur le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA)

Traité sur la Charte de l'Energie, 1994.

Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements à l'intérieur du MERCOSUR, 1994.

Convention interaméricaine contre la corruption, 1996.

Autres traités bilatéraux

Convention de commerce entre la France et l'Angleterre, 1713.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec la France, 1778.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec les Pays-Bas, 1782.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis d'Amérique avec le Royaume-Uni, 1794.

Traité de commerce et de navigation France-Liberia 1852.

Convention sur les droits fondamentaux des nationaux avec le Gabon 1874.

Traité de commerce entre le Royaume-Uni et la France(traité Chevalier-Codben), 1869.

Convention sur les relations commerciales et maritimes France-Royaume-Uni ,1882.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre la France et Menelik II, Roi d'Ethiopie, 1908.

Convention d'établissement et de commerce entre la Suisse et l'Albanie, 1929

Traité d'amitié, de commerce et de navigation des Etats-Unis avec l'Italie, 1948

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et la Grèce, Athènes, 3 août 1951

Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et le Japon en 1953

Convention d'établissement entre la France et le Tchad, 1960

Accord commercial entre le Royaume de Suède et la République de Côte d'Ivoire, 1965

MODELES ET EXEMPLES D'ACCORDS DE PROMOTION ET DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Treaty between the Federal Republic of Germany and ... concerning the encouragement and reciprocal protection of investments	117
Traite entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne	121
Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République de Guinée relatif à la promotion et à la protection mutuelles des investissements	126
Accord entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements.....	130
Agreement between the government of the People's Republic of China and the government of —— on the promotion and protection of investments	150
Le Conseil fédéral Suisse et le gouvernement de la République Populaire de Chine	154
Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the Republic of Colombia and _____	158
Bilateral agreement for the promotion and protection of investments between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia	164
Traite entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République de ... (pays)... concernant l'encouragement et la protection reciproques de l'investissement.....	171
Treaty between the government of the United States of America and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment	177
Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de _____ sur l'encouragement et la protection reciproques des investissements	195

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection reciproques des investissements	199
Agreement between the government of the Republic of India and the government of the Republic of ... for the promotion and protection of investments.....	203
Accord sur l'encouragement et la protection reciproque des investissements entre Et le Royaume des Pays-Bas	207
Agreement between the Kingdom of Norway and for the promotion and protection of investments.....	210
United Kingdom model bit (2005, with 2006 amendments) draft agreement between the government of the United Kingdom Of Great Britain and Northern Ireland and the government of [country] for the promotion and protection of investments	219
Agreement between the Republic of Turkey and _____concerning the reciprocal promotion and protection of investments.....	224
Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection reciproques des investissements	227
Accord entre la Confédération suisse et la République arabe syrienne concernant la promotion et la protection reciproque des investissements	232

**TREATY BETWEEN THE FEDERAL
REPUBLIC OF GERMANY AND ...
CONCERNING THE ENCOURAGEMENT
AND RECIPROCAL PROTECTION OF
INVESTMENTS¹**

desiring to intensify economic co-operation between the two States,
intending to create favourable conditions for investments by investors of either State in the territory of the other State,
recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations –

have agreed as follows:

**Article 1
Definitions**

Within the meaning of this Treaty,

1. the term "investments" comprises every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. The investments include in particular:

- (a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;
- (b) shares of companies and other kinds of interest in companies;
- (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value;
- (d) intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;
- (e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good-will;
- (f) business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources;

any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other Contracting State;

2. the term "returns" means the amounts yielded by an investment for a definite period, such as profit, dividends, interest, royalties or fees;

3. the term "investor" means

- (a) in respect of the Federal Republic of Germany:
 - any natural person who is a German within the meaning of the Basic Law of the Federal Republic

of Germany or a national of a Member State of the European Union or of the European Economic Area who, within the context of freedom of establishment pursuant to Article 43 of the EC Treaty, is established in the Federal Republic of Germany;

- any juridical person and any commercial or other company or association with or without legal personality which is founded pursuant to the law of the Federal Republic of Germany or the law of a Member State of the European Union or the European Economic Area and is organized pursuant to the law of the Federal Republic of Germany, registered in a public register in the Federal Republic of Germany or enjoys freedom of establishment as an agency or permanent establishment in Germany pursuant to Articles 43 and 48 of the EC Treaty;

which in the context of entrepreneurial activity is the owner, possessor or shareholder of an investment in the territory of the other Contracting State, irrespective of whether or not the activity is directed at profit;

(b) in respect of ...

4. the term "territory" refers to the area of each Contracting State including the exclusive economic zone and the continental shelf insofar as international law allows the Contracting State concerned to exercise sovereign rights or jurisdiction in these areas.

Article 2

Admission and protection of investments

(1) Each Contracting State shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its legislation.

(2) Each Contracting State shall in its territory in every case accord investments by investors of the other Contracting State fair and equitable treatment as well as full protection under this Treaty.

(3) Neither Contracting State shall in its territory impair by arbitrary or discriminatory measures the activity of investors of the other Contracting State with regard to investments, such as in particular the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of such investments. This provision shall be without prejudice to Article 7 (3).

(4) Returns from an investment, as well as returns from reinvested returns, shall enjoy the same protection as the original investment.

Article 3

National and most-favoured-nation treatment

(1) Neither Contracting State shall in its territory subject investments owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.

¹ Modèle allemand de 2008, disponible sur le site Internet : <http://italaw.com>.

(2) Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. The following shall, in particular, be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article:

1. different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation;
2. different treatment in the event of impediments to the sale of products at home and abroad; and
3. other measures of similar effect.

Measures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article.

(3) Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or a free trade area.

(4) The treatment granted under this Article shall not relate to advantages which either Contracting State accords to investors of third States by virtue of an agreement for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets or other agreements regarding matters of taxation.

(5) This Article shall not oblige a Contracting State to extend to investors resident in the territory of the other Contracting State tax privileges, tax exemptions and tax reductions which according to its tax laws are granted only to investors resident in its territory.

(6) The Contracting States shall within the framework of their national legislation give sympathetic consideration to applications for the entry and sojourn of persons of either Contracting State who wish to enter the territory of the other Contracting State in connection with an investment; the same shall apply to employed persons of either Contracting State who in connection with an investment wish to enter the territory of the other Contracting State and sojourn there to take up employment. Where necessary, applications for work permits shall also be given sympathetic consideration.

(7) Notwithstanding any bilateral or multilateral agreements which are binding on both Contracting States, the investors of the Contracting States are free to select the means of transport for the international transportation of persons and of capital goods directly related to an investment within the meaning of this Treaty. Transport companies of the Contracting States shall not be discriminated against thereby.

Article 4

Compensation in case of expropriation

(1) Investments by investors of either Contracting State shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting State.

(2) Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law.

(3) Investors of either Contracting State whose investments suffer losses in the territory of the other Contracting State owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, or revolt, shall be accorded treatment no less favourable by such other Contracting State than that State accords to its own investors as regards restitution, indemnification, compensation or other valuable consideration. Such payments must be freely transferable.

(4) Investors of either Contracting State shall enjoy most-favoured-nation treatment in the territory of the other Contracting State in respect of the matters provided for in the present Article.

Article 5 **Free transfer**

(1) Each Contracting State shall guarantee to investors of the other Contracting State the free transfer of payments in connection with an investment, in particular

1. the principal and additional amounts to maintain or increase the investment;
2. the returns;
3. the repayment of loans;
4. the proceeds from the liquidation or the sale of the whole or any part of the investment;
5. the compensation provided for in Article 4.

(2) Transfers under Article 4 (2) or (3), under the present Article or Article 6, shall be made without delay at the market rate of exchange applicable on the day of the transfer. A transfer shall be deemed

to have been made without delay if made within such period as is normally required for the completion of transfer formalities. The period shall commence with the submission of the corresponding application, where such an application is necessary, or the notification of the intended transfer, and must in no circumstances exceed two months.

(3) Should it not be possible to ascertain a market rate pursuant to paragraph (2), the cross rate obtained from those rates which would be applied by the International Monetary Fund on the date of payment for conversions of the currencies concerned into Special Drawing Rights shall apply.

Article 6 Subrogation

If either Contracting State makes payment to any of its investors under a guarantee it has assumed in respect of an investment in the territory of the other Contracting State, the latter Contracting State shall, without prejudice to the rights of the former Contracting State under Article 9, recognize the assignment, whether under a law or pursuant to a legal transaction, of any right or claim from such investors to the former Contracting State. Furthermore, the latter Contracting State shall recognize the subrogation of that Contracting State to any such right or claim (assigned claim), which that Contracting State shall be entitled to assert to the same extent as its predecessor in title. As regards the transfer of payments on the basis of such assignment, Article 4 (1) and (2) and Article 5 shall apply *mutatis mutandis*.

Article 7 Other provisions

(1) If the legislation of either Contracting State or international obligations existing at present or established hereafter between the Contracting States in addition to this Treaty contain any provisions, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting State to a treatment more favourable than is provided for by this Treaty, such provisions shall prevail over this Treaty to the extent that they are more favourable.

(2) Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State.

(3) With regard to the treatment of income and assets for the purpose of taxation, precedence shall be given to the application of the agreements in force at the time between the Federal Republic of Germany and ... for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets.

Article 8

Scope of application

This Treaty shall also apply to investments made prior to its entry into force by investors of either Contracting State in the territory of the other Contracting State consistent with the latter's legislation.

Article 9

Settlement of disputes between the Contracting States

(1) Disputes between the Contracting States concerning the interpretation or application of this Treaty should as far as possible be settled by the Governments of the two Contracting States.

(2) If a dispute cannot thus be settled, it shall upon the request of either Contracting State be submitted to an arbitral tribunal.

(3) The arbitral tribunal shall be constituted for each case as follows: each Contracting State shall appoint one member, and these two members shall agree upon a national of a third State as their chairman to be appointed by the Governments of the two Contracting States. The members shall be appointed within two months, and the chairman within three months, from the date on which either Contracting State has informed the other Contracting State that it wants to submit the dispute to an arbitral tribunal.

(4) If the periods specified in paragraph (3) have not been observed, either Contracting State may, in the absence of any other relevant agreement, invite the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting State or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President should make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting State or if he, too, is prevented from discharging the said function, the Member of the Court next in seniority who is not a national of either Contracting State should make the necessary appointments.

(5) The arbitral tribunal shall reach its decisions by a majority of votes. Its decisions shall be binding. Each Contracting State shall bear the cost of its own member and of its representatives in the arbitration proceedings; the cost of the chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting States. The arbitral tribunal may make a different regulation concerning costs. In all other respects, the arbitral tribunal shall determine its own procedure.

Article 10

Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State

(1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other

Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).

(2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing:

1. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID), provided both Contracting States are members of this Convention, or

2. arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the personal or factual preconditions for proceedings pursuant to figure 1 do not apply, but at least one Contracting State is a member of the Convention referred to therein, or

3. an individual arbitrator or an ad-hoc arbitral tribunal which is established in accordance with the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as in force at the commencement of the proceedings, or

4. an arbitral tribunal which is established pursuant to the Dispute Resolution Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA) or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or

5. any other form of dispute settlement agreed by the parties to the dispute.

(3) The award shall be binding and shall not be subject to any appeal or remedy other than those provided for in the Convention or arbitral rules on which the arbitral proceedings chosen by the investor are based. The award shall be enforced by the Contracting States as a final and absolute ruling under domestic law.

(4) Arbitration proceedings pursuant to this Article shall take place at the request of one of the parties to the dispute in a State which is a Contracting Party to the United Nations Convention on the

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958.

(5) During arbitration proceedings or the enforcement of an award, the Contracting State involved in the dispute shall not raise the objection that the investor of the other Contracting State has received compensation under an insurance contract in respect of all or part of the damage.

Article 11

Relations between the Contracting States

This Treaty shall be in force irrespective of whether or not diplomatic or consular relations exist between the Contracting States.

Article 12

Registration clause

Registration of this Treaty with the Secretariat of the United Nations, in accordance with Article 102 of the United Nations Charter, shall be initiated immediately following its entry into force by the Contracting State in which the signing took place. The other Contracting State shall be informed of registration, and of the UN registration number, as soon as this has been confirmed by the Secretariat of the United Nations.

Article 13

Entry into force, duration and notice of termination

(1) This Treaty shall be subject to ratification; the instruments of ratification shall be exchanged as soon as possible.

(2) This Treaty shall enter into force on the first day of the second month following the exchange of the instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter for an unlimited period unless denounced in writing through diplomatic channels by either Contracting State twelve months before its expiration. After the expiry of the period of ten years this Treaty may be denounced at any time by either Contracting State giving twelve months' notice.

(3) In respect of investments made prior to the date of termination of this Treaty, the provisions of the above Articles shall continue to be effective for a further period of twenty years from the date of termination of this Treaty.

Done in on in duplicate in the German and

..... languages, both texts being equally authentic.

TRAITE ENTRE LE PAKISTAN ET LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE²

Traité tendant à encourager et à protéger les investissements (avec Protocole et échange de notes). Signé à Bonn, le 25 novembre 1959.
Enregistré par le Pakistan le 26 mars 1963.

La République fédérale d'Allemagne et le Pakistan, Désireux d'intensifier la coopération économique entre les deux États,
Se proposant de faciliter les investissements des ressortissants et des sociétés de l'un et l'autre État dans le territoire de l'autre État, et
Reconnaissant qu'une entente entre les deux États est susceptible de favoriser les investissements, d'encourager l'entreprise industrielle et financière privée et d'accroître la prospérité des deux États,
Sont convenus de ce qui suit:

Article premier

1. Chaque État contractant ci-après désigné dans le présent Traité sous le nom de Partie s'efforcera d'autoriser sur son territoire, conformément à ses lois et à la réglementation promulguée en exécution desdites lois, les investissements de capitaux appartenant à des ressortissants ou à des sociétés de l'autre Partie et de favoriser lesdits investissements et examinera avec bienveillance les demandes d'autorisation nécessaires. En ce qui concerne le Pakistan, lesdites autorisations seront accordées compte dûment tenu des plans et principes directeurs adoptés dans ce pays.

2. Les investissements de capitaux que des ressortissants ou des sociétés de l'une ou l'autre Partie feront dans le territoire de l'autre Partie ne seront soumis à aucune discrimination fondée sur le fait qu'ils appartiennent à des ressortissants ou à des sociétés de la première Partie ou sont contrôlés par eux, sauf disposition contraire d'une loi ou d'un règlement d'application de celle-ci existant à l'époque de l'entrée en vigueur du présent Traité.

Article 2

Aucune des deux Parties ne prendra de mesures discriminatoires contre les activités relatives aux investissements, y compris le droit pour les ressortissants ou les sociétés des deux Parties de gérer, d'utiliser et de jouir effectivement desdits investissements sur le territoire de l'autre Partie à moins que des clauses à cet effet ne soient stipulées dans les actes autorisant l'investissement.

² N° 6575, *Recueil des Traités des Nations Unies*, 1953, pp. 43-57

Article 3

1. Les investissements des ressortissants ou des sociétés de l'une et l'autre Parties seront protégés et garantis sur le territoire de l'autre Partie.

2. Les investissements des ressortissants ou des sociétés de l'une ou l'autre Partie ne pourront pas faire l'objet d'expropriation sur le territoire de l'autre Partie sauf pour cause d'intérêt public et moyennant une indemnisation représentant l'équivalent du montant des investissements en question. Le montant de cette indemnisation pourra être effectivement réalisé et librement transféré sans délai excessif dans la monnaie de l'autre Partie. Les dispositions nécessaires seront prises au moment de l'expropriation ou au préalable pour fixer le montant et les conditions d'octroi de ladite indemnisation. La légalité de l'expropriation et le montant de l'indemnisation seront susceptibles de réexamen par les voies légales régulières.

3. Les ressortissants ou les sociétés de l'une ou l'autre Partie qui, du fait d'une guerre ou d'un conflit armé, d'une révolution ou d'une révolte survenue sur le territoire de l'autre Partie, viendraient à perdre les investissements qu'ils y ont faits, se verront accorder par ladite Partie, en ce qui concerne les restitutions, les dédommagements, les indemnisations et les autres avantages, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux personnes résidant sur son territoire et aux ressortissants ou aux sociétés d'une tierce partie. En ce qui concerne le transfert desdites sommes, les demandes émanant des ressortissants ou des sociétés de l'une ou l'autre Partie seront traitées par l'autre Partie non moins favorablement que les demandes analogues émanant de ressortissants ou de sociétés d'une tierce partie.

Article 4

En ce qui concerne tous les investissements, chaque Partie garantira aux ressortissants ou aux sociétés de l'autre Partie le transfert des capitaux investis, du revenu de ces investissements et, en cas de liquidation, du produit de cette liquidation.

Article 5

Si une garantie d'investissement donne lieu à une action en revendication contre une Partie, cette dernière sans préjudice des droits prévus à l'article II, sera autorisée à exercer, dans les conditions stipulées par son prédécesseur en titre, les droits que la loi lui a conférés ou qui lui ont été transmis par le prédécesseur en titre (intérêt dévolu). En ce qui concerne le transfert des sommes qui seront versées à la Partie intéressée, en vertu de l'intérêt dévolu, les dispositions des paragraphes 2 et 3 ainsi que les dispositions de l'article 4 s'appliqueront mutatis mutandis.

Article 6

1. Les transferts prévus aux paragraphes 2 et 3 de l'article 3 et aux articles 4 et 5 seront effectués sans délai excessif et aux taux de change applicables aux opérations courantes à la date où le transfert est effectué.

2. Le taux applicable aux opérations courantes sera déterminé par la valeur au pair des monnaies fixée par le Fonds monétaire international, compte tenu des dispositions de la section 3 de l'article IV de l'Accord relatif au Fonds monétaire international.'

3. Si, à l'époque du transfert, il n'existe pas de taux de change au sens du paragraphe 2 ci-dessus, les autorités compétentes de la Partie sur le territoire de laquelle l'investissement est situé appliqueront un taux de change juste et raisonnable.

Article 7

Les dispositions du présent Traité n'affecteront ni la législation de l'une ou l'autre des Parties ni les accords contractuels existant actuellement ou conclus ultérieurement entre les Parties au cas où leurs dispositions permettraient aux investissements des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie de bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qui est prévu par le présent Traité. Chaque Partie respectera toute autre obligation qu'elle pourra avoir contractée en ce qui concerne les investissements des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie.

Article 8

1. a) Par « investissement » il faut entendre le capital-devises, marchandises, droits de propriété, brevets et connaissances techniques-introduit dans le territoire de l'autre Partie pour y être investi sous diverses formes. Le mot « investissement » englobe aussi le produit desdits « investissements » employé dans ces investissements.

b) Toute participation, toute société ou tout actif de nature analogue découlant de l'utilisation des avoirs susmentionnés sera assimilé à un « investissement ».

2. Par « produit » il faut entendre les sommes provenant des investissements tels que bénéfices ou intérêts pour une période déterminée.

3. Par « ressortissant » il faut entendre:

a) En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, tout Allemand au sens de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne;

b) En ce qui concerne le Pakistan, toute personne qui, au regard de la législation du Pakistan, a la nationalité pakistanaise.

4. Par « société » il faut entendre:

a) En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, toute personne morale, toute société commerciale ou toute autre société ou association dotée ou non de la personnalité juridique dont le siège se trouve sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne et dont le statut est régi par la législation de ce pays, que la responsabilité des actionnaires, des associés ou des membres soit

limitée ou illimitée et que l'activité de la société soit à but lucratif ou non;

b) En ce qui concerne le Pakistan, toute personne morale, toute société ou association enregistrée sur le territoire du Pakistan et dont le statut est régi par la législation de ce pays.

Article 9

Sauf indication contraire formelle, les dispositions du présent Traité s'appliqueront également aux investissements autorisés et effectués avant son entrée en vigueur, mais non avant le 1er septembre 1954, par des ressortissants ou des sociétés de l'une des Parties sur le territoire de l'autre Partie. La présente disposition n'affectera pas les dispositions de l'Accord du 27 février 1953 sur les dettes extérieures allemandes 1.

Article 10

Chacune des Parties coopérera avec l'autre pour favoriser l'échange et l'utilisation des connaissances scientifiques et techniques et le développement des moyens de formation particulièrement en vue d'accroître la productivité et d'élever les niveaux de vie dans leur territoire.

Article 11

1. En cas de différend concernant l'interprétation ou l'application du présent Traité, les Parties se consulteront pour essayer de le régler à l'amiable.

2. S'il ne peut être ainsi réglé, le différend sera soumis:

a) A la Cour internationale de Justice si les deux Parties y consentent ou,

b) Dans le cas contraire, à un tribunal d'arbitrage, sur la demande de l'une ou l'autre Partie.

3. a) Le tribunal visé à l'alinéa b du paragraphe 2 ci-dessus sera spécialement constitué pour chaque affaire et sera composé de trois arbitres. Les Parties nommeront chacune un arbitre et ces derniers désigneront à leur tour un président qui devra être ressortissant d'un pays tiers.

b) Les Parties nommeront chacune leur arbitre dans les deux mois qui suivront la demande faite à cet effet par l'une d'elles. Dans le cas où l'une des Parties ne nommerait pas d'arbitre, celui-ci sera désigné par le Président de la Cour internationale de Justice; sur la demande de l'autre Partie.

c) Si, dans le mois qui suit la date de leur nomination, les arbitres ne parviennent pas à s'entendre sur le choix du président du tribunal d'arbitrage, celui-ci sera désigné par le président de la Cour internationale de Justice, sur la demande de l'une ou l'autre Partie.

d) Si le Président de la Cour internationale de Justice est empêché de statuer sur une demande formulée en application des alinéas b ou c du présent paragraphe, ou s'il est ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, le vice-président désignera le président du tribunal d'arbitrage. Si le vice-

président en est empêché ou s'il est ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, c'est au membre le plus ancien de la Cour internationale de Justice qui ne sera pas ressortissant de l'une ou l'autre des Parties qu'il appartiendra de désigner le président.

e) Sauf décision contraire des Parties, le tribunal d'arbitrage adoptera son propre règlement intérieur.

f) Les décisions du tribunal d'arbitrage seront prises à la majorité et auront force obligatoire pour les Parties.

Article 12

Les dispositions du présent Traité demeureront en vigueur même en cas de conflit entre les Parties sans préjudice de leur droit de prendre les mesures temporaires qui sont autorisées par le droit international et sont indispensables pour assurer le contrôle des investissements. Les mesures de ce genre seront abrogées au plus tard à la date où le conflit prendra fin, que les relations diplomatiques aient été ou non rétablies.

Article 13

Les dispositions du présent Traité s'appliqueront également au Land de Berlin SI le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne n'a pas fait savoir le contraire au Gouvernement pakistanais dans les trois mois qui suivront la date d'entrée en vigueur du présent Traité.

Article 14

1. Le présent Traité sera ratifié et les instruments de ratification seront échangés aussitôt que faire se pourra.

2. Le présent Traité entrera en vigueur un mois après la date de l'échange des instruments de ratification. Il demeurera en vigueur pendant dix ans et le restera ensuite pendant une période illimitée s'il n'est pas dénoncé par écrit par l'une ou l'autre des Parties un an avant l'expiration de ce délai. Après l'expiration du délai de dix ans, l'une ou l'autre des Parties pourra mettre fin à tout moment au Traité moyennant préavis d'un an.

3. En ce qui concerne les investissements effectués avant la date d'expiration du présent Traité, les dispositions des articles 1 à 13 continueront d'être en vigueur pendant une nouvelle période de dix ans à compter de la date d'expiration du présent Traité.

FAIT à Bonn le 25 novembre mil neuf cent cinquante-neuf, en double exemplaire, dans les langues allemande et anglaise, les deux textes faisant également foi.

Pour la République fédérale d'Allemagne:

VON BRENTANO

Pour le Pakistan :

S. A. HASNIE

Protocole

Lors de la signature du Traité conclu entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan en

vue d'encourager et de protéger les investissements", les plénipotentiaires soussignés sont convenus, en outre, que les dispositions suivantes seraient considérées comme faisant partie intégrante dudit Traité:

1. Dans l'année qui suivra la signature du présent Traité, les Parties entameront des négociations en vue de conclure un traité d'établissement qui contiendra notamment des dispositions concernant: l'immigration et l'émigration, la résidence temporaire et permanente, la protection contre l'expulsion, l'exercice d'activités industrielles et commerciales et des professions libérales pour le compte d'autrui ou pour compte individuel, notamment en ce qui concerne le personnel de direction et le personnel technique, la création d'entreprises et la participation aux entreprises, la protection et la sécurité des personnes et des biens, le libre accès aux tribunaux, la liberté de conclure des contrats, l'acquisition de biens immobiliers et autres et les conditions requises pour être arbitre.

2. Seront considérées comme discrimination au sens de l'article 2 : les restrictions sur l'achat de matières premières ou auxiliaires, d'énergie ou de carburant, de moyens de production ou d'exploitation de tous genres, les entraves à la commercialisation de produits à l'intérieur ou à l'extérieur du pays, ainsi que toute autre mesure qui n'est pas appliquée de la même façon aux personnes résidant dans le pays, aux ressortissants d'États tiers ou aux investissements desdites personnes.

Les mesures de sécurité et d'ordre publics, d'hygiène ou de moralité publiques, ne seront pas considérées comme discrimination au sens de l'article 2.

3. Le mot « expropriation », au sens du paragraphe 2 de l'article 3, englobera également les mesures prises par l'État et qui équivalent à une expropriation, ainsi que les mesures de nationalisation.

4. Afin d'assurer une part équitable du chargement à leurs compagnies de navigation respectives, chaque Partie s'abstiendra de toute mesure discriminatoire tendant à éliminer ou à restreindre, contrairement aux principes de la libre concurrence, la participation des bateaux de l'autre Partie au transport des marchandises suivantes:

a) Les marchandises qui représentent un investissement et sont acheminées par la voie maritime;

b) Les marchandises qui, aux fins de l'exploitation d'une entreprise dans le territoire de l'une des Parties, sont achetées au moyen de capitaux investis dans le territoire de ladite Partie par des ressortissants ou des sociétés de l'autre Partie.

5. Sans préjudice de toute autre méthode permettant d'établir la nationalité, sera considéré comme ressortissant de l'une des Parties, quiconque

possédera un passeport national délivré par les autorités compétentes de la Partie intéressée ou des papiers d'identité valides tels que:

- a) En ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, une carte d'identité valide (Personalausweis) de la République fédérale d'Allemagne ou une carte d'identité valide (Personalausweis) du Land de Berlin ou un livret de marin (Seefahrtbuch) délivré par les autorités compétentes de la République fédérale d'Allemagne à condition que le titulaire dudit livret y soit porté comme étant de nationalité allemande;
- b) En ce qui concerne le Pakistan, les documents permettant d'établir la nationalité pakistanaise en Allemagne, à une époque donnée, peuvent être, outre le passeport national, 1) un certificat de membre d'équipage (Crew Member Certificate) pour les membres de l'équipage d'aéronefs et 2) une attestation de mise en congé définitif (Continuous Discharge Certificate ou Nullies) pour les marins.

FAIT à Bonn le 25 novembre 1959, en double exemplaire, dans les langues allemande et anglaise, les deux textes faisant également foi.

Pour la République fédérale d'Allemagne:

VON BRENTANO

Pour le Pakistan :

S. A. HASNIE

Echange de notes

I MINISTÈRE DES FINANCES GOUVERNEMENT DU PAKISTAN

Bonn, le 25 novembre 1959

Monsieur le Ministre,

Nous interprétons le mot « investissement » partout où il figure dans le présent Traité I ou dans les lettres en annexe comme désignant, en ce qui concerne le Pakistan, les investissements approuvés par les organismes publics qui autorisent des investissements de cette nature. Si par la suite, à un moment quelconque, les investissements devenaient libres au Pakistan, le mot « investissement » s'appliquerait à tous les investissements faits sur le territoire pakistanaise.

Le mot « investissement » désigne, en ce qui concerne la République fédérale d'Allemagne, tous les investissements effectués conformément à sa législation.

Il est également entendu qu'aux fins de l'autorisation des investissements d'équipement, la valeur des biens mentionnés au paragraphe 1 de l'article 8 pourra être fixée par les organismes compétents de la Partie intéressée.

Je vous saurais gré de bien vouloir me confirmer votre accord sur ce qui précède. Veuillez agréer, etc.

S. A. HASNIE

Son Excellence Monsieur Heinrich von Brentano
Secrétaire d'Etat
Ministre fédéral des affaires étrangères
Bonn

II LE MINISTRE FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Bonn, le 25 novembre 1959

Monsieur le Secrétaire d'État,

J'ai l'honneur d'accuser réception de votre note du 25 novembre 1959, dont la teneur suit:

[Voir note I]

Je confirme notre accord sur ce qui précède. Veuillez agréer, etc.

VON BRENTANO

Monsieur S. A. Hasnie Secrétaire d'Etat au
Ministère des finances du Gouvernement du
Pakistan

Bonn

III MINISTÈRE DES FINANCES GOUVERNEMENT DU PAKISTAN

Bonn, le 25 novembre 1959

Monsieur le Ministre,

Au cours de notre entretien touchant le genre et la nature du traitement que chaque Partie devra accorder aux ressortissants et aux sociétés de l'autre Partie, nous avons compris qu'il ne serait ni souhaitable ni pratique de préciser dans le présent Traité l'étendue et la portée des privilèges et immunités que chaque Partie pourra octroyer, dans des cas particuliers, aux ressortissants ou aux sociétés de l'autre Partie en ce qui concerne leurs investissements. Il a donc été convenu que, sans préjudice des dispositions du présent Traité, les concessions faites par chaque Partie aux ressortissants ou aux sociétés de l'autre Partie seraient consignées dans les documents autorisant les investissements, c'est-à-dire les mémoires ou les articles d'association établis en vue de la création et de l'exploitation d'une entreprise donnée ou les autres instruments que les Parties pourront choisir en tenant compte des conditions requises dans chaque cas.

Lorsqu'elle autorise des investissements de ressortissants ou de sociétés de l'autre Partie, chaque Partie peut poser, dans les documents précités, des conditions concernant la gestion, l'utilisation ou la jouissance d'un investissement ou l'exploitation d'une entreprise résultant dudit investissement ou la formation et l'emploi de ressortissants de la Partie intéressée.

Les privilèges et immunités mentionnés au premier paragraphe ci-dessus ainsi que les conditions visées au deuxième paragraphe peuvent dépasser la portée du traitement accordé par un pays à ses ressortissants ou celle du traitement de la nation la plus favorisée.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir me confirmer votre accord sur ce qui précède.
Veuillez agréer, etc.
S. A. HASNIE Secrétaire d'État
Son Excellence Monsieur Heinrich von Brentano
Ministre fédéral des affaires étrangères
Bonn

IV LE MINISTRE FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Bonn, le 25 novembre 1959
Monsieur le Secrétaire d'État,
J'ai l'honneur d'accuser réception de votre note du 25 novembre 1959, dont la teneur suit:
[Voir note III]
Je confirme notre accord sur ce qui précède.
Veuillez agréer, etc. VON BRENTANO
Monsieur S. A. HASNIE Secrétaire d'État au
Ministère des finances du Gouvernement du
Pakistan
Bonn

V MINISTÈRE DES FINANCES GOUVERNEMENT DU PAKISTAN

Bonn, le 25 novembre 1959 Monsieur le Ministre,
Nous sommes convenus qu'afin de faciliter et d'encourager les investissements des ressortissants allemands ou des sociétés allemandes au Pakistan, le Gouvernement pakistanais accordera, avant l'entrée en vigueur du Traité d'établissement qui doit être négocié, les autorisations nécessaires aux ressortissants allemands qui désirent venir au Pakistan pour y demeurer et y exercer des activités se rapportant aux investissements de ressortissants allemands ou de sociétés allemandes, dans la mesure où des raisons de sécurité et d'ordre publics et d'hygiène et de moralité publiques ne justifieront pas une décision contraire.

Les organismes publics compétents de la République fédérale d'Allemagne s'efforceront de convaincre les ressortissants allemands ou les sociétés allemandes de fournir progressivement des emplois et des moyens de formation aux ressortissants pakistanais.

Je vous serais reconnaissant de bien vouloir me confirmer votre accord sur ce qui précède. Veuillez agréer, etc.
S. A. HASNIE
Secrétaire d'État Son Excellence Monsieur Heinrich von Brentano
Ministre fédéral des affaires étrangères
Bonn

VI LE MINISTRE FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES

Bonn, le 25 novembre 1959
Monsieur le Secrétaire d'État,
J'ai l'honneur d'accuser réception de votre note du 25 novembre 1959, dont la teneur suit:
[Voir note V]

Je confirme notre accord sur ce qui précède.
Veuillez agréer, etc.
VON BRENTANO Monsieur S. A. Hasnie
Secrétaire d'État au Ministère des finances du
Gouvernement du Pakistan
Bonn

**ACCORD ENTRE LA REPUBLIQUE
FEDERALE D'ALLEMAGNE ET LA
REPUBLIQUE DE GUINEE RELATIF A LA
PROMOTION ET A LA PROTECTION
MUTUELLES DES INVESTISSEMENTS³**

La République fédérale d'Allemagne
et
la République de Guinée,
-ci-après dénommées «les États contractants»,
désireuses d'approfondir la coopération économique
et industrielle entre les deux États,
soucieuses de créer des conditions favorables aux
investissements des investisseurs de l'un des deux
États sur le territoire de l'autre,
reconnaissant que la promotion et la protection
contractuelle de ces investissements sont
susceptibles de stimuler l'initiative économique
privée et d'augmenter la prospérité des deux
peuples,
sont convenues de ce qui suit

**Article 1er
Définitions**

Aux fins du présent Accord:

1. le terme «investissements» comprend toutes les
catégories de biens, notamment mais pas
exclusivement:

- a) la propriété de biens meubles et immeubles ainsi
que tous autres droits réels tels qu'hypothèques et
droits de gage;
- b) les droits de participation à des sociétés et autres
formes de participation à des sociétés;
- c) les créances relatives à des capitaux qui ont été
utilisés pour créer une valeur économique ou les
créances relatives à des prestations présentant une
valeur
économique;
- d) les droits de propriété intellectuelle et
industrielle, les droits d'auteur, brevets, modèles
d'utilité, dessins et modèles industriels, marques,
noms commerciaux, secrets d'entreprise et
d'affaires, procédés techniques, le savoir-faire et le
survaloir;
- e) les concessions de droit public, y compris
concessions de prospection et d'exploitation.

Les modifications de la forme sous laquelle les
biens sont investis n'affectent pas leur qualité
d'investissement;

2. le terme «revenus» désigne les montants versés
pour une détermination au titre d'un investissement,

³ Accord du 8 novembre 2006, fait à Berlin,
disponible sur le site Internet de la Conférence des
Nations Unies pour le Commerce et le
Développement (CNUCED) :
[http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch
779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch779.aspx).

tels que les bénéfices, dividendes, intérêts, droits de
licence ou autres rémunérations;

3. le terme «investisseur» désigne les personnes
suivantes de l'un des États contractants qui dans le
cadre du présent Accord effectuent des
investissements sur le territoire de l'autre État:

a) personnes physiques:

- en ce qui concerne la République de Guinée, des
Guinéens au sens de la Loi fondamentale de la
République de Guinée,

-en ce qui concerne la République fédérale
d'Allemagne, des Allemands au sens de la Loi
fondamentale de la République fédérale
d'Allemagne;

b) personnes morales ainsi que les sociétés de
commerce ou autres sociétés ou associations, avec
ou sans personnalité juridique, ayant leur siège sur
le territoire de l'un des États contractants respectifs,
indépendamment de la question de savoir si leur
activité a un but lucratif ou non.

Sans préjudice d'autres méthodes de détermination
de la nationalité, est considérée notamment comme
ressortissant d'un État contractant toute personne
titulaire d'un passeport national délivré par les
autorités compétentes de l'État contractant en
question.

4. Le terme « territoire » désigne le territoire
national de chaque État contractant y compris les
eaux territoriales ainsi que la zone économique
exclusive et le plateau continental dans la mesure
où le droit international autorise chaque État
contractant à exercer dans ces territoires des droits
ou pouvoirs de souveraineté, en particulier en vue
de l'exploration, l'exploitation et la conservation des
ressources naturelles.

**Article 2 Promotion et protection des
investissements**

(1) Chaque État contractant encourage dans la
mesure du possible les investissements des
investisseurs de l'autre État contractant sur son
territoire et admet ces investissements en
conformité avec sa législation.

(2) Dans chaque cas, chaque État contractant traite
les investissements des investisseurs de l'autre État
contractant de façon juste et équitable, et leur
accorde la pleine protection prévue par le présent
Accord.

(3) Aucun des États contractants ne doit entraver,
moyennant des mesures arbitraires ou
discriminatoires, l'administration, le maintien,
l'usage, la jouissance ou la disposition des
investissements des investisseurs de l'autre État
contractant sur son territoire.

(4) Les revenus de l'investissement et, en cas de
réinvestissement, les revenus de leur
réinvestissement jouissent de la même protection
que l'investissement.

Article 3

Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

(1) Aucun des États contractants ne soumet, sur son territoire, les investissements dont des investisseurs de l'autre État contractant sont propriétaires ou qui sont soumis à leur influence, à un traitement moins favorable que celui accordé aux investissements de ses propres investisseurs ou de ceux d'États tiers.

(2) Aucun des États contractants ne soumet, sur son territoire, les investisseurs de l'autre État contractant, en ce qui concerne l'activité qu'ils exercent en relation avec des investissements, à un traitement moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux d'États tiers. Les mesures prises pour des raisons de sécurité, d'ordre et de santé publics ou de moralité ne sont pas considérées comme «traitement moins favorable» au sens du présent article.

(3) Ce traitement ne s'étend pas aux privilèges consentis par un État contractant aux investisseurs d'États tiers en raison de son appartenance ou de son association à une union douanière ou économique, un marché commun ou une zone de libre échange.

(4) Le traitement accordé par le présent article ne s'étend pas aux avantages accordés par un État contractant aux investisseurs d'États tiers en vertu d'un accord sur la double imposition ou de tout autre arrangement dans le domaine fiscal.

(5) Les dispositions du présent article n'obligent pas un État contractant à étendre aux investisseurs résidant sur le territoire de l'autre État contractant le bénéfice des avantages, exonérations et réductions fiscaux qui, conformément à sa législation fiscale, ne sont accordés qu'aux investisseurs résidant sur son propre territoire.

(6) Les États contractants examinent avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour introduites par des nationaux de l'un des États contractants qui désirent entrer sur le territoire de l'autre État contractant en relation avec un investissement. Il en est de même pour les salariés relevant de l'un des États contractants et qui désirent, en relation avec un investissement, entrer sur le territoire de l'autre État contractant et y séjourner en vue d'exercer une activité rémunérée. Les demandes de permis de travail sont également examinées avec bienveillance.

(7) En cas de transport de biens ou de personnes en relation avec un investissement, un État contractant n'exclut ni n'entrave les entreprises de transport relevant de l'autre État contractant et, en cas de besoin, accorde les autorisations nécessaires aux transports.

Article 4

Compensation des pertes

(1) Les investisseurs d'un État contractant dont les investissements auraient subi des pertes par l'effet

d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence national ou d'une émeute sur le territoire de l'autre État contractant bénéficient de la part de ce dernier, en ce qui concerne les restitutions, indemnités, compensations ou autres contreparties, d'un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs. De tels versements doivent être librement transférables.

(2) En ce qui concerne les matières réglées par le présent article, les investisseurs de l'un des États contractants jouissent sur le territoire de l'autre du traitement de la nation la plus favorisée.

Article 5

Indemnisation en cas d'expropriation

(1) Les investissements des investisseurs d'un État contractant jouissent sur le territoire de l'autre État contractant d'une protection et d'une sécurité intégrales.

(2) Les investissements des investisseurs d'un État contractant ne peuvent faire l'objet, sur le territoire de l'autre État contractant, directement ou indirectement, d'une expropriation, nationalisation ou d'autres mesures dont les effets seraient équivalents à ceux d'une expropriation ou d'une nationalisation, que pour des raisons d'utilité publique et contre indemnisation. L'indemnité doit correspondre à la valeur qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant la date à laquelle l'expropriation, la nationalisation ou la mesure semblable, effectives ou imminentes, ont été rendues publiques. L'indemnité doit être versée sans délai et produire, jusqu'à la date du versement, des intérêts calculés au taux bancaire usuel; elle doit être effectivement réalisable et librement transférable. Au plus tard au moment de l'expropriation, de la nationalisation ou de l'exécution d'une mesure semblable, il doit être pourvu de façon adéquate à la fixation et au versement de l'indemnité. La légalité de l'expropriation, de la nationalisation ou de la mesure semblable et le montant de l'indemnité doivent pouvoir être vérifiés par une procédure judiciaire ordinaire.

(3) En ce qui concerne les matières réglées par le présent article, les investisseurs de l'un des États contractants jouissent sur le territoire de l'autre du traitement de la nation la plus favorisée.

Article 6

Transferts

(1) Chaque État contractant garantit aux investisseurs de l'autre État contractant le libre transfert des versements effectués en relation avec un investissement, notamment:

a) du capital et des montants additionnels destinés au maintien ou à l'augmentation de l'investissement;

- b) des revenus;
- c) des versements destinés au remboursement d'emprunts;
- d) des recettes tirées de la liquidation ou de l'aliénation, partielle ou totale, de l'investissement;
- e) des indemnités prévues à l'article 4 et 5 du présent Accord,

(2) Les transferts visés au paragraphe 1 de l'article 4, au paragraphe 2 de l'article 5, à l'article 6 ou à l'article 7 du présent Accord sont effectués sans délai au cours pratiqué sur le marché à la date du transfert. Est considéré comme effectué "sans délai" au sens de cet article tout transfert qui aura lieu dans le délai normalement nécessaire à l'observation des formalités de transfert. Le délai commence à courir à la date de l'introduction de la demande y afférente et ne doit en aucun cas dépasser deux mois.

(3) À défaut de marché des devises, on applique le taux croisé résultant des cours de change qu'appliquerait le Fonds Monétaire International à la date du versement pour convertir les monnaies respectives en droits de tirage spéciaux.

Article 7

Subrogation

Si un État contractant, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement sur le territoire de l'autre État contractant, effectue des versements à ses propres investisseurs, l'autre État contractant, sans préjudice des droits du premier État contractant découlant de l'article 8 du présent Accord, reconnaît la transmission par l'effet de la loi ou d'un contrat, de tous les droits ou revendications de ces investisseurs au premier État contractant. En outre, l'autre État contractant reconnaît la subrogation en faveur du premier État contractant dans tous ces droits et revendications (revendications transmises) que le premier État contractant sera autorisé à exercer dans la même mesure que son prédécesseur. En ce qui concerne le transfert des versements au titre des revendications transmises, les dispositions du paragraphe 1 de l'article 4, du paragraphe 2 de l'article 5 ainsi que de l'article 6 du présent Accord sont applicables mutatis mutandis.

Article 8

Règlement des différends entre États contractants

(1) Les différends entre les États contractants relatifs à l'interprétation ou l'application du présent Accord devraient, autant que possible, être réglés par les gouvernements des deux États contractants par voie diplomatique.

(2) Si un différend ne peut être réglé de cette façon, il est soumis à un tribunal d'arbitrage sur demande de l'un des deux États contractants.

(3) Le tribunal d'arbitrage est constitué ad hoc; chaque État contractant nomme un membre et les

deux membres se mettent d'accord pour choisir comme président le ressortissant d'un État tiers qui est nommé par les gouvernements des deux États contractants. Les membres sont nommés dans un délai de deux mois, le président dans un délai de trois mois après que l'un des États contractants a fait savoir à l'autre qu'il désire soumettre le différend à un tribunal d'arbitrage.

(4) Si les délais prévus au paragraphe 3 ne sont pas observés et à défaut d'un autre arrangement, chaque État contractant peut solliciter le Président de la Cour Internationale de Justice pour procéder aux nominations nécessaires. Au cas où le Président est ressortissant de l'un des deux États contractants, ou s'il est empêché pour une autre raison, il appartient au Vice-Président de procéder aux nominations. Si le Vice-Président est, lui aussi, ressortissant de l'un des deux États contractants ou s'il est également empêché, c'est au membre de la Cour suivant immédiatement dans la hiérarchie et qui n'est pas ressortissant de l'un des deux États contractants qu'il appartient de procéder aux nominations.

(5) Le tribunal d'arbitrage statue à la majorité des voix. Ses décisions sont obligatoires. Chaque État contractant prend à sa charge les frais occasionnés par l'activité de son propre arbitre ainsi que les frais de sa représentation dans la procédure devant le tribunal d'arbitrage; les frais du président ainsi que les autres frais sont assumés à parts égales par les deux États contractants. Le tribunal d'arbitrage peut fixer un autre règlement concernant les dépenses. Pour le reste, le tribunal d'arbitrage établit lui-même les règles de sa procédure.

Article 9

Règlement des différends entre l'un des États contractants et les investisseurs de l'autre État contractant

(1) Les différends relatifs à des investissements et survenant entre l'un des États contractants et un investisseur de l'autre État contractant doivent, autant que possible, être réglés à l'amiable entre les parties au différend.

(2) Si un différend ne peut être réglé dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'une des parties au différend l'a soulevé par notification écrite, il est soumis, au choix de l'investisseur, soit au tribunal compétent de l'État contractant sur le territoire duquel l'investissement est réalisé soit à une procédure d'arbitrage international, conformément aux dispositions du paragraphe 3 ci-dessous.

(3) En cas de recours à une procédure d'arbitrage international, l'investisseur peut demander la saisine a) soit du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.) créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États du 18 mars 1965,

b) soit de la cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale,

c) soit d'un tribunal ad hoc d'arbitrage constitué conformément aux règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI).

(4) La sentence arbitrale est obligatoire et ne peut faire l'objet de plaintes ou recours autres que ceux prévus par la Convention susmentionnée. Elle est exécutée conformément au droit national.

(5) Au cours d'une procédure d'arbitrage ou de l'exécution d'une sentence arbitrale, l'État contractant partie au différend ne soulève aucune exception tirée du fait que l'investisseur de l'autre État contractant a été dédommagé partiellement ou intégralement par une assurance.

Article 10

Application de l'Accord

(1) L'application du présent Accord ne dépend pas de l'existence de relations diplomatiques ou consulaires entre les deux États contractants.

(2) Le présent Accord est également applicable aux investissements que des investisseurs de l'un des États contractants ont, en conformité avec la législation de l'autre État contractant, effectués sur le territoire de ce dernier avant l'entrée en vigueur du présent Accord. Toutefois, les dispositions du présent Accord ne s'appliquent pas aux différends et revendications qui sont soulevés avant son entrée en vigueur.

Article 11 Application d'autres dispositions

(1) S'il résulte de la législation d'un État contractant ou d'obligations de droit international qui existent actuellement ou seront fondées à l'avenir entre les États contractants en dehors du présent Accord, une réglementation générale ou particulière qui accorde aux investissements des investisseurs de l'autre État contractant un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Accord, cette réglementation prime le présent Accord dans la mesure où elle est plus favorable.

(2) Chaque État contractant respecte tout autre engagement qu'il a contracté au sujet des investissements, sur son territoire, des investisseurs de l'autre État contractant.

Article 12

Consultations

Au besoin, les représentants des États contractants se consultent au sujet des questions concernant l'application du présent Accord.

Article 13

Entrée en vigueur, durée de validité et expiration de l'Accord

(1) Le présent Accord est ratifié et entre en vigueur un mois après l'échange des instruments de ratification. Il reste en vigueur pendant dix ans et

est prolongé par la suite pour une durée illimitée à moins d'être dénoncé par voie diplomatique par l'un des deux États contractants sous réserve d'un préavis de douze mois avant son expiration. À l'expiration de la période de dix ans, le présent Accord peut être dénoncé à tout moment sous réserve d'un préavis de douze mois.

(2) Pour les investissements effectués avant la date d'expiration du présent Accord, les articles 1 à 12 ci-dessus restent encore applicables pendant quinze ans à partir de la date d'expiration du présent Accord.

(3) Dès l'entrée en vigueur du présent Accord, le Traité du 19 avril 1962 entre la République fédérale d'Allemagne et la République de Guinée relatif à l'encouragement des investissements de capitaux, le protocole y relatif et l'échange de lettres datant du même jour cessent de produire leurs effets.

Fait à Berlin, le 8 novembre 2006, en double exemplaire en langues française et allemande, les deux textes faisant également foi.

Pour la République fédérale d'Allemagne
Georg Boomgaarden
Pour la République de Guinée
Kazaliou Baldé

**ACCORD ENTRE LE CANADA ET -----
POUR LA PROMOTION ET LA
PROTECTION DES INVESTISSEMENTS⁴**

Le Canada et -----, ci-après appelés les « Parties »,
Reconnaissant que la promotion et la protection des investissements faits par les investisseurs d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie sont propres à stimuler une activité économique mutuellement avantageuse et à favoriser le développement de la coopération économique entre elles et la promotion du développement durable,
Ont convenu de ce qui suit :

Section A - Définitions

**Article 1
Définitions**

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent accord :

« **Accord sur l'OMC** » s'entend de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, fait à Marrakech le 15 avril 1994;

« **CIRDI** » s'entend du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements;

« **Commission** » s'entend de l'organisme établi par les Parties en vertu de l'article 50;

« **Convention CIRDI** » s'entend de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, faite à Washington le 18 mars 1965;

« **Convention de New York** » s'entend de la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, faite à New York le 10 juin 1958;

« **convention fiscale** » s'entend d'une convention tendant à éviter les doubles impositions, ou de tout autre accord ou arrangement international en matière fiscale;

« **Convention interaméricaine** » s'entend de la *Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial*, faite à Panama le 30 janvier 1975;

« **décision administrative d'application générale** » s'entend d'une décision ou d'une interprétation administrative qui s'applique à toute personne et à toute situation factuelle qui, en règle générale, entre dans son cadre et qui établit une norme de conduite. Cependant, une telle décision exclut :

(a) une décision rendue dans le cadre d'une poursuite administrative ou quasi judiciaire qui

s'applique à une personne, à un produit ou à un service particulier de l'autre Partie dans une cause en particulier; ou

(b) une décision rendue à l'égard d'une instance ou d'une procédure en particulier;

« **désigner** » signifie établir, désigner ou autoriser un monopole, ou étendre un monopole à un produit ou un service additionnel, après la date d'entrée en vigueur du présent accord;

« **droits de propriété intellectuelle** » s'entend du droit d'auteur et des droits connexes, des marques de commerce, des droits relatifs aux indications géographiques et aux dessins industriels, des brevets, des droits relatifs aux schémas de configuration de circuits intégrés, des droits relatifs à la protection des renseignements non divulgués et des obtentions végétales;

« **entité publique** » s'entend d'une banque centrale ou d'une autorité monétaire d'une Partie, ou de toute institution financière possédée ou contrôlée par une Partie;

« **entreprise** » s'entend :

(i) de toute entité constituée ou organisée sous le régime de la législation applicable, dans un but lucratif ou non, et détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou par l'État, y compris les sociétés de capitaux, les sociétés de fiducie, les sociétés de personnes, les entreprises individuelles, les coentreprises et autres groupements de même nature; et

(ii) des succursales de cette entité;

« **entreprise d'État** » s'entend d'une entreprise possédée par une Partie, ou contrôlée par elle au moyen d'une participation au capital;

« **entreprise d'une Partie** » s'entend d'une entreprise constituée ou organisée sous le régime de la législation d'une Partie, ou d'une succursale sise sur le territoire d'une Partie et qui y exerce une activité économique;

« **existant** » s'entend du fait d'être en application à la date d'entrée en vigueur du présent accord;

« **gouvernement infranational** » s'entend :

en ce qui concerne le Canada, des gouvernements provinciaux ou locaux; et

en ce qui concerne le

« **industries culturelles** » s'entend des personnes qui se livrent à l'une quelconque des activités suivantes :

(i) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou exploitable par machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications;

(ii) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;

(iii) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;

⁴ Modèle canadien de 2004, disponible sur le site Internet des Affaires étrangères et Commerce international : <http://www.international.gc.ca>.

(iv) l'édition, la distribution, la vente ou la présentation de compositions musicales sous forme imprimée ou exploitable par machine; ou

(v) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, et toutes les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et tous les services des réseaux de programmation et de diffusion par satellite;

« **institution financière** » s'entend d'un intermédiaire financier, ou autre entreprise, qui est autorisé à exercer des activités commerciales et qui est réglementé ou supervisé à titre d'institution financière en vertu de la législation de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé;

« **investissement** » s'entend :

(I) d'une entreprise;

(II) d'un titre de participation d'une entreprise;

(III) d'un titre de créance d'une entreprise

(i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou

(ii) lorsque l'échéance originelle du titre de créance est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un titre de créance d'une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

(IV) d'un prêt à une entreprise

(i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou

(ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, à l'exclusion, toutefois, d'un prêt à une entreprise d'État, quelle qu'en soit l'échéance originelle;

(V)

(i) nonobstant les alinéas (III) et (IV) ci-dessus, un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la Partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située, et

(ii) un prêt consenti ou un titre de créance possédé par une institution financière, autre qu'un prêt ou un titre de créance visés par le sous-alinéa (i), n'est pas un investissement; il demeure entendu :

(iii) qu'un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État d'une Partie ou qu'un titre de créance établi par une Partie ou par une entreprise d'État d'une Partie ne constituent pas un investissement; et

(iv) qu'un prêt consenti ou un titre de créance possédé par un fournisseur de services financiers transfrontières, autre qu'un prêt consenti à une institution financière ou un titre de créance établi par une institution financière, constituent un investissement si le prêt ou le titre de créance répondent aux critères en matière d'investissement énoncés ailleurs dans cet article;

(VI) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des revenus ou des bénéfices de l'entreprise;

(VII) d'un avoir dans une entreprise donnant droit à une part des actifs de l'entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu des alinéas (III), (IV) ou (V);

(VIII) des biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales; et

(IX) des intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison

(i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clé en main, des contrats de construction ou des concessions, ou

(ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, des revenus ou des bénéfices d'une entreprise; mais ne s'entend pas :

(X) des créances découlant uniquement

(i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire de l'autre Partie, ou

(ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé aux alinéas (IV) ou (V); et

(XI) de toute autre créance, ne se rapportant pas à des avoirs des types visés aux alinéas (I) à (IX);

« **investissement d'un investisseur d'une Partie** » s'entend d'un investissement possédé ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de cette Partie;

« **investissement visé** » s'entend de l'investissement sur le territoire d'une Partie d'un investisseur de l'autre Partie, existant à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ainsi que des investissements faits ou acquis après cette date;

« **investisseur contestant** » s'entend de l'investisseur qui dépose une plainte en vertu de la section C;

« **investisseur d'une non-Partie** » s'entend d'un investisseur autre qu'un investisseur d'une Partie, qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement;

« **investisseur d'une Partie** » s'entend :

dans le cas du Canada :

(i) du Canada ou d'une entreprise d'État du Canada; ou

(ii) d'un ressortissant ou d'une entreprise du Canada,

qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement; dans le cas de :

qui cherche à effectuer, effectue ou a effectué un investissement et qui ne possède pas la citoyenneté canadienne;

« **jour** » s'entend de tout jour civil, y compris les fins de semaine et les jours fériés;

« **mesure** » comprend toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique;

« **monopole** » s'entend d'une entité, notamment un consortium ou un organisme gouvernemental, qui, sur un marché pertinent du territoire d'une Partie, est désignée comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un produit ou d'un service, mais n'englobe pas une entité à laquelle a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi;

« **monopole public** » s'entend d'un monopole qui est possédé, ou contrôlé au moyen d'une participation au capital, par le gouvernement central d'une Partie ou par un autre monopole semblable;

« **Partie contestante** » s'entend de la Partie contre laquelle est déposée une plainte en vertu de la section C;

« **partie contestante** » s'entend de l'investisseur contestant ou de la Partie contestante;

« **personne** » s'entend d'une personne physique ou d'une entreprise ;

« **personne d'une Partie** » s'entend d'un ressortissant ou d'une entreprise d'une Partie;

« **Règles d'arbitrage de la CNUDCI** » s'entend des Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, approuvées par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1976;

« **renseignements confidentiels** » s'entend de renseignements confidentiels commerciaux et de renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges;

« **ressortissant** » s'entend d'une personne physique qui est un citoyen ou un résident permanent d'une Partie;

« **secrétaire général** » s'entend du secrétaire général du CIRDI;

« **service financier** » s'entend d'un service de nature financière, y compris l'assurance, et d'un service accessoire ou auxiliaire à un service de nature financière;

« **territoire** » s'entend :

(i) en ce qui concerne le Canada :

(a) du territoire terrestre, de l'espace aérien, des eaux intérieures et de la mer territoriale du Canada;

(b) des zones, y compris la zone économique exclusive et les fonds marins et leur sous-sol adjacents, à l'égard desquelles le Canada exerce ou a, conformément au droit international, des droits souverains ou compétence à des fins d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles; et

(c) des îles artificielles, des installations et des structures construites dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental à l'égard

desquelles le Canada a compétence en tant qu'État côtier;

(ii) en ce qui concerne le .

« **titres de participation ou de créance** » comprend les actions avec ou sans droit de vote, les obligations, les débentures convertibles, les options d'achat d'actions et les bons de souscriptions à des actions;

« **transferts** » comprend les paiements internationaux;

« **tribunal** » s'entend d'un tribunal d'arbitrage établi en vertu des articles 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) ou 32 (Jonction).

Section B – Obligations fondamentales

Article 2

Champ d'application

1. Le présent accord s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie concernant :

- a) les investisseurs de l'autre Partie; et
- b) les investissements visés.

Article 3

Traitement national

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, à ses propres investisseurs en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements de ses propres investisseurs en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

3. Le traitement que doit accorder une Partie en vertu des paragraphes 1 et 2 s'entend, en ce qui concerne un gouvernement infranational, d'un traitement non moins favorable que le traitement que ce gouvernement infranational accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs et aux investissements des investisseurs de la Partie sur le territoire de laquelle il est situé.

Article 4⁵

Traitement de la nation la plus favorisée

⁵ Il est entendu que le traitement accordé par une Partie en vertu du présent article s'entend, en ce qui concerne un gouvernement infranational, du traitement accordé par celui-ci, dans des

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs d'une non-Partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements des investisseurs d'une non-Partie en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire.

Article 5

Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable, ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Les principes de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigeront pas un traitement plus favorable que celui qu'exige la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier.

3. La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un autre accord international ne démontre pas qu'il y eu violation du présent article.

Article 6

Dirigeants, conseils d'administration et admission du personnel

1. Aucune des Parties ne peut exiger qu'une de ses entreprises, qui est un investissement visé, nomme à des postes de dirigeants des personnes d'une nationalité déterminée.

2. Une Partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration, ou d'un comité de celui-ci, d'une entreprise qui est un investissement visé soit d'une nationalité déterminée ou réside sur son territoire, à condition que cette exigence n'altère pas sensiblement la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement.

3. Sous réserve de ses lois, règlements et politiques relatives à l'admission des étrangers, chacune des Parties accorde l'autorisation de séjour temporaire aux ressortissants de l'autre Partie engagés par un investisseur de celle-ci comme dirigeants, cadres ou

circonstances semblables, aux investisseurs, et aux investissements des investisseurs, d'une non-Partie.

experts, et qui se proposent de fournir des services à un investissement fait par cet investisseur sur son territoire.

Article 7

Prescriptions de résultats

1. Aucune des Parties ne peut établir ou appliquer l'une des prescriptions suivantes ni faire exécuter l'un des engagements suivants en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation de l'investissement d'un investisseur d'une Partie ou d'une non-Partie sur son territoire :

a) exporter un niveau ou un pourcentage déterminés de produits;

b) atteindre un niveau ou un pourcentage déterminés de contenu national;

c) acheter, utiliser ou privilégier les biens produits ou les services fournis sur son territoire ou acheter des biens ou des services à des personnes établies sur son territoire;

d) lier de quelque façon que ce soit le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la quantité des entrées de devises associées à cet investissement;

e) limiter sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir en liant de quelque façon que ce soit cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou des entrées de devises;

f) transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif à une personne établie sur son territoire, sauf dans le cas où un tribunal judiciaire ou administratif ou une autorité compétente en matière de concurrence établit la prescription ou fait exécuter l'engagement pour corriger une violation alléguée des lois relatives à la concurrence ou agir d'une manière compatible avec les autres dispositions du présent accord;

g) fournir en exclusivité à partir de son territoire à un marché régional ou mondial les produits que cet investissement permet de produire ou les services qu'il permet de fournir.

2. L'alinéa 1f) n'a pas pour effet d'interdire les mesures qui prescrivent aux investissements d'utiliser une technologie conforme à des exigences d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement. Il est entendu que les articles 3 et 4 s'appliquent à ces mesures.

3. Aucune des Parties ne peut subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'avantages, en ce qui concerne l'investissement d'un investisseur de l'autre Partie ou d'une non-Partie sur son territoire, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes :

a) atteindre un niveau ou un pourcentage déterminés de contenu national;

b) acheter, utiliser ou privilégier les biens produits sur son territoire, ou acheter des biens à des producteurs établis sur son territoire;

c) lier de quelque façon que ce soit le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou à la quantité des entrées de devises associées à cet investissement; ou

d) limiter sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir en liant de quelque façon que ce soit cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou des entrées de devises.

4. Aucune disposition contenue au paragraphe 3 n'a pas pour effet d'empêcher une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne l'investissement d'un investisseur de l'autre Partie ou d'une non-Partie sur son territoire, à l'observation de dispositions prescrivant d'effectuer la production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir des installations déterminées ou de faire de la recherche-développement sur son territoire.

5. Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune autre prescription que celles qui y sont énoncées.

6. Les dispositions des :

a) alinéas 1a), b) et c) et 3a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions en matière de qualification de produits ou de services relativement à des programmes de promotion des exportations et d'aide à l'étranger;

b) alinéas 1b), c), f) et g) et 3a) et b) ne s'appliquent pas aux achats effectués par une Partie ou une entreprise d'État; et

c) alinéas 3a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions imposées par une Partie importatrice relativement à la teneur que doivent avoir les produits pour être admissibles à des tarifs préférentiels ou à des contingents préférentiels.

Article 8

Monopoles et entreprises d'État

1. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'empêcher une Partie de désigner un monopole, ou de maintenir ou d'établir une entreprise d'État.

2. Lorsqu'une Partie aura l'intention de désigner un monopole⁶ et que cette désignation risquera d'affecter les intérêts de personnes de l'autre Partie, la Partie en donne, chaque fois que cela est possible, notification préalable écrite à l'autre Partie.

⁶ Aucune disposition du présent article n'a pour effet d'empêcher un monopole de pratiquer des prix différents dans différents marchés géographiques, lorsque la différence repose sur des considérations commerciales normales, par exemple la situation de l'offre et de la demande sur ces marchés.

3. Chacune des Parties fait en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que tout monopole privé désigné par elle, ou tout monopole public maintenu ou désigné par elle, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent accord lorsqu'il exerce des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui a délégués relativement au produit ou au service faisant l'objet du monopole, comme le pouvoir de délivrer des licences d'importation ou d'exportation, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances⁷;

4. Chacune des Parties fait en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que toute entreprise d'État maintenue ou établie par elle agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent accord lorsqu'elle exerce des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui a délégués, comme le pouvoir d'exproprier, d'accorder des licences, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, des droits ou d'autres redevances.

Article 9

Réserves et exceptions

1. Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent pas :

a) à toute mesure non conforme existante maintenue par

(i) une Partie au niveau national et figurant dans sa liste à l'annexe I, ou

(ii) un gouvernement infranational;

b) à la prorogation ou au prompt renouvellement de toute mesure non conforme visée à l'alinéa a);

c) à la modification de toute mesure non conforme visée à l'alinéa a), pour autant que cette modification ne diminue pas la conformité de ladite mesure, telle qu'elle existait immédiatement auparavant, avec les articles 3, 4, 6 et 7.

2. Les articles 3, 4, 6 et 7 ne s'appliquent pas à toute mesure qu'une Partie adopte ou maintient concernant les secteurs, sous-secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe II.

3. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie conformément à des accords

⁷ Le terme « délégation » s'entend notamment de la délégation au monopole de pouvoirs gouvernementaux, par voie législative, par voie de décrets ou de directives du gouvernement ou par d'autres moyens.

ou relativement à des secteurs figurant dans sa liste à l'annexe III.

4. En ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, une Partie pourra déroger aux articles 3 et 4 d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC.

5. Les dispositions des articles 3, 4 et 6 du présent accord ne s'appliquent pas :

- a) aux marchés conclus par une Partie ou une entreprise d'État;
- b) aux subventions et dons d'une Partie ou d'une entreprise d'État, y compris les prêts endossés par l'État, les garanties et les assurances.

6. Il est entendu que l'article 3 du présent accord ne s'applique pas à l'octroi à une institution financière, par une Partie, d'un droit exclusif de fournir des activités ou des services faisant partie d'un régime de retraite public ou d'un régime de sécurité sociale institué par la loi.

7. Les dispositions de l'article 4 du présent accord ne s'appliquent pas aux services financiers.

Article 10 **Exceptions générales**

1. À condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux;
- b) à l'exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord;
- c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques.

2. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'interdire à une Partie d'adopter ou de maintenir en place des mesures raisonnables, pour des raisons de prudence telles que :

- a) la protection des investisseurs, des déposants, des participants aux marchés financiers, des titulaires de police, des auteurs d'une demande de règlement fondée sur une police ou des personnes envers lesquelles une institution financière a des obligations fiduciaires;
- b) le maintien de la sécurité, de la solidité, de l'intégrité ou de la responsabilité financière des institutions financières; et
- c) la préservation de l'intégrité et de la stabilité du système financier de cette Partie.

3. Aucune disposition du présent accord ne s'applique aux mesures non discriminatoires d'application générale prises par une entité publique aux fins de politiques relatives à la monnaie, au crédit ou au taux de change. Le présent

paragraphe ne modifie pas les obligations d'une Partie aux termes de l'article 7 (Prescriptions de résultats) ou l'article 14 (Transferts de fonds).

4. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet :

- a) d'imposer à une Partie l'obligation de fournir des renseignements ou de donner accès à des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité;

b) d'empêcher une Partie de prendre toutes mesures qu'elle estime nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité

(i) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles, matériels, services et technologies destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou autres forces de sécurité,

(ii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale, ou

(iii) se rapportant à la mise en oeuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres engins nucléaires explosifs; ou 16

c) d'empêcher une Partie de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

5. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'exiger d'une Partie qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières.

6. Les dispositions du présent accord ne s'appliquent pas aux investissements faits dans les industries culturelles.

7. Toute mesure adoptée par une Partie conformément à une décision prise, prorogée ou modifiée par l'Organisation mondiale du commerce en vertu de l'article IX:3 ou IX:4 de l'Accord sur l'OMC sera aussi réputée conforme au présent Accord. Tout investisseur prétendant agir aux termes de la section C du présent Accord ne pourra affirmer qu'une telle mesure enfreint les dispositions de l'Accord.

Article 11

Santé, sécurité et mesures environnementales

Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la

sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consultent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné.

Article 12

Indemnisation des pertes

1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie, ainsi qu'aux investissements visés, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adopte ou maintient relativement aux pertes subies par des investissements effectués sur son territoire par suite d'un conflit armé, d'une guerre civile ou d'une catastrophe naturelle.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 3 si ce n'était de l'alinéa 9(5)b).

Article 13

Expropriation⁸

1. Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé directement, ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation (l'« expropriation »), sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, non-discriminatoire et s'accompagne d'une indemnisation rapide, adéquate et effective.
2. Cette indemnisation est équivalente à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (la « date d'expropriation »), et ne reflète aucun changement de valeur dû au fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et tout autre critère permettant de déterminer la juste valeur marchande, selon le cas.
3. L'indemnisation est versée sans délai et est pleinement réalisable et librement transférable. L'indemnisation doit être payable en devise librement convertible et doit inclure les intérêts calculés selon un taux commercial raisonnable pour

⁸ Il est entendu que le paragraphe 13(1) est interprété en conformité avec l'annexe B.13(1) en ce qui concerne la clarification de la question de l'expropriation indirecte.

cette devise à compter de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité.

4. L'investisseur concerné a le droit, en vertu de la législation de la Partie qui procède à l'expropriation, à une prompte révision de son cas par une autorité judiciaire ou autre autorité indépendante de cette Partie, ainsi qu'à l'évaluation de son investissement conformément aux principes énoncés dans le présent article.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la concession de licences obligatoires relativement à des droits de propriété intellectuelle ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette concession, cette révocation, cette restriction ou cette création est conforme à l'Accord sur l'OMC.

Article 14

Transferts de fonds

1. Chacune des Parties permet que tous les transferts se rapportant à un investissement visé soient effectués librement et sans délai vers son territoire et à partir de celui-ci. Seront compris dans ces transferts :

- a) les contributions aux capitaux;
- b) les bénéfices, dividendes, intérêts, gains en capital, paiements de redevances, frais de gestion, frais d'assistance technique et autres frais, ainsi que les bénéfices en nature et autres sommes provenant de l'investissement;
- c) le produit de la vente de la totalité ou d'une partie de l'investissement visé, ou de la liquidation partielle ou totale de celui-ci;
- d) les paiements faits en application d'un contrat passé par l'investisseur ou l'investissement visé, notamment d'un accord de prêt;
- e) les paiements faits en application des articles 12 et 13; et
- f) les paiements découlant de la section C.

2. Chacune des parties permet que les transferts relatifs à un investissement visé soient faits dans la monnaie convertible utilisée à l'origine pour l'investissement du capital ou dans toute autre monnaie convertible dont conviennent l'investisseur et la partie concernée. À moins d'entente contraire avec l'investisseur, les transferts sont effectués au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, une Partie pourra empêcher un transfert par le fait de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi des ses lois concernant :

- a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers;
- b) l'émission, le négoce ou le commerce de valeurs mobilières;
- c) les infractions criminelles ou pénales;
- d) les rapports sur les transferts de devises ou d'autres instruments monétaires; ou

e) l'exécution des jugements rendus dans des instances judiciaires ou similaires.

4. Aucune des Parties ne peut obliger ses investisseurs à transférer, ni pénaliser ses investisseurs qui omettent de transférer, le revenu, les gains, les bénéfices ou autres sommes provenant d'investissements effectués sur le territoire de l'autre Partie ou attribuables à tels investissements.

5. Le paragraphe 4 n'a pas pour effet d'empêcher une Partie d'imposer une mesure au moyen de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses lois concernant les sujets énumérés aux alinéas a) à e) du paragraphe 3.

6. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1, 2 et 4, et sans que soit limitée l'applicabilité du paragraphe 5, une Partie pourra empêcher ou restreindre les transferts effectués par une institution financière à une filiale de cette institution ou à une personne liée à cette institution, ou pour leur compte, au moyen de l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de mesures relatives au maintien de la sécurité, la solidité, l'intégrité et la responsabilité des institutions financières.

7. Nonobstant le paragraphe 1, une Partie pourra restreindre les transferts des gains en nature dans les cas où elle pourrait par ailleurs restreindre de tels transferts aux termes de l'Accord sur l'OMC et selon les dispositions du paragraphe 3.

Article 15

Subrogation

1. Si une Partie ou l'un de ses organismes fait un paiement à l'un de ses investisseurs en application d'une garantie ou d'un contrat d'assurance consentis par elle relativement à un investissement, l'autre Partie reconnaît la validité de la subrogation de cette Partie ou de son organisme à l'égard de tout droit ou titre de l'investisseur.

2. Une Partie ou l'un de ses organismes qui est subrogé aux droits d'un investisseur conformément au paragraphe 1 du présent article jouit en toutes circonstances des mêmes droits que l'investisseur relativement à l'investissement. Les droits en question pourront être exercés par la Partie ou son organisme, ou par l'investisseur si la Partie ou l'organisme l'y autorise.

Article 16

Mesures fiscales

1. Sauf de la façon prévue au présent article, aucune disposition du présent accord ne s'applique aux mesures fiscales. Il est entendu qu'aucune disposition du présent accord n'a pour effet de modifier les droits et obligations des Parties aux termes de la convention fiscale. En cas d'incompatibilité entre les dispositions du présent accord et celles d'une convention fiscale, les dispositions de la convention fiscale s'appliquent dans la mesure de cette incompatibilité.

2. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet d'exiger d'une Partie qu'elle fournisse des renseignements ou qu'elle donne accès à des renseignements dont la divulgation serait contraire à son droit applicable en matière de protection des renseignements relatifs aux affaires fiscales d'un contribuable.

3. Une plainte d'un investisseur selon laquelle une mesure fiscale d'une Partie contrevient à un accord intervenu entre les autorités gouvernementales centrales d'une Partie et l'investisseur relativement à un investissement est considérée comme une plainte de violation du présent accord, à moins que les autorités fiscales des Parties, au plus tard six mois après avoir reçu avis de l'intention de l'investisseur de soumettre la plainte à l'arbitrage, n'arrivent ensemble à la conclusion que la mesure ne contrevient pas à cet accord. L'investisseur doit, en même temps qu'il donne l'avis prévu à l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), soumettre aux autorités fiscales des Parties, à des fins de détermination, la question de savoir si la mesure fiscale contrevient à un accord.

4. Les dispositions de l'article 13 s'appliquent à des mesures fiscales, à moins que les autorités fiscales des Parties, au plus tard six mois après avoir reçu avis d'un investisseur qu'il conteste une mesure fiscale, n'arrivent ensemble à la conclusion que la mesure fiscale en question équivaut à une expropriation. L'investisseur, en même temps qu'il donne l'avis prévu à l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), soumet aux autorités fiscales des Parties, à des fins de détermination, la question de savoir si la mesure fiscale équivaut à une expropriation.

5. Si les autorités fiscales des Parties n'arrivent pas à la même conclusion, comme il est prévu qu'elles doivent le faire aux paragraphes 3 et 4 du présent article, dans un délai de six mois après avoir été avisées conformément aux dispositions du présent article, l'investisseur pourra soumettre à l'arbitrage prévu à la section C une plainte relative à une mesure fiscale visée par le présent accord.

6. Si, dans le cadre d'une plainte déposée par un investisseur d'une Partie ou d'un différend entre les Parties, la question de savoir si une mesure d'une Partie constitue une mesure fiscale est soulevée, une Partie pourra soumettre la question aux autorités fiscales des Parties. Les autorités fiscales tranchent la question, et leur décision lie tout tribunal constitué en vertu de la section C ou tout groupe spécial arbitral constitué en vertu de la section D, selon le cas, ayant compétence pour régler la plainte ou le différend. Le tribunal ou le groupe spécial arbitral saisi de la plainte ou du différend ne peut pas procéder tant qu'il n'a pas reçu la décision des autorités fiscales. Si les autorités fiscales n'ont pas tranché la question dans les six mois suivant la date où elles en ont été

saisies, le tribunal ou le groupe spécial arbitral tranche la question à la place des autorités fiscales.

7. À moins d'un avis contraire donné par écrit à l'autre Partie, les autorités fiscales mentionnées au présent article sont les suivantes :

a) pour le Canada : le sous-ministre adjoint, Politique de l'impôt, ministère des Finances du Canada;

b) pour _____ : .

Article 17

Mesures prudentielles

1. Si un investisseur soumet une plainte à l'arbitrage en vertu de la section C, et que la Partie contestante invoque les paragraphes 10(2) ou 14(6), le tribunal établi en application des articles 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) ou 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), à la demande de cette Partie, demande aux Parties de rédiger un rapport écrit sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, lesdits paragraphes constituent un moyen de défense valablement opposable à la plainte de l'investisseur. Le tribunal ne pourra pas procéder tant qu'il n'a pas reçu le rapport exigé par le présent article.

2. Après avoir reçu une demande en vertu du paragraphe 1, les Parties, en application de la section D, rédigent un rapport, soit sur la base d'un accord intervenu après la tenue de consultations, soit au moyen de la constitution d'un groupe spécial arbitral. Les consultations s'effectuent entre les autorités des Parties en matière de services financiers. Le rapport est remis au tribunal et lie ce dernier.

3. Lorsque aucune demande de constitution d'un groupe spécial arbitral en application du paragraphe 2 n'a été faite dans les 70 jours suivant la demande de rapport par le tribunal et qu'il n'a reçu aucun rapport, le tribunal pourra statuer sur l'affaire.

Article 18

Refus d'accorder des avantages

1. Une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que la Partie qui refuse d'accorder les avantages adopte ou maintient, à l'égard de ladite non-Partie, des mesures qui interdisent les transactions avec ladite entreprise ou qui seraient enfreintes ou contournées si les avantages du présent accord étaient accordés à cette entreprise ou à ses investissements.

2. Sous réserve d'une notification et d'une consultation préalables conformément à l'article 19, une Partie pourra refuser d'accorder les avantages du présent accord à un investisseur de l'autre Partie

qui est une entreprise de celle-ci et aux investissements de cet investisseur si des investisseurs d'une non-Partie possèdent ou contrôlent cette entreprise et que l'entreprise ne mène aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie où elle est légalement constituée ou organisée.

Article 19

Transparence

1. Chacune des Parties veille, dans la mesure du possible, à ce que ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant toute question visée par le présent accord soient publiés dans les moindres délais ou autrement rendus accessibles de manière à permettre aux personnes intéressées et à l'autre Partie d'en prendre connaissance.

2. Dans la mesure du possible, chaque Partie :

a) publie à l'avance toute mesure du genre qu'elle se propose d'adopter; et

b) ménage aux personnes intéressées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de commenter cette mesure.

3. À la demande d'une Partie, il y a échange de renseignements sur les mesures de l'autre Partie qui seront susceptibles d'influer sur les investissements visés.

Annexe B.13(1)

Expropriation

Les Parties confirment qu'elles partagent l'opinion suivante :

a) L'expropriation indirecte résulte d'une mesure ou d'un train de mesures d'une Partie qui a un effet équivalent à l'expropriation directe sans transfert formel de titre ou confiscation pure et simple ;

b) Pour établir si une mesure ou un train de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, seront pris en considération :

i) les effets économiques de la mesure ou du train de mesures, encore que le fait que la mesure ou le train de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;

ii) la mesure dans laquelle la mesure ou le train de mesures porte atteinte aux anticipations définies et raisonnables fondées sur l'investissement ;

iii) la nature de la mesure ou du train de mesures ;

c) Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de

protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement.

Section C – Règlement des différends entre un investisseur et la Partie hôte

Article 20

Objet

Sans préjudice des droits et obligations des Parties aux termes de la section D (Procédures de règlement des différends entre États), la présente section établit un mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement.

Article 21

Limitation des plaintes en ce qui concerne les institutions financières

En ce qui concerne :

- a) les institutions financières d'une Partie; et
- b) les investisseurs d'une Partie, et les investissements de ces investisseurs, dans les institutions financières situées sur le territoire de l'autre Partie,

la présente section ne s'appliquera qu'à l'égard des plaintes de violation par l'autre Partie d'une des obligations prévues aux articles 11, 13, 14 ou 18.

Article 22

Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre

1. Un investisseur d'une Partie pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant des articles 2 à 5, 6(1), 6(2), 7, 8(3), 8(4) ou 9 à 18, et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

2. Un investisseur ne peut soumettre une plainte à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

Article 23

Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise

1. Un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, pourra soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant des articles 2 à 5, 6(1), 6(2), 7, 8(3), 8(4) ou 9 à 18, et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

2. Un investisseur ne pourra soumettre une plainte à l'arbitrage au nom d'une entreprise décrite au paragraphe 1 si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi.

3. Lorsqu'un investisseur déposera une plainte en vertu du présent article, et qu'il déposera aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise déposera, en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre), une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte déposée en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs plaintes seront soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage), les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 32 (Jonction), à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés.

4. Un investissement ne pourra déposer une plainte en vertu de la présente section.

Article 24

Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage

1. L'investisseur contestant signifie à la Partie contestante notification écrite de son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et ce, au moins 90 jours avant le dépôt de sa plainte. Ladite notification précise :

- a) le nom et l'adresse de l'investisseur contestant et, lorsque la plainte est déposée en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), le nom et l'adresse de l'entreprise;
- b) les dispositions du présent accord qui sont présumées avoir été violées, et toute autre disposition pertinente;
- c) les questions en litige et les faits sur lesquels repose la plainte, y compris les mesures contestées; et
- d) le redressement demandé et le montant approximatif des dommages-intérêts réclamés.

2. L'investisseur contestant fournit également, en même temps que la notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, une preuve établissant qu'il est un investisseur de l'autre Partie.

Article 25

Règlement d'une plainte par la consultation

1. Avant que l'investisseur contestant puisse soumettre une plainte à l'arbitrage, les parties contestantes tiennent des consultations pour essayer de régler la plainte à l'amiable.

2. Les consultations se tiennent dans les 30 jours du dépôt de la notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage, à moins que les parties contestantes n'en aient convenu autrement.

3. Le lieu de la consultation est la capitale de la Partie contestante, à moins que les parties contestantes n'en aient convenu autrement.

Article 26

Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage

1. L'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

- a) il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord;
- b) au moins six mois se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte;
- c) pas plus de trois ans ne se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi;
- d) il a signifié la notification d'intention requise en vertu de l'article 24 (Notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), conformément aux conditions prévues dans cet article, au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte;

e) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie contestante.

2. L'investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) uniquement si les conditions suivantes sont réunies :

- a) lui-même et l'entreprise consentent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord;
- b) au moins six mois se sont écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte;
- c) pas plus de trois ans ne se sont écoulés depuis la date à laquelle l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte ou du dommage subi;
- d) l'investisseur a signifié la notification d'intention requise en vertu de l'article 24 (Notification de

l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage), conformément aux conditions prévues dans cet article, au moins 90 jours avant le dépôt de la plainte;

e) lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie contestante.

3. Le consentement et la renonciation requis par le présent article prennent la forme prévue à l'annexe C.26, sont remis à la Partie contestante et sont inclus dans la soumission de la plainte à l'arbitrage.

4. Une renonciation de l'entreprise selon l'alinéa 1e) ou 2e) n'est pas exigée seulement lorsqu'une Partie contestante a privé un investisseur contestant du contrôle d'une entreprise.

5. L'omission de remplir l'une ou l'autre des conditions préalables prévues aux paragraphes 1 à 3 annule le consentement donné par les Parties en vertu de l'article 28 (Consentement à l'arbitrage).

Article 27

Soumission d'une plainte à l'arbitrage

1. Un investisseur contestant qui a rempli les conditions mentionnées à l'article 26 (Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage) pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

- a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie dont relève l'investisseur contestant soient parties à la Convention;
- b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie dont relève l'investisseur contestant, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI;
- c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI; ou
- d) de tout autre ensemble de règles désigné par la Commission et applicable aux arbitrages en vertu du présent article.

2. La Commission a le pouvoir d'édicter des règles complétant les règles d'arbitrage applicables, et elle peut modifier les règles qu'elle a elle-même édictées. Ces règles lient le tribunal établi en vertu de la présente section, ainsi que les arbitres le constituant.

3. Les règles d'arbitrage applicables régissent l'arbitrage, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section, et complétées par

les règles édictées par la Commission en vertu du présent article.

Article 28 **Consentement à l'arbitrage**

1. Chacune des Parties consent à ce qu'une plainte soit soumise à l'arbitrage fait conformément aux procédures établies dans le présent accord.
2. Le consentement donné au paragraphe 1 et la soumission d'une plainte à l'arbitrage par un investisseur contestant satisfont à la nécessité :
 - a) d'un consentement écrit des Parties en vertu du chapitre II de la Convention CIRDI (Compétence du Centre) et du Règlement du mécanisme supplémentaire;
 - b) d'une convention écrite en vertu de l'article II de la Convention de New York; et
 - [(c) d'un accord en vertu de l'article I de la Convention interaméricaine.]

Article 29 **Arbitres**

1. Sauf pour un tribunal établi en vertu de l'article 32 (Jonction), et à moins que les parties contestantes n'en conviennent autrement, le tribunal est formé de trois arbitres, chacune des parties contestantes en nommant un, le troisième, qui est l'arbitre en chef, étant nommé par entente entre les parties contestantes.
2. Les arbitres :
 - a) ont une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement de différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords relatifs à des investissements internationaux;
 - b) sont indépendants, et n'ont d'attaches avec aucune Partie ou partie contestante ni n'en recevoir d'instructions; et
 - c) se conforment à toute code de conduite applicable au règlement des différends qui a été convenu par la Commission.
3. Lorsqu'un investisseur contestant fera valoir qu'un différend concerne une mesure adoptée ou maintenue par une Partie à l'égard des institutions financières de l'autre Partie, ou des investisseurs de l'autre Partie et des investissements de ces investisseurs, dans les institutions financières situées sur le territoire de la Partie, alors
 - a) si les parties contestantes sont d'accord, les arbitres doivent, en plus des critères énoncés au paragraphe 2, avoir une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit et de la pratique se rapportant aux services financiers, et éventuellement de la réglementation des institutions financières; ou
 - b) si les parties contestantes ne sont pas d'accord,

(i) chacune des parties contestantes pourra choisir des arbitres qui répondent aux exigences énoncées à l'alinéa a), et

(ii) si la Partie contre laquelle est déposée une plainte invoque le paragraphe 14(6) ou l'article 17, le président du tribunal doit satisfaire aux exigences énoncées à l'alinéa a).

4. La rémunération des arbitres devrait faire l'objet d'une entente entre les parties contestantes. À défaut d'entente à ce sujet avant la constitution du tribunal, les arbitres sont rémunérés suivant le taux courant prévu par le CIRDI.

5. La Commission pourra établir les règles applicables aux dépenses engagées par le tribunal.

Article 30 **Constitution d'un tribunal lorsqu'une Partie n'a pas nommé d'arbitre ou que les parties contestantes sont incapables de s'entendre sur un arbitre en chef**

1. Le secrétaire général est l'autorité responsable de la nomination des arbitres en vertu de la présente section.

2. Si aucun tribunal, autre qu'un tribunal constitué en vertu de l'article 32 (Jonction), n'a été constitué dans les 90 jours suivant la date à laquelle la plainte a été soumise à l'arbitrage, le secrétaire général, à la demande de l'une ou l'autre des parties contestantes, nomme, à sa discrétion, l'arbitre ou les arbitres non encore nommés, sous réserve que l'arbitre en chef ne soit pas un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties.

Article 31 **Entente quant à la nomination des arbitres**

Aux fins de l'article 39 de la Convention CIRDI et de l'article 7 de l'annexe C du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, et sans préjudice de toute objection à l'égard d'un arbitre fondée sur un motif autre que la citoyenneté et la résidence permanente :

a) la Partie contestante acceptera la nomination de chaque membre d'un tribunal établi en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI;

b) un investisseur contestant visé par l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, ou donner suite à une plainte, en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI uniquement s'il accepte par écrit la nomination de chaque membre du tribunal; et

c) un investisseur contestant visé par le paragraphe 23(1) (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, ou donner suite à une plainte, en vertu de la Convention CIRDI ou du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI uniquement si lui-même et l'entreprise

acceptent par écrit la nomination de chaque membre du tribunal.

Article 32

Jonction

1. Le tribunal établi en vertu du présent article est constitué selon les Règles d'arbitrage de la CNUDCI, et mène ses procédures conformément aux dites Règles, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section.

2. Le tribunal établi en vertu du présent article qui est convaincu que des plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) portent sur un même point de droit ou de fait pourra, dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes, et après audition des parties contestantes, par ordonnance :

a) se saisir de ces plaintes et en connaître simultanément, en totalité ou en partie; ou

b) se saisir de l'une ou de plusieurs des plaintes dont le règlement, selon le tribunal, faciliterait le règlement des autres, et en connaître.

3. Une partie contestante qui cherche à obtenir une ordonnance visée au paragraphe 2 demande au secrétaire général d'instituer un tribunal, et indique dans la demande :

a) le nom de la Partie contestante ou des investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée;

b) la nature de l'ordonnance demandée; et

c) les motifs pour lesquels l'ordonnance est demandée.

4. La partie contestante signifie une copie de la demande à la Partie contestante ou aux investisseurs contestants contre lesquels l'ordonnance est demandée.

5. Dans les 60 jours de la réception de la demande, le secrétaire général institue un tribunal comprenant trois arbitres. Le secrétaire général choisit, dans le Groupe d'arbitres du CIRDI, un arbitre en chef qui n'est un ressortissant d'aucune des Parties. Il choisit les deux autres membres dans le Groupe d'arbitres du CIRDI. Si aucun arbitre de ce groupe n'est disponible, le choix de ces membres est à sa discrétion. L'un des membres doit être un ressortissant de la Partie contestante et l'autre, un ressortissant de la Partie dont relèvent les investisseurs contestants.

6. L'investisseur contestant qui a soumis une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) et qui n'a pas été nommé dans une demande présentée en vertu du paragraphe 3 pourra demander par écrit au tribunal établi en vertu du présent article d'être inclus dans une ordonnance prise en vertu du paragraphe 2, et précise dans sa demande :

a) son nom et son adresse;

b) la nature de l'ordonnance demandée; et

c) les motifs pour lesquels l'ordonnance est demandée.

7. L'investisseur contestant visé au paragraphe 6 signifie une copie de sa demande aux parties contestantes nommées dans la demande présentée en vertu du paragraphe 3.

8. Le tribunal institué en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) n'a pas compétence pour régler une plainte, en totalité ou en partie, si un tribunal institué en vertu du présent article connaît déjà d'une telle plainte.

9. À la demande d'une partie contestante, le tribunal institué en vertu du présent article pourra, en attendant sa décision en vertu du paragraphe 2, ordonner que les procédures d'un tribunal institué en vertu de l'article 27 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) soient suspendues, à moins que celui-ci ne les ait déjà ajournées.

Article 33

Notification à la Partie non contestante

Une Partie contestante signifie à l'autre Partie une copie de la notification d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et certains autres documents, comme l'avis d'arbitrage et la requête, au plus tard 30 jours après la date à laquelle ces documents lui ont été signifiés.

Article 34

Documents

1. La Partie non contestante a le droit de recevoir, à ses frais, de la Partie contestante, une copie :

a) de la preuve qui a été présentée au tribunal;

b) de tous les actes de procédure produits dans le cadre de l'arbitrage;

c) des exposés écrits des parties contestantes.

2. La Partie recevant des renseignements en vertu du paragraphe 1 traite ces renseignements comme si elle était une Partie contestante.

Article 35

Participation de la Partie non contestante

1. Après notification écrite donnée aux parties contestantes, la Partie non contestante pourra présenter des observations au tribunal sur les questions d'interprétation du présent accord.

2. La Partie non contestante a le droit d'assister à toute audience tenue en vertu de la présente section, qu'elle présente ou non des observations à un tribunal.

Article 36

Lieu de l'arbitrage

Sauf entente contraire entre les parties contestantes, un tribunal effectue l'arbitrage sur le territoire d'une Partie qui est partie à la Convention de New York, choisie conformément :

a) au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI si l'arbitrage est régi par ce Règlement ou par la Convention CIRDI; ou

b) aux Règles d'arbitrage de la CNUDCI si l'arbitrage est régi par ces Règles.

Article 37

Objections préliminaires relatives à la compétence ou à l'admissibilité

Lorsque des questions relatives à la compétence ou à l'admissibilité sont présentées sous forme d'objections préliminaires, un tribunal, dans la mesure du possible, tranche la question avant de se pencher sur le bien-fondé de la plainte.

Article 38

Accès du public aux audiences et aux documents

1. Les audiences tenues en vertu de la présente section [libellé type minimum : dans la mesure du possible] sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection de renseignements confidentiels, y compris les renseignements confidentiels commerciaux, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences.

2. Le tribunal établit, en collaboration avec les parties contestantes, des procédures destinées à assurer la protection des renseignements confidentiels et des arrangements logistiques appropriés pour les audiences ouvertes au public.

3. À moins que les parties contestantes n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des renseignements confidentiels.

5. Une partie contestante pourra communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaires pour la préparation de sa cause, à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

6. Les Parties pourront communiquer aux représentants de leurs gouvernements fédéraux et infranationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les renseignements confidentiels que contiennent ces documents.

7. Conformément aux paragraphes 10(4) et 10(5), le tribunal n'exige pas d'une Partie qu'elle communique des renseignements ou donne accès à des renseignements dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant les documents confidentiels du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime

contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité.

8. Si une ordonnance de confidentialité du tribunal a considéré comme confidentiel un renseignement auquel le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une Partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette Partie l'emporte. Cependant, chaque Partie s'efforce d'appliquer son droit en matière d'accès à l'information de façon à protéger les renseignements considérés comme confidentiels par le tribunal.

Article 39

Observations présentées par une partie non contestante

1. Toute partie non contestante qui est une personne d'une Partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une Partie, et qui désire présenter une observation écrite au tribunal (la « demanderesse ») fait une demande en ce sens au tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande.

2. La demanderesse signifie la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante ainsi que l'observation elle-même à toutes les parties contestantes et au tribunal.

3. Le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes peuvent faire des commentaires sur la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante.

4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante, le tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle :

a) l'observation présentée par la partie non contestante est susceptible d'aider le tribunal à trancher une question de fait ou de droit que soulève l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de ceux des parties contestantes;

b) l'observation de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;

c) la partie non contestante a un intérêt substantiel dans l'arbitrage; et

d) l'arbitrage soulève une question d'intérêt public.

5. Le tribunal veille à ce que :

a) l'observation de la partie non contestante ne perturbe pas la procédure d'arbitrage; et

b) cette observation n'impose pas un fardeau trop lourd ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties contestantes.

6. Le tribunal décide s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante. Si une telle autorisation est accordée, le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes pourront répondre

par écrit à l'observation de la partie non contestante. À cette date, la Partie non contestante pourra, conformément à l'article 34 (Participation de la Partie non contestante), aborder toute question d'interprétation du présent accord soulevée dans l'observation de la partie non contestante.

7. Le tribunal qui a accordé une autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante n'est pas tenu d'examiner cette observation au cours de l'arbitrage, pas plus que la partie non contestante qui a présenté l'observation n'est autorisée à présenter d'autres observations au cours de l'arbitrage.

8. L'accès aux audiences et aux documents produits par les parties non contestantes qui présentent des demandes au moyen de cette procédure est régi par les dispositions relatives à l'accès du public aux audiences et aux documents contenues dans l'article 38 (Accès du public aux audiences et aux documents).

Article 40

Droit applicable

1. Un tribunal constitué en vertu de la présente section tranche les questions en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international.

2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord lie un tribunal constitué en vertu de la présente section, et toute sentence rendue en application de la présente section doit être compatible avec cette interprétation.

Article 41

Interprétation des annexes

1. Lorsqu'une Partie contestante affirme en défense que la mesure dont il est allégué qu'elle constitue un manquement relève d'une réserve ou d'une exception visée aux Annexes I, II ou III, le tribunal demande, sur demande de ladite Partie, l'interprétation de la Commission sur ce point. La Commission présente, par écrit, dans les 60 jours suivant la signification de la demande son interprétation au tribunal.

2. Conformément au paragraphe 40(2) (Droit applicable), une interprétation de la Commission présentée en application du paragraphe 1 lie le tribunal. Si la Commission n'a présenté pas d'interprétation dans les 60 jours, le tribunal tranche lui-même la question.

Article 42

Rapports d'experts

Sans préjudice de la nomination d'autres types d'experts lorsque les règles d'arbitrage applicables l'autorisent, le tribunal pourra, à la demande d'une partie contestante ou, à moins que les parties contestantes ne s'y opposent, de sa propre initiative, nommer un ou plusieurs experts qui seront chargés

de lui présenter un rapport écrit sur tout élément factuel se rapportant aux questions d'environnement, de santé, de sécurité ou autres questions de nature scientifique soulevées par une partie contestante au cours d'une procédure, sous réserve des modalités et conditions arrêtées par les parties contestantes.

Article 43

Mesures provisoires de protection

Le tribunal pourra prendre une mesure provisoire de protection pour préserver les droits d'une partie contestante, ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en la possession ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne pourra cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire l'application de la mesure présumée constituer un manquement visé aux articles 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) ou 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise). Aux fins du présent paragraphe, une ordonnance comprendra une recommandation.

Article 44

Sentence finale

1. Lorsqu'un tribunal rend une sentence finale à l'encontre de la Partie contestante, il pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison :

- a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable;
- b) la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance dispose que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en lieu et place de la restitution.

Le tribunal pourra également attribuer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables.

2. Sous réserve du paragraphe 1, lorsqu'une plainte est déposée aux termes du paragraphe 23(1) (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) :

- a) l'ordonnance de paiement de dommages pécuniaires portera que la somme et tout intérêt applicable devront être payés à l'entreprise;
- b) l'ordonnance de restitution de biens portera que la restitution devra être faite à l'entreprise; et
- c) la sentence portera qu'elle est rendue sans préjudice du droit que quiconque pourrait avoir au redressement en vertu de la législation nationale applicable.

3. Le tribunal ne pourra ordonner à une Partie contestante de payer des dommages-intérêts punitifs.

Article 45

Caractère définitif et exécution d'une sentence

- 1. Une sentence rendue par un tribunal n'a force obligatoire qu'entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.
- 2. Sous réserve du paragraphe 3 et de la procédure d'examen applicable dans le cas d'une sentence provisoire, une partie contestante doit se conformer sans délai à une sentence finale.
- 3. Une partie contestante ne pourra demander l'exécution d'une sentence finale :
 - a) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu de la Convention CIRDI, que si :
 - (i) 120 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a demandé la révision ou l'annulation de la sentence, ou
 - (ii) la procédure de révision ou d'annulation a été complétée; et
 - b) dans le cas d'une sentence finale rendue en vertu du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, que si :
 - (i) 90 jours se sont écoulés depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et qu'aucune partie contestante n'a engagé de procédure de révision ou d'annulation de la sentence, ou
 - (ii) un tribunal judiciaire a rejeté ou accueilli sans appel une demande de révision ou d'annulation de la sentence.
- 4. Chacune des Parties assure l'exécution de la sentence sur son territoire.
- 5. Si la Partie contestante néglige de se conformer à une sentence finale, la Commission, sur réception d'une demande de la Partie dont relève l'investisseur contestant, constitue un groupe spécial arbitral en vertu de la section D (Procédures de règlement des différends entre États). La Partie requérante pourra solliciter dans cette procédure :
 - a) une décision portant que l'omission de se conformer à la sentence finale est incompatible avec les obligations prévues au présent accord; et
 - b) une recommandation demandant que la Partie contestante se conforme à la sentence finale.
- 6. Un investisseur contestant pourra demander l'exécution d'une sentence arbitrale en vertu de la Convention CIRDI, [ou] de la Convention de New York [ou de la Convention interaméricaine], que la procédure ait ou non été prise en vertu du paragraphe 5.
- 7. Une plainte qui est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section est réputée découler d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'article I de la Convention de New York et de l'article I de la Convention interaméricaine.

**Article 46
Généralités**

Moment où une plainte est soumise à l'arbitrage

- 1. Une plainte est soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section lorsque :
 - a) la demande d'arbitrage formulée en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention CIRDI est reçue par le secrétaire général;
 - b) l'avis d'arbitrage donné en vertu de l'article 2 de l'annexe C du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI est reçu par le secrétaire général; ou
 - c) l'avis d'arbitrage donné en vertu des Règles d'arbitrage de la CNUDCI est reçu par la Partie contestante.

Signification des documents

2. La signification des notifications, avis et autres documents à une Partie est effectuée à l'endroit indiqué ci-dessous pour cette Partie.

Pour le Canada :

.....

Pour _____ :

.....

Sommes reçues en application de contrats d'assurance ou de garantie

3. Dans une procédure d'arbitrage régie par la présente section, une Partie contestante ne peut alléguer, à des fins de défense, de demande reconventionnelle, de compensation ou autres, que l'investisseur contestant a reçu ou recevra, en application d'un contrat d'assurance ou de garantie, une indemnité ou une autre forme de réparation pour la totalité ou une partie des dommages allégués.

**Article 47
Exclusions**

Les dispositions de la présente section et de la section D (Procédures de règlement des différends entre États) sur le règlement des différends ne s'appliquent pas aux questions mentionnées à l'annexe IV (Exclusions du règlement des différends).

Annexe C.26

Renonciations et consentements types requis en vertu de l'article 26 du présent accord

Afin de faciliter la présentation des renonciations requises en vertu de l'article 26 du présent accord, et pour assurer la bonne marche des procédures de règlement des différends énoncées à la section C, les renonciations types suivantes sont utilisées, selon le type de plainte.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 22 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre) doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci.

Lorsque la plainte porte sur des pertes ou des dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une

personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, la formule 1 ou la formule 2 doit être accompagnée de la formule 3.

Les plaintes déposées en vertu de l'article 23 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise) doivent être accompagnées soit de la formule 1, si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie, soit de la formule 2, si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci, et de la formule 4.

Formule 1

Consentement et renonciation par un investisseur d'une Partie qui déposera une plainte en vertu de l'article 22 ou de l'article 23 (si l'investisseur est un ressortissant d'une Partie) de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).

Je, (Nom de l'investisseur) , consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce à mon droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer un manquement mentionné à l'article 22 ou à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante) .

(Doit être signé et daté.)

Formule 2

Consentement et renonciation par un investisseur d'une Partie qui dépose une plainte en vertu de l'article 22 ou de l'article 23 (si l'investisseur est une Partie, une entreprise d'État ou une entreprise de celle-ci) de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).

Je, (Nom de la partie requérante) , au nom de (Nom de l'investisseur) , consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce au droit de (Nom de l'investisseur) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer un manquement mentionné à l'article 22 ou à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le

paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante) . Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer les présents consentement et renonciation au nom de (Nom de l'investisseur).

(Doit être signé et daté.)

Formule 3

Renonciation par une entreprise qui est visée par une plainte déposée par un investisseur d'une Partie en vertu de l'article 22 de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).

Je, (Nom de la partie requérante) , renonce au droit de (Nom de l'entreprise) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer, selon (Nom de l'investisseur) , un manquement mentionné à l'article 22, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante). Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer la présente renonciation au nom de (Nom de l'entreprise).

(Doit être signé et daté.)

Formule 4

Renonciation et consentement par une entreprise qui est visée par une plainte déposée par un investisseur d'une Partie en vertu de l'article 23 de l'Accord intervenu entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements au date du (date de l'entrée en vigueur).

Je, (Nom de la partie requérante), au nom de (Nom de l'entreprise), consens à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord, et renonce au droit de (Nom de l'entreprise) d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties au présent accord, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de (Nom de la Partie contestante) présumée constituer, selon (Nom de l'investisseur) , un manquement mentionné à l'article 23, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne comportant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de (Nom de la Partie contestante). Je déclare solennellement être dûment autorisé à signer les

présents consentement et renonciation au nom de (Nom de l'entreprise).
(Doit être signé et daté.)

Annexe C.39

Observations présentées par des Parties non contestantes

1. La demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante :

- a) est faite par écrit, datée et signée par la personne qui la présente, et doit indiquer l'adresse de la demanderesse et les autres renseignements permettant de la contacter;
- b) ne dépasse pas 5 pages dactylographiées;
- c) décrit la demanderesse en indiquant, notamment, lorsque cela est pertinent, sa composition et son statut juridique (*p. ex.*, une compagnie, une association commerciale ou autre organisation non gouvernementale), ses objectifs généraux, la nature de ses activités, et le nom de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement la demanderesse);
- d) indique si la demanderesse est affiliée ou non, directement ou indirectement, à une partie contestante;
- e) nomme tout gouvernement et toute personne ou organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation de la demande;
- f) précise la nature de l'intérêt de la demanderesse dans l'arbitrage;
- g) énonce les questions spécifiques de fait ou de droit en litige dans l'arbitrage que la demanderesse a abordées dans son observation écrite;
- h) explique, en se référant aux facteurs mentionnés au paragraphe 39(4), pourquoi le tribunal devrait accepter l'observation; et
- i) est rédigée dans une langue employée dans l'arbitrage.

2. L'observation présentée par une partie non contestante :

- a) est datée et signée par la personne qui la présente;
- b) est concise, et ne dépasse en aucun cas 20 pages dactylographiées, y compris les appendices;
- c) contient un énoncé précis à l'appui de la position de la demanderesse sur les questions en litige; et
- d) n'aborde que les questions visées par le différend.

Section D – Procédures de règlement des différends entre États

Article 48

Différends entre les Parties

1. Chacune des Parties pourra demander la tenue de consultations au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent accord. L'autre Partie examine la demande avec compréhension. Tout

différend entre les Parties se rapportant à l'interprétation ou à l'application du présent accord est, dans la mesure du possible, réglé à l'amiable par la tenue de consultations.

2. Si le différend ne peut être réglé par la tenue de consultations, il est, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, soumis à un groupe spécial arbitral.

3. Un groupe spécial arbitral est constitué pour chaque différend. Dans les deux mois suivant la réception, par voie diplomatique, de la demande d'arbitrage, chacune des Parties nomme un membre du groupe spécial arbitral. Les deux membres choisissent ensuite un ressortissant d'un État tiers qui, sur approbation des deux Parties, est nommé président du groupe spécial arbitral. Le président est nommé dans les deux mois de la date de nomination des deux autres membres du groupe spécial arbitral.

4. Si, dans les délais prévus au paragraphe 3 du présent article, les nominations requises n'ont pas été faites, l'une ou l'autre des Parties pourra inviter le président de la Cour internationale de Justice à procéder aux nominations nécessaires. Si le président est un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, ou si, pour quelque autre raison, il ne peut s'acquitter de cette fonction, le vice-président est invité à procéder aux dites nominations. Si le vice-président est un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties, ou s'il ne peut s'acquitter de cette fonction, le juge de la Cour internationale de Justice qui a rang après lui et qui n'est pas un ressortissant de l'une ou l'autre des Parties est invité à procéder à ces nominations.

5. Les arbitres :

- a) ont une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement de différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords relatifs à des investissements internationaux;
- b) sont indépendants, et n'ont d'attaches avec aucune Partie ni n'en recevoir d'instructions; et
- c) se conforment à toute code de conduite applicable au règlement des différends qui a été convenu par la Commission.

6. Lorsqu'une Partie fera valoir qu'un différend concerne une mesure à l'égard des institutions financières, ou des investisseurs et des investissements de ces investisseurs dans des institutions financières, alors

- a) si les Parties contestantes sont d'accord, les arbitres doivent, en plus des critères énoncés au paragraphe 5, avoir une connaissance approfondie ou une bonne expérience du droit et de la pratique se rapportant aux services financiers, et éventuellement de la réglementation des institutions financières; ou
- b) si les Parties contestantes ne sont pas d'accord,

(i) chacune des Parties contestant pourra choisir des arbitres qui répondent aux exigences énoncées à l'alinéa a), et

(ii) si la Partie contre laquelle est déposée une plainte invoque le paragraphe 14(6) ou l'article 17, le président du tribunal doit satisfaire aux exigences énoncées à l'alinéa a).

7. Le groupe spécial arbitral est maître de sa procédure. Il rend sa décision à la majorité des voix. Cette décision lie les deux Parties. Sauf convention contraire, la décision du groupe spécial arbitral est rendue dans les six mois de la nomination du président conformément au paragraphe 3 ou 4 du présent article.

8. Chaque Partie assume les frais du membre du groupe spécial arbitral qu'elle a nommé, ainsi que les frais de sa représentation dans l'instance arbitrale; les Parties se partagent par moitié les frais relatifs au président et tous les autres frais engagés. Le groupe spécial arbitral pourra toutefois, dans sa décision, ordonner qu'un pourcentage plus élevé des frais soit supporté par l'une des deux Parties, et cette décision lie les deux Parties.

9. Les Parties s'entendent, dans les 60 jours de la décision du groupe spécial arbitral, sur la façon de régler leur différend. Cette entente donne suite, en principe, à la décision du groupe spécial. Si les Parties ne parviennent pas à s'entendre, la Partie qui a soumis le différend au groupe spécial a droit à une indemnisation ou peut suspendre une quantité d'avantages équivalant à la réparation accordée par le groupe spécial.

Section E – Dispositions finales

Article 49

Consultations

Une Partie pourra demander par écrit la tenue de consultations avec l'autre Partie relativement à toute mesure adoptée ou envisagée ou à toute autre question dont elle estime qu'elle pourrait affecter le fonctionnement du présent accord.

Article 50

Étendue des obligations

Les Parties veillent à ce que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, y compris, sauf disposition contraire, en ce qui concerne leur observation par les gouvernements infranationaux.

Article 51

Commission

1. Les Parties conviennent d'établir une commission, qui sera composée de représentants des Parties ayant rang ministériel ou de leurs délégués.

2. La Commission :

a) supervise la mise en œuvre du présent accord;

b) règle les différends qui peuvent survenir relativement à son interprétation ou à son application;

c) examine toute autre question susceptible d'influer sur l'application du présent accord;

d) adopte un Code de conduite à l'intention des arbitres.

3. La Commission pourra prendre, dans l'exercice de ses fonctions, toute autre disposition dont les Parties pourront convenir, y compris la modification du Code de conduite des arbitres.

4. La Commission établit ses règles et procédures.

Article 52

Application et entrée en vigueur

1. Les annexes jointes aux présentes font partie intégrante du présent accord.

2. Les Parties se notifient mutuellement par écrit l'accomplissement des formalités requises sur leur territoire pour l'entrée en vigueur du présent accord. Celui-ci entre en vigueur le jour de la seconde en date de ces notifications.

3. Le présent accord demeure en vigueur à moins que l'une ou l'autre des Parties ne notifie par écrit à l'autre Partie son intention de le dénoncer. La dénonciation du présent accord prend effet un an après la réception de l'avis de dénonciation par l'autre Partie. En ce qui concerne les investissements ou les engagements d'investissements antérieurs à la date de prise d'effet de la dénonciation du présent accord, les dispositions des articles 1 à 51, inclusivement, et des paragraphes 1 et 2 du présent article, demeurent en vigueur pendant une période de quinze ans.

ANNEXE I

Réserves aux mesures existantes et engagements de libéralisation

Liste du Canada.....

Liste de l'autre Partie.....

ANNEXE II

Réserves aux mesures ultérieures

Liste du Canada.....

Liste de l'autre Partie.....

ANNEXE III

Exceptions au traitement de la nation la plus favorisée

1. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé en vertu de tous les accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux en vigueur à la date d'entrée en vigueur du présent accord ou signés avant celle-ci.

2. L'article 4 ne s'applique pas au traitement accordé par une Partie conformément à tout accord bilatéral ou multilatéral, actuel ou futur :

a) qui établit, renforce ou élargit une zone de libre-échange ou une union douanière;

b) qui se rapporte :

(i) à l'aviation;

(ii) aux pêches;

(iii) aux affaires maritimes, y compris au sauvetage.

3. Il est entendu que l'article 4 ne s'applique pas à un programme d'aide à l'étranger, actuel ou futur, visant à promouvoir le développement économique, que ce soit au titre d'un accord bilatéral ou en application d'un arrangement ou d'un accord multilatéral, tel que l'Accord de l'OCDE sur les crédits à l'exportation.

Annexe IV

Exclusions du règlement des différends

1. Une décision prise par le Canada, à la suite d'un examen mené en vertu de la *Loi sur l'investissement Canada* en vue de déterminer s'il y a ou non lieu d'autoriser une acquisition sujette à examen, n'est pas assujettie aux dispositions sur le règlement des différends des sections C ou D du présent accord.

2. Les questions relatives à l'application ou à l'exécution de la *Loi sur la concurrence* du Canada et des règlements, politiques et pratiques s'y rapportant, ou de toute loi lui ayant succédé et des règlements, politiques s'y rapportant, et toute décision rendue en vertu de la *Loi sur la concurrence* dans toute cause ou tout type de cause par le Commissaire de la concurrence, le procureur général du Canada, le Tribunal de la concurrence, le ministre responsable ou par les tribunaux, ne sont pas assujetties aux dispositions sur le règlement des différends des sections C ou D du présent accord.

**AGREEMENT BETWEEN THE
GOVERNMENT OF THE PEOPLE'S
REPUBLIC OF CHINA AND THE
GOVERNMENT OF — ON THE
PROMOTION AND PROTECTION OF
INVESTMENTS⁹**

The Government of the People's Republic of China and the Government of — (hereinafter referred to as the Contracting Parties),

Intending to create favorable conditions for investment by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party;

Recognizing that the reciprocal encouragement, promotion and protection of such investment will be conducive to stimulating business initiative of the investors and will increase prosperity in both States;

Desiring to intensify the cooperation of both States on the basis of equality and mutual benefits;

Have agreed as follows:

Article 1 Definitions

For the purpose of this Agreement,

1. The term "investment" means every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party in the territory of the latter, and in particular, though not exclusively, includes:
 - (a) movable and immovable property and other property rights such as mortgages, pledges and similar rights;
 - (b) shares, debentures, stock and any other kind of participation in companies;
 - (c) claims to money or to any other performance having an economic value associated with an investment;
 - (d) intellectual property rights, in particular copyrights, patents, trade-marks, trade-names, technical process, know-how and good-will;
 - (e) business concessions conferred by law or under contract permitted by law, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.

Any change in the form in which assets are invested

⁹ Modèle chinois de 2003, tel que reproduit in R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, XLIII-433 p., pp. 452-459.

does not affect their character as investments provided that such change is in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment has been made.

2. The term "investor" means:

(a) natural persons who have nationality of either Contracting Party in accordance with the laws of that Contracting Party;

(b) legal entities including companies, associations, partnerships and other organizations, incorporated or constituted under the laws and regulations of either Contracting Party and have their seats in that Contracting Party.

3. The term "return" means the amounts yielded from investments, including profits, dividends, interests, capital gains, royalties, fees and other legitimate income.

**Article 2 Promotion and Protection of
Investment**

1. Each Contracting Party shall encourage investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and admit such investments in accordance with its laws and regulations.
2. Investments of the investors of either Contracting Party shall enjoy the constant protection and security in the territory of the other Contracting Party.
3. Without prejudice to its laws and regulations, neither Contracting Party shall take any unreasonable or discriminatory measures against the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of the investments by the investors of the other Contracting Party.
4. Subject to its laws and regulations, one Contracting Party shall provide assistance in and facilities for obtaining visas and working permits to nationals of the other Contracting Party engaging in activities associated with investments made in the territory of that Contracting Party.

Article 3 Treatment of Investment

1. Investments of investors of each Contracting Party shall all the time be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.
2. Without prejudice to its laws and regulations, each Contracting Party shall accord to investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment not less favorable than that accorded to the investments and associated activities by its own

investors.

3. Neither Contracting Party shall subject investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party to treatment less favorable than that accorded to the investments and associated activities by the investors of any third State.

4. The provisions of Paragraphs 3 of this Article shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege by virtue of:

(a) any customs union, free trade zone, economic union and any international agreement resulting in such unions, or similar institutions;

(b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation;

(c) any arrangements for facilitating small scale frontier trade in border areas.

Article 4 Expropriation

1. Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take other similar measures (hereinafter referred to as "expropriation") against the investments of the investors of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met:

(a) for the public interests; (b) under domestic legal procedure;

(c) without discrimination;

(d) against compensation.

2. The compensation mentioned in Paragraph 1 of this Article shall be equivalent to the value of the expropriated investments immediately before the expropriation is taken or the impending expropriation becomes public knowledge, whichever is earlier. The value shall be determined in accordance with generally recognized principles of valuation. The compensation shall include interest at a normal commercial rate from the date of expropriation until the date of payment. The compensation shall also be made without delay, be effectively realizable and freely transferable.

Article 5 Compensation for Damages and Losses

Investors of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war, a state of national emergency, insurrection, riot or other similar events in the territory of the latter Contracting Party, shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification,

compensation and other settlements no less favorable than that accorded to the investors of its own or any third State, whichever is more favorable to the investor concerned.

Article 6 Transfers

1. Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations, guarantee to the investors of the other Contracting Party the transfer of their investments and returns held in its territory, including: (a) profits, dividends, interests and other legitimate income; (b)

proceeds obtained from the total or partial sale or liquidation of investments;

(c) payments pursuant to a loan agreement in connection with investments;

(d) royalties in relation to the matters in Paragraph 1 (d) of Article 1;

(e) payments of technical assistance or technical service fee, management fee;

(f) payments in connection with Contracting projects;

(g) earnings of nationals of the other Contracting Party who work in connection with an investment in its territory.

2. Nothing in Paragraph 1 of this Article shall affect the free transfer of compensation paid under Article 4 and 5 of this Agreement.

3. The transfer mentioned above shall be made in a freely convertible currency and at the prevailing market rate of exchange applicable within the Contracting Party accepting the investments and on the date of transfer.

Article 7 Subrogation

If one Contracting Party or its designated agency makes a payment to its investors under a guarantee or a contract of insurance against non-commercial risks it has accorded in respect of an investment made in the territory of the other Contracting Party, the latter Contracting Party shall recognize:

(a) the assignment, whether under the law or pursuant to a legal transaction in the former Contracting Party, of any rights or claims by the investors to the former Contracting Party or to its designated agency, as well as,

(b) that the former Contracting Party or its designated agency is entitled by virtue of subrogation to exercise the rights and enforce the claims of that investor and assume the obligations related to the investment to the same extent as the investor.

Article 8 Settlement of Disputes Between Contracting Parties

1. Any dispute between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, as far as possible, be settled with consultation through diplomatic channels.
2. If a dispute cannot thus be settled within six months, it shall, upon the request of either Contracting Party, be submitted to an ad hoc arbitral tribunal.
3. Such tribunal comprises of three arbitrators. Within two months of the receipt of the written notice requesting arbitration, each Contracting Party shall appoint one arbitrator. Those two arbitrators shall, within further two months, together select a national of a third State having diplomatic relations with both Contracting Parties as Chairman of the arbitral tribunal.
4. If the arbitral tribunal has not been constituted within four months from the receipt of the written notice requesting arbitration, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or is otherwise prevented from discharging the said functions, the Member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party or is not otherwise prevented from discharging the said functions shall be invited to make such necessary appointments.
5. The arbitral tribunal shall determine its own procedure. The arbitral tribunal shall reach its award in accordance with the provisions of this Agreement and the principles of international law recognized by both Contracting Parties.
6. The arbitral tribunal shall reach its award by a majority of votes. Such award shall be final and binding upon both Contracting Parties. The arbitral tribunal shall, upon the request of either Contracting Party, explain the reasons of its award.
7. Each Contracting Party shall bear the costs of its appointed arbitrator and of its representation in arbitral proceedings. The relevant costs of the Chairman and tribunal shall be borne in equal parts by the Contracting Parties.

Article 9 Settlement of Disputes Between Investors and One Contracting Party

1. Any legal dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in the territory of the other Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.
2. If the dispute cannot be settled through negotiations within six months from the date it has been raised by either party to the dispute, it shall be submitted by the choice of the investor:
 - (a) to the competent court of the Contracting Party that is a party to the dispute;
 - (b) to the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) under the Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington on March 18, 1965, provided that the Contracting Party involved in the dispute may require the investor concerned to go through the domestic administrative review procedures specified by the laws and regulations of that Contracting Party before the submission to the ICSID.

Once the investor has submitted the dispute to the competent court of the Contracting Party concerned or to the ICSID, the choice of one of the two procedures shall be final.

3. The arbitration award shall be based on the law of the Contracting Party to the dispute including its rules on the conflict of laws, the provisions of this Agreement as well as the universally accepted principles of international law.
4. The arbitration award shall be final and binding upon both parties to the dispute. Both Contracting Parties shall commit themselves to the enforcement of the award.

Article 10 Other Obligations

1. If the legislation of either Contracting Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Contracting Parties result in a position entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favorable than is provided for by the Agreement, such position shall not be affected by this Agreement.
2. Each Contracting Party shall observe any commitments it may have entered into with the investors of the other Contracting Party as regards to their investments.

Article 11 Application

This Agreement shall apply to investments made prior to or after its entry into force by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party concerned, but shall not apply to any dispute that arose before its entry into force.

Article 12 Consultations

1. The representatives of the Contracting Parties shall hold meetings from time to time for the purpose of: (a) reviewing the implementation of this Agreement; (b) exchanging legal information and investment opportunities;
(c) resolving disputes arising out of investments;
(d) forwarding proposals on promotion of investment; (e) studying other issues in connection with investment.
2. Where either Contracting Party requests consultation on any matter of Paragraph 1 of this Article, the other Contracting Party shall give prompt response and the consultation be held alternatively in Beijing and ———.

Article 13 Entry into Force, Duration and Termination

1. This Agreement shall enter into force on the first day of the following month after the date on which both Contracting Parties have notified each other in writing that their respective internal legal procedures necessary therefor have been fulfilled and remain in force for a period of ten years.
2. This Agreement shall continue to be in force unless either Contracting Party has given a written notice to the other Contracting Party to terminate this Agreement one year before the expiration of the initial ten year period or at any time thereafter.
3. With respect to investments made prior to the date of termination of this Agreement, the provisions of Article 1 to 12 shall continue to be effective for a further period of ten years from such date of termination.
4. This Agreement may be amended by written agreement between the Contracting Parties. Any amendment shall enter into force under the same procedures required for entry into force of the present Agreement.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned, duly authorized thereto by respective Governments, have

signed this Agreement.

Done in duplicate at ——— on ———, in the Chinese, ——— and English languages, all texts being equally authentic. In case of divergent interpretation, the English text shall prevail.

For the Government of The People's Republic of China

For the Government of ———

**LE CONSEIL FEDERAL SUISSE ET LE
GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE
POPULAIRE DE CHINE¹⁰**

désireux d'intensifier la coopération économique dans l'intérêt mutuel des deux Etats, dans l'intention de créer et de maintenir des conditions favorables aux investissements des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, reconnaissant la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de promouvoir la prospérité économique des deux Etats, sont convenus de ce qui suit:

Art. 1 Définitions

Aux fins du présent Accord:

(1) Le terme «investissement» englobe toutes les catégories d'avoirs et en particulier:

(a) la propriété de biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits réels, tels que servitudes, charges foncières, gages immobiliers et mobiliers, usufruits;

(b) les actions, parts sociales et autres formes de participation dans des sociétés;

(c) les créances monétaires et droits à toute prestation ayant valeur économique;

(d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets, modèles d'utilité, dessins ou modèles industriels, marques de fabrique ou de commerce, marques de service, noms commerciaux, indications de provenance), le savoir-faire et la clientèle;

(e) les concessions de droit public à des fins économiques, y compris les concessions de prospection, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles, ainsi que tout autre droit conféré par la loi, par contrat ou par décision de l'autorité en application de la loi.

(2) Le terme «investisseur» désigne, en ce qui concerne chaque Partie contractante:

(a) les personnes physiques qui, d'après la législation de cette Partie contractante, sont considérées comme ses nationaux;

(b) les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes et autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie contractante, et qui ont leur siège, en même temps que des activités

économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie contractante;

(c) les entités juridiques qui sont établies conformément à la législation d'un Etat tiers, mais qui sont effectivement contrôlées par des personnes physiques ou par des entités juridiques, respectivement selon les let. (a) et (b) ci-dessus.

(3) Le terme «revenus» désigne les montants issus d'un investissement et englobe en particulier les bénéfices, les intérêts, les gains en capital, les dividendes, les redevances et les rémunérations.

(4) Le terme «territoire» désigne le territoire de chaque Partie contractante, ce qui inclut le territoire terrestre, les eaux intérieures et, le cas échéant, la mer territoriale, et l'espace aérien sus-jacent, ainsi que les zones maritimes situées au-delà de la mer territoriale de la Partie contractante concernée, y compris les fonds marins, leur sous-sol et ses ressources naturelles, sur lesquels cette Partie contractante exerce des droits souverains ou une juridiction conformément à sa législation et au droit international.

Art. 2 Champ d'application

Le présent Accord est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie contractante, conformément à ses lois et règlements, par des investisseurs de l'autre Partie contractante, avant ou après son entrée en vigueur. Il n'est toutefois pas applicable aux créances ou différends nés d'événements antérieurs à son entrée en vigueur.

Art. 3 Encouragement, admission

(1) Chaque Partie contractante encouragera, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante sur son territoire et admettra ces investissements conformément à ses lois et règlements.

(2) Lorsqu'elle aura admis un investissement sur son territoire, chaque Partie contractante délivrera, conformément à ses lois et règlements, les permis ou autorisations nécessaires en relation avec cet investissement, y compris avec l'exécution de contrats de licence, d'assistance technique ou administrative, ainsi que les autorisations requises pour le personnel choisi par l'investisseur.

Art. 4 Protection, traitement

(1) Les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie contractante se verront accorder à tout moment un traitement juste et équitable, et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre Partie contractante. Aucune des Parties contractantes n'entravera d'une quelconque manière, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance,

¹⁰ Accord du 27 janvier 2009, conclu à Berne et disponible sur le site Internet du Conseil fédéral suisse :

http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/intera/dbstv/data_t/t_975.html.

l'accroissement ni l'aliénation de tels investissements.

(2) Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investissements et aux revenus des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements et aux revenus de ses pro-pres investisseurs (traitement national) ou aux investissements et aux revenus des investisseurs d'un quelconque Etat tiers (traitement de la nation la plus favorisée), le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant.

(3) Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs (traitement national) ou aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers (traitement de la nation la plus favorisée), le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant.

(4) Si une Partie contractante accorde des avantages particuliers aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers en vertu d'un accord établissant une zone de libre-échange, une union douanière ou un marché commun, ou en vertu d'un accord pour éviter la double imposition, elle ne sera pas tenue d'accorder de tels avantages aux investisseurs de l'autre Partie contractante.

Art. 5 Transferts

(1) Chacune des Parties contractantes sur le territoire de laquelle des investisseurs de l'autre Partie contractante ont effectué des investissements accordera à ces investisseurs le transfert des montants afférents à ces investissements, en particulier:

- (a) des revenus;
- (b) des paiements liés aux emprunts ou autres obligations contractés pour l'investissement;
- (c) des montants destinés à couvrir les frais relatifs au management de l'investissement;
- (d) des redevances et autres paiements découlant des droits énumérés à l'art. 1, al. (1), let. (c), (d) et (e), du présent Accord;
- (e) des salaires et autres rémunérations du personnel engagé à l'étranger en rapport avec l'investissement;
- (f) du capital initial et des apports supplémentaires de capitaux nécessaires à l'entretien ou au développement de l'investissement;
- (g) du produit de la vente ou de la liquidation partielles ou totales de l'investissement, y compris les plus-values éventuelles.

(2) Le transfert mentionné ci-dessus sera effectué sans délai dans une monnaie librement convertible, au taux de change prévalant sur le marché et applicable à la date du transfert sur le territoire de la

Partie contractante hôte des investissements. En l'absence de marché des changes, le taux de change à utiliser correspondra au taux croisé résultant des taux qui seraient appliqués par le Fonds monétaire international à la date du paiement pour la conversion des monnaies concernées en droits de tirages spéciaux.

Art. 6 Expropriation, indemnisation

(1) Aucune des Parties contractantes ne prendra, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet, à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt public et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité. L'indemnité se montera à la valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant que la mesure d'expropriation ne soit prise ou qu'elle ne soit connue dans le public, le premier de ces événements étant déterminant. Le montant de l'indemnité inclura un intérêt à un taux commercial normal à partir de la date de la dépossession jusqu'à la date du paiement, sera réglé dans une monnaie librement convertible et versé sans retard, et sera librement transférable. L'investisseur concerné aura le droit, selon la loi de la Partie contractante qui exproprie, de faire procéder au prompt examen, par une autorité judiciaire ou une autre autorité indépendante de cette Partie contractante, de son cas et de l'estimation de son investissement conformément aux principes énoncés dans le présent alinéa.

Si une Partie contractante exproprie les avoirs d'une société enregistrée ou constituée conformément à la législation en vigueur sur une partie quelconque de son territoire, et dans laquelle des investisseurs de l'autre Partie contractante possèdent des parts, elle garantira, dans la mesure nécessaire et conformément à sa législation, que l'indemnité visée à l'al. (1) du présent article soit versée à ces investisseurs.

Art. 7 Indemnisation des pertes

Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence, rébellion, troubles civils ou autres événements similaires survenus sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement conforme à l'art. 4 du présent Accord en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou tout autre règlement.

Art. 8 Autres engagements

Chaque Partie contractante se conformera à toute obligation qu'elle a spécifiquement contractée à

l'égard d'investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante.

Art. 9 Dispositions plus favorables

Si des dispositions de la législation d'une Partie contractante ou des règles de droit international accordent aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui qui est prévu par le présent Accord, elles prévaudront sur ce dernier dans la mesure où elles sont plus favorables.

Art. 10 Principe de subrogation

Dans le cas où une Partie contractante a accordé une garantie financière quelconque contre des risques non commerciaux pour un investissement de l'un de ses investisseurs sur le territoire de l'autre Partie contractante, cette dernière reconnaîtra les droits de la première Partie contractante selon le principe de subrogation dans les droits de l'investisseur si un paiement a été fait en vertu de cette garantie par la première Partie contractante.

Art. 11 Différends entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante

(1) Afin de trouver une solution aux différends relatifs à des investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante, et sans préjudice de l'art. 12 du présent Accord (Différends entre les Parties contractantes), des consultations auront lieu entre les parties concernées.

(2) Si ces consultations n'apportent pas de solution dans les six mois à compter de la demande écrite de les engager, l'investisseur pourra soumettre le différend soit aux juridictions judiciaires ou administratives de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit à l'arbitrage international. Dans ce dernier cas, l'investisseur aura le choix entre:

(a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats², ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965; et

(b) un tribunal arbitral ad hoc qui, à moins que les parties au différend n'en disposent autrement, sera constitué conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

(3) Chaque Partie contractante donne son consentement à la soumission à l'arbitrage international de tout différend relatif à un investissement.

(4) Un différend porté, conformément à l'al. (2) du présent article, devant une juridiction compétente de la Partie contractante concernée ne pourra être soumis à l'arbitrage international que si

l'investisseur a préalablement retiré l'affaire à ladite juridiction.

(5) La Partie contractante qui est partie au différend ne pourra, à aucun moment de la procédure, exciper de son immunité ou du fait que l'investisseur a reçu, en vertu d'un contrat d'assurance, une indemnité couvrant tout ou partie du dommage subi.

(6) Aucune Partie contractante ne poursuivra par la voie diplomatique un différend soumis à l'arbitrage international, à moins que l'autre Partie contractante ne se conforme pas à la sentence arbitrale.

(7) La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire pour les parties au différend, et sera exécutée sans délai conformément à la législation de la Partie contractante concernée.

Art. 12 Différends entre les Parties contractantes

(1) Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions du présent Accord seront réglés, si possible, par la voie diplomatique.

(2) Si les deux Parties contractantes ne parviennent pas à un règlement dans les six mois à compter de la naissance du différend, ce dernier sera soumis, à la requête de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal arbitral composé de trois membres. Chaque Partie contractante désignera un arbitre, et les deux arbitres ainsi désignés nommeront un président, qui sera ressortissant d'un Etat tiers.

(3) Si l'une des Parties contractantes n'a pas désigné son arbitre et n'a pas donné suite à l'invitation adressée par l'autre Partie contractante de procéder dans les deux mois à cette désignation, l'arbitre sera nommé, à la requête de cette dernière Partie contractante, par le Président de la Cour internationale de justice.

(4) Si les deux arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur le choix du président dans les deux mois suivant leur désignation, ce dernier sera nommé, à la requête de l'une ou l'autre Partie contractante, par le Président de la Cour internationale de justice.

(5) Si, dans les cas visés aux al. (3) et (4) du présent article, le Président de la Cour internationale de justice est empêché d'exercer cette fonction ou s'il est ressortissant de l'une des Parties contractantes, les nominations seront faites par le Vice-président et, si ce dernier est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des Parties contractantes, elles le seront par le membre le plus ancien de la Cour qui n'est ressortissant d'aucune des Parties contractantes.

(6) A moins que les Parties contractantes n'en disposent autrement, le tribunal fixera ses propres règles de procédure. Chaque Partie contractante supportera les frais de son propre membre du tribunal et de sa représentation à la procédure arbitrale. Les frais du Président et les frais restants seront supportés à parts égales par les Parties

contractantes, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement.

(7) Les décisions du tribunal seront définitives et obligatoires pour chaque Partie contractante.

Art. 13 Dispositions finales

(1) Les deux Gouvernements se notifieront par la voie diplomatique l'accomplissement des formalités légales requises pour l'entrée en vigueur d'accords internationaux. Le présent Accord entrera en vigueur le jour de la réception de la seconde notification et restera valable pour une durée de dix ans. S'il n'est pas dénoncé par écrit avec un préavis de six mois avant l'expiration de cette période, il sera considéré comme renouvelé aux mêmes conditions pour une durée de deux ans, et ainsi de suite.

(2) En cas de dénonciation, les dispositions des art. 1 à 12 du présent Accord continueront de s'appliquer pendant une période supplémentaire de dix ans aux investissements effectués avant son expiration.

(3) Le présent Accord remplace l'Accord entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 12 novembre 1986 à Beijing.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, ont signé le présent Accord.

Fait à Berne, le 27 janvier 2009, en deux originaux, chacun en français, en chinois et en anglais, chaque texte faisant également foi. En cas de divergence, le texte anglais prévaut.

Protocole

En signant l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés, sont en outre convenus des dispositions suivantes, qui seront considérées comme faisant partie intégrante dudit Accord.

Ad art. 4, al. (2) et (3)

En ce qui concerne la République populaire de Chine, le traitement national ne s'applique pas:

(a) à toute mesure non conforme existant au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord sur son territoire;

(b) au maintien de toute mesure non conforme visée à la let. (a);

(c) à la modification de toute mesure non conforme visée à la let. (a), pour autant que cette modification n'augmente pas la non-conformité de la mesure, telle qu'elle existait immédiatement avant la modification, avec l'obligation du traitement national.

Des efforts seront accomplis en vue de la levée progressive des mesures non conformes.

Aux fins de la présente disposition, le terme «mesure» désigne toute mesure d'application générale prise par la République populaire de Chine, qu'elle revête la forme d'une loi, d'un règlement, d'une règle, d'une procédure, d'une décision ou d'une action administrative.

Ad art. 5

(a) En ce qui concerne la République populaire de Chine:

– L'art. 5, al. (1), let. (b), s'applique à condition qu'un emprunt ait été enregistré auprès de l'autorité compétente en matière de contrôle des devises.

– L'art. 5, al. (1), let. (g), s'applique à condition que le transfert réponde aux formalités pertinentes requises par les lois et règlements chinois en matière de contrôle des changes.

Dans la mesure où lesdites formalités ne sont plus requises par la législation chinoise, l'art. 5 s'applique sans restriction.

(b) Un transfert sera réputé avoir eu lieu «sans délai» aux termes de l'art. 5, al. (2), s'il a été effectué dans le délai normalement requis pour l'accomplissement des formalités de transfert. Ce délai commencera à courir le jour où la demande de transfert aura été soumise en bonne et due forme à l'autorité compétente en matière de changes, et n'excédera en aucun cas deux (2) mois.

Ad art. 11, al. (2)

(a) La République populaire de Chine pourra, si elle se trouve impliquée en tant que Partie contractante dans un différend, exiger de l'investisseur concerné qu'il épuise les voies de recours administratives prévues par les lois et règlements de la République populaire de Chine, avant de soumettre le différend aux procédures d'arbitrage visées à l'al. (2) de l'art. 11. La procédure de recours n'excédera pas trois (3) mois.

(b) Si un investisseur selon l'al. 2, let. (c), de l'art. 1 a soumis une prétention au sens de l'art. 11, al. (2), en vertu d'un accord en matière d'investissement conclu avec un Etat tiers, il est confirmé que ledit investisseur n'aura plus le droit de soumettre la même prétention en vertu de l'al. (2) de l'art. 11 du présent Accord.

Ad art. 11, al. (3)

En ce qui concerne le consentement d'une Partie contractante à la soumission à l'arbitrage international de tout différend relatif à un investissement, il est entendu que ledit alinéa prévaut sur tout autre accord international qu'une Partie contractante a pu conclure en matière de règlement des différends relatifs à des investissements.

**BILATERAL AGREEMENT FOR THE
PROMOTION AND PROTECTION OF
INVESTMENTS BETWEEN THE REPUBLIC
OF COLOMBIA AND _____ COLOMBIAN
MODEL 2008¹¹**

PREAMBLE

The Government of the Republic of Colombia and the Government of _____ hereinafter referred to as the “Contracting Parties”;
Desiring to intensify the economic cooperation to the mutual benefit of both Contracting Parties,
Intending to create and maintain favorable conditions for the investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party;
Recognizing the need to promote and protect foreign investments with the aim to foster the economic prosperity of both Contracting Parties;
Have agreed as follows:

ARTICLE I DEFINITIONS

For the purposes of this Agreement:

1. Investor

1.1. The term “Investor” means for each of the Contracting Parties:

a. Natural persons of a Contracting Party who, according to the law of that Contracting Party, are considered to be its nationals;

b. Legal entities including companies, corporations, commercial associations and other organizations, constituted or otherwise organized according to the law of the Contracting Party and have their seat, as well as substantial business activities in the territory of the same Contracting Party;

c. Legal entities not established under the law of that Party but effectively controlled, in accordance with the law of the Party where the investment is made, by natural persons, as defined in paragraph 1.1.a or by legal entities as defined in paragraph 1.1.b.

1.2. This Agreement shall not apply to investments made by natural persons who are nationals of both Contracting Parties.

2. Investment

2.1. Investment means every kind of economic assets that have been invested by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the law of the

latter including in particular, but not exclusively, the following:

a. Movable and immovable property, as well as any other rights in rem, including property rights;

b. Shares, parts and any other kind of economic participation in corporations;

c. Claims to money or to any performance having an economic value;

d. Intellectual property rights, including, among others, copyrights and related rights, and industrial property rights such as patents, technical processes, manufacturers’ brands and trademarks, trade names, industrial designs, know-how and goodwill;

e. Concessions granted by law, administrative act or contract, including concessions to explore, grow, extract or exploit natural resources;

f. All operations of foreign loan, as established by the law of each Contracting Party, related to an investment.

Investment does not include:

i. public debt operations;

ii. claims to money arising solely from:

a. Commercial contracts for the sale of goods and services by a national or legal entity in the territory of a Contracting Party to a national or a legal entity in the territory of the other Contracting Party; or

b. Credits granted in relation with a commercial transaction;

2.2. A change in the manner in which assets have been invested or re-invested does not affect their status as investment under this Agreement, provided that such modification is comprised within the definitions of this article and is made according to the law of the Contracting Party in whose territory the investment has been admitted.

2.3. In accordance with paragraph 1 of this Article, the minimum characteristics of an investment shall be:

a. The commitment of capital or other resources;

b. The expectation of gain or profit;

c. The assumption of risk for the investor.

3. Returns

The term “returns” means the amounts yielded by an investment during a specific period of time, in particular, but not exclusively, profits, dividends and interests.

4. Territory

The term “Territory” comprises, in addition to the land territory, the maritime space and the airspace under the sovereignty of each Contracting Party, the maritime and sub-maritime areas over which they exercise sovereign rights and jurisdiction, in accordance with respective laws and international law.

ARTICLE II SCOPE OF APPLICATION

1. This Agreement is applicable to existing investments at the time of its entry into force, as well as to investments made thereafter in the territory of a Contracting Party in accordance with

¹¹ Modèle disponible in F. G. Arrieta, *El Modelo Colombiano de Acuerdo para la Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones: Un Estudio Juridico y Pratico*, Thèse de l’Université Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Juridicas, Bogota, 2011, 137 p.

the law of the latter by investors of the other Contracting Party. For greater certainty, this Chapter does not bind any Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement.

2. In case of foreign loans, this Agreement shall apply exclusively to loans contracted after this Agreement enters into force.

3. Nothing contained in this Agreement shall bind either Contracting Party to protect investments made with capital or assets derived from illegal activities, and it shall not be construed so as to prevent a Party from adopting or maintaining measures intended to preserve public order, the fulfillment of its duties for the keeping or restoration of international peace and security; or the protection of its own essential security interests.

4. The provisions of this Agreement shall not apply to tax matters.

5. Nothing contained in this Agreement shall apply to measures adopted by any Contracting Party, in accordance with its law, with respect to the financial sector for prudential reasons, including those measures aimed at protecting investors, depositors, insurance takers or trustees, or to safeguard the integrity and stability of the financial system.

ARTICLE III PROMOTION, ADMISSION AND PROTECTION OF INVESTMENTS

1. Each Contracting Party, subject to its general policy on foreign investments, shall promote in its territory investments of investors of the other Contracting Party and shall admit them in accordance with its law.

2. Each Contracting Party shall protect within its territory investments made in accordance with its law by investors of the other Contracting Party and shall not impair with discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale and liquidation of said investments.

3. Each Party shall accord fair and equitable treatment in accordance with customary international law, and full protection and security in its territory to investments of investors of the other Contracting Party.

4. For greater certainty,

a. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require additional treatment to that required under the minimum standard of treatment of aliens in accordance with the standard of customary international law.

b. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement or another international agreement does not imply that the

minimum standard of treatment of aliens has been breached.

c. “Fair and equitable treatment” includes the prohibition against denial of justice in criminal, civil, or administrative proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the main legal systems of the world.

d. The “Full protection and security” standard does not imply, in any case, a better treatment to that accorded to nationals of the Contracting Party where the investment has been made.

ARTICLE IV TREATMENT OF INVESTMENTS

1. Each Contracting Party shall grant to the investments of investors of the other Contracting Party made in its territory, a not less favorable treatment than that accorded, in like circumstances, to investments of its own investors or to investors of any other third State, whichever is more favorable to the investor.

2. The most favorable treatment to be granted in like circumstances referred to in this Agreement does not encompass mechanisms for the settlement of investment disputes, such as those contained in Articles IX and X of this Agreement, which are provided for in treaties or international investment agreements.

3. The provisions of this Agreement concerning the granting of a no less favorable treatment than that accorded to investments of investors of any of the Contracting Parties or of any third state shall not be construed so as to bind a Contracting Party to extend to investments of investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from: Any existing or future free trade area, customs union, common market, economic union or any other kind of economic or regional organization or any international agreement intended at facilitating border trade, which a Contracting Party is or becomes a Party to.

ARTICLE V FREE TRANSFERS

1. Each Contracting Party, prior fulfillment of the requirements under its law and without unjustified delay, shall allow investors of the other Contracting Party to effect, in a freely convertible currency, transfers of:

a. The principal amount and additional sums necessary for maintaining, increasing and developing the investment;

b. Returns as defined in Article 1;

c. Payments pursuant to foreign loans;

d. Funds yielded from settlement of disputes and compensations, as provided for in Articles VI and VII;

e. Proceeds from the sale of all or any part of the investment, or from the partial or complete liquidation of the investment;

f. Salaries and remunerations received by the employees hired overseas in connection with an investment.

2. Transfers shall be made in conformity with the current market exchange rate on the day of the transfer, in accordance with the law of the Contracting Party in whose territory the investment has been made.

3. Notwithstanding the provisions of this Article, a Contracting Party may condition or prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its laws relating to:

a. Bankruptcy proceedings, company restructuring or insolvency;

b. Compliance with judicial, arbitral or confirmed administrative verdicts and awards; c.

Compliance with labor or tax obligations;

4. With respect to the obligations under this Article, Colombia maintains its central bank and governmental powers and attributions to adopt measures in conformity with applicable law, including Law 9 of 1991 and Law 31 of 1992, or other regulations, in order to ensure currency stability and normality in internal and external payments, granting for these purposes powers to regulate the amount of credit and money supply, execution credit operations and foreign exchange, as well as to issuing regulations on monetary, credit, financial and foreign exchange.

These measures include, among others, the establishment of requirements restricting or limiting payments and transfers (capital movement) to or from each Party, as well as operations related thereto, such as, establishing that deposits, investments or credits for or from the foreign market be bound to maintaining mandatory reserves or deposits. In applying such measures in accordance with the present article, Colombia shall not discriminate between the other Party and a non-Party with respect to operations of the same kind.

5. Notwithstanding the provisions of this Article, each Party, in circumstances of serious difficulties in its balance of payments, or threats thereof, may exercise equitably, on a non-discriminatory manner and in good faith, powers granted under its law to restrict or delay transfers.

ARTICLE VI EXPROPRIATION AND COMPENSATION

1. Investments of investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party will not be subject of nationalization, direct or indirect expropriation, or any measures having similar effects (hereinafter "expropriation") except for reasons of public purpose or social interest, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner, in good faith and accompanied by a prompt, adequate and effective compensation

2. It is understood that:

a. Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Contracting Party having an equivalent effect to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;

b. The determination of whether a measure or series of measures of a Contracting Party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry considering:

i) The economic impact of the measure or series of measures; however, the sole fact of a measure or series of measures having adverse effects on the economic value of an investment does not imply that an indirect expropriation has occurred;

ii) The scope of the measure or series of measures and their interference on the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment;

c. Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied for public purposes or social interest or with objectives such as public health, safety and environment protection, do not constitute indirect expropriation.

3. The compensation shall amount to the market value of the investment immediately before the expropriatory measures were adopted or immediately before the imminent measures were of public knowledge, whichever is earlier, (hereinafter the "date of value").

4. The fair market value will be calculated in a freely convertible currency, per the exchange rate on the date of the value. The compensation shall include interests at a commercially rate fixed in accordance with the market criteria for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. The compensation shall be paid without unjustified delay, be fully realizable and freely transferable.

5. The legality of the measure and the amount of the compensation may be challenged before the judicial authorities of the Contracting Party adopting it.

6. The Contracting Parties may establish monopolies and reserve strategic activities depriving investors from developing certain economic activities, provided that it is for public purposes or social interest. The investor shall receive a prompt, adequate and effective compensation, considering the conditions prescribed in the present article.

7. The Contracting Parties confirm that issuance of compulsory licenses granted in accordance with the TRIPS Agreement of the WTO, may not be challenged under the provisions set out in this Article.

ARTICLE VII COMPENSATION FOR DAMAGES OR LOSSES

Investors of a Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses due to war, armed conflict, revolution, state of national emergency; insurrection, civil disturbances or other similar events, shall enjoy regarding restitution, indemnification, compensation or other settlement, the same or equivalent treatment as that accorded by the Contracting Party in whose territory the investment is made, to its own investors.

ARTICLE VIII INVESTMENT AND ENVIRONMENT

Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with the environmental law of the Party, provided that such measures are proportional to the objectives sought.

ARTICLE IX SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN ONE CONTRACTING PARTY AND AN INVESTOR OF THE OTHER CONTRACTING PARTY

1. With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration under this article or to a local court or administrative tribunal, local administrative remedies shall be exhausted, should it be required by the law of the Contracting Party. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor and shall not prevent the investor from requesting consultations as referred to in paragraph 3 of the present Article.

2. Any disputes arising between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party in connection to the interpretation or application of this Agreement, including a claim that the other Contracting Party has breached an obligation of this Agreement and therefore has generated damages to the investor, shall be settled, as far as possible, amicably. Any dispute shall be notified by submitting a notice of the dispute in writing, including detailed information of the facts and legal basis, by the investor to the Contracting Party receiving the investment.

3. Nothing in this Article shall be construed as to prevent the parties of a dispute from referring their dispute, by mutual agreement, to ad hoc or institutional mediation or conciliation before or during the arbitral proceeding.

4. If the dispute has not been settled within twelve (12) months from the date of the written notification mentioned in paragraph 2 of this Article, a notice of request for arbitration (“request for arbitration”) may be submitted, at the discretion of the investor to:

a. Competent tribunals of the Contracting Party in whose territory the investment was made; or

b. An ad hoc arbitral tribunal that, unless otherwise agreed by the parties, shall be established in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules; or

c. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), under the rules of the Convention on Settlement of Disputes between States and Nationals of other States, open for signature in Washington on March 18, 1965, when each of the Contracting parties has adhered to it. In the event that one of the Contracting Parties has not adhered to the mentioned Convention, the dispute may be resolved in accordance with the ICSID Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Procedures for Conciliation, Arbitration and Fact-Finding; or

d. An arbitral tribunal under any other arbitration institution or any other arbitration rules, agreed by the Contracting Parties.

5. The disputing investor may only submit a request for arbitration if the term established in paragraph 4 of the present Article has elapsed, and the disputing investor has notified, in writing a hundred and eighty (180) days in advance, the Contracting Party of his intention to submit a request for arbitration (“notice of intent”). Such a notice shall indicate the name and address of the disputing investor, the provisions of the Agreement which he deems to be breached, the facts which the dispute is based on, the estimated value of the damages and the compensation sought.

6. Each Contracting Party hereby gives in advance its irrevocable consent to the submission of a dispute of this nature to any of the arbitral proceedings established in paragraph 4.b. and c. of this Article.

7. Once the investor has submitted the dispute to either a competent tribunal of the Contracting Party in whose territory the investment has been admitted or any of the arbitration mechanisms stated above, the choice of the procedure shall be final.

8. Arbitration awards shall be final and binding for the disputing parties and shall be enforced, when required, in accordance with the law of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

9. The Contracting Parties shall refrain from pursuing through diplomatic channels matters related to disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party submitted to court proceedings or international arbitration, in accordance with the provisions of this article, unless one of the parties to the dispute has failed to comply with the court decision or arbitral award, under the terms established in the respective decision or arbitral award.

10. An investor may not file a complaint if more than three years have elapsed since the date the investor had knowledge or should have had knowledge of the alleged violation to this

Agreement, as well as of the alleged losses and damages.

11. An investor of one of the Contracting Parties may submit a complaint to arbitration on the basis of: a) a breach by the other Party of a provision established in this Agreement, and b) losses or damages to the investment as a result of the abovementioned breach.

12. The dispute settlement mechanisms provided in this Agreement will be based on the provisions of the present Agreement, the national law of the Contracting Party in whose territory the investment has been made, including the rules related to conflict of laws, on the general principles of law and international customary law.

13. Before ruling on the merits, the tribunal shall rule on the preliminary questions of competence and admissibility. When deciding about the objection of the respondent, the tribunal shall rule on the costs and fees of attorneys incurred during the proceedings, considering whether or not the objection prevailed. The tribunal shall consider whether either the claim of the claimant or the objection of the respondent is frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity for comments. In the event of a frivolous claim the tribunal shall award costs against the claimant.

14. A tribunal ruling a final award against a respondent may only award monetary damages and any applicable interests; and may award costs and fees of attorneys in accordance with this Article and applicable arbitration rules. The tribunal shall not be competent to rule on the legality of the measure as a matter of domestic law.

15. The presentation of the notice of intent and other documents to a Party will be done in the place designated by that Party in the Annex I. (Presentation of Documents Regarding Article IX)

ARTICLE X SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES

1. Disputes arising between the Contracting Parties regarding the interpretation and application of this Agreement, including a claim alleging that the other Contracting Party has breached an obligation of the present Agreement and has consequently generated damages to an investor, shall be settled, as far as possible, through direct negotiations.

2. If an agreement is not reached within six (6) months from the date on which the dispute was notified, any of the Contracting Parties may submit the dispute to an ad-hoc Arbitration Tribunal, in accordance with the provisions of this Article.

3. The Arbitration Tribunal shall be comprised of three members and, unless otherwise agreed between the Parties, shall be established as follows: within two (2) months from the date of notification

of the arbitration request, each Contracting Party shall appoint an arbitrator. Those two arbitrators shall then, within three (3) months from the date of the last appointment, agree upon a third member who shall be a national of a third State with which both Contracting Parties maintain diplomatic relations, and who shall be preside over the tribunal. The appointment of the President shall be approved by the Contracting Parties within thirty (30) days from the date of his nomination.

4. If, the necessary appointments are not made within the deadline provided for in paragraph (3) of this Article, either Contracting Party, unless otherwise agreed, may request the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President of the International Court of Justice is prevented, for any reason, from performing the abovementioned duty or if that person is a national of either Contracting Party, the appointments shall be made by the Vice-president of the International Court of Justice, and if the latter is prevented or if that person is a national of either Contracting Party, the appointments shall be made by the most senior Judge of the Court of Justice who is not a national of either of the Contracting Parties.

5. The Arbitration tribunal shall rule based on the provisions of this Agreement and principles of International Law applicable to the subject matter. The Tribunal shall reach its decisions by a majority of votes and shall determine its own procedural rules.

6. Each of the Contracting Parties shall equally bear the costs of the arbitrators and the arbitral proceeding, unless otherwise established. The decisions of the tribunal shall be final and binding for the Contracting Parties.

ARTICLE XI COOPERATION AND OTHER PROVISIONS

1. If, from legal provisions of a Contracting Party or from current or future obligations derived from international law different from those contained in this Agreement, a general or particular regulation results between the Contracting Parties thereby providing a more favorable treatment to the investment of investors than that foreseen in the present Agreement, the aforementioned regulation shall prevail over this Agreement, to the extent that it is more favorable.

2. The Parties will promote cooperation in training for an adequate representation in investor-State dispute settlement mechanism, for that purpose the Parties will promote specific training activities, services of representation and technical cooperation to participate in conciliation and arbitral procedures, through investment advisory mechanisms or through a similar regional or multilateral Centre that provides those kind of services.

ARTICLE XII CONSULTATIONS

The Contracting Parties shall consult with each other concerning any matter related to the application or interpretation of this Agreement.

ARTICLE XIII FINAL PROVISIONS

1. The Contracting Parties shall notify each other of the compliance of the internal requirements of each of the Contracting Parties in connection to the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force sixty (60) days after the date of receipt of the latter notification.
2. This Agreement shall remain in force for a ten (10) year period and shall be extended indefinitely thereafter. After ten years, this Agreement may be denounced at any time by any of the Contracting Parties, by serving a twelve-month prior notice, sent through diplomatic channels.
3. With respect to investments admitted before the date on which the notice of termination of this Agreement becomes effective, the provisions of this Agreement shall remain in force for an additional term of ten (10) years from such a date.

**BILATERAL AGREEMENT FOR THE
PROMOTION AND PROTECTION OF '
INVESTMENTS BETWEEN THE
GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM
OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN
IRELAND AND THE REPUBLIC OF
COLOMBIA¹²**

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of Colombia, hereinafter referred to as the "Contracting Parties";

Desiring to intensify the economic cooperation to mutual benefit of both contracting Parties;

Intending to create and maintain favourable conditions For the investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party; Recognising the need to promote and protect Foreign investments with the aim to stimulate individual business initiative and to foster the economic prosperity of both Contracting Parties:

Have agreed as follows;

ARTICLE I DEFINITIONS

For the purposes of this Agreement:

1. Investor

The term "investor" means:

(a) In respect of the United Kingdom: Physical persons deriving their status as United Kingdom nationals from the law in force in the United Kingdom; and corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article XIV, which have their registered office, central administration, or principal place of business, as well as substantial business activities, in the territory of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article XIV;

(b) In respect of Colombia: Natural persons of Colombia who, according to the law of Colombia, are considered to be its nationals; and legal entities including companies, corporations, commercial associations and other organisations, constituted or otherwise organised according to the law of Colombia which have their seat, as well as

substantial business activities, in the territory of Colombia. This Agreement shall not apply to investments made by natural persons who are nationals of both

Contracting Parties.

2. Investment

(a) Investment means every kind of economic asset, owned or controlled directly or indirectly, by investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in accordance with the law of the latter, including in particular, but not exclusively, the following:

(i) movable and immovable property, as well as any other rights in rem, including property rights;

(ii) shares in, and stocks and debentures of, -a company and any other kind of economic participation in a company;

(iii) claims to money or to any performance under contract having an economic value;

(iv) intellectual property rights, including, among others, copyrights and related rights, and industrial property rights such as patents, technical processes, manufactures' brands and trademarks, trade names, industrial designs, know-how and goodwill;

(v) business concessions granted by law, administrative acts or contracts including concessions to explore, grow, extract or exploit natural resources.

(b) Investment does not include:

(i) public debt operations;

(ii) claims to money arising solely from:

a. commercial contracts for the sale of goods and services by a national or legal entity in the territory of a Contracting Party to a national or a legal entity in the territory of the other Contracting Party; or

b. credits granted in relation to a commercial transaction.

(c) A change in the manner in which assets have been invested or re-invested does not affect their status as investments under this Agreement, provided that the assets still fall within the definition contained in this Article and the investment is made in accordance with the law of the Contracting Party in whose territory the investment has been admitted. The term "investment" includes all investments, whether made before or after the entry into force of this Agreement.

(d) In order to qualify as an investment under this Agreement, an asset must have the the minimum characteristics of an investment, which are the commitment of capital or other resources and the assumption of risk.

3. Returns

The term "returns" means the amounts yielded by an investment during a specific period of time and includes in particular, but not exclusively, profits,

¹² Accord conclu le 17 mars 2010, à Bogota et disponible sur le site Internet de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) : http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx.

dividends and interest, capital gains, royalties and fees.

4. Territory

The term "territory" means:

(a) In respect of the United Kingdom: Great Britain and Northern Ireland, including the territorial sea and maritime area situated beyond the territorial sea of the United Kingdom which has been or might in the future be designated under the national law of the United Kingdom in accordance with international law as an area within which the United Kingdom may exercise rights with regard to the sea-bed and subsoil and the natural resources and any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article XIV; and

(b) In respect of the Republic of Colombia: In addition to its continental territory, the archipelago of San Andres, Providencia and Santa Catalina, the Island of Malpelo, and all the other islands, islets, keys, headlands and shoals that belong to it, as well as airspace and maritime areas over which it has sovereignty or sovereign rights or jurisdiction in accordance with its domestic law and international law, including applicable international treaties.

ARTICLE II PROMOTION, ADMISSION AND PROTECTION OF INVESTMENTS

1. Each Contracting Party, shall in its territory encourage investments of investors of the other Contracting Party and shall admit them in accordance with its law.

2. Each Contracting Party shall protect within its territory investments made in accordance with its law by investors of the other Contracting Party and shall not impair by discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, sale and liquidation of said investments.

3. Each Contracting Party shall accord fair and equitable treatment and full protection and security in its territory 'to investments of investors of the other Contracting Party. 4. For greater certainty:

(a) The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require additional treatment to that required in accordance with international law.

(b) "Fair and equitable treatment" includes the prohibition against the denial of justice in criminal, civil, or administrative proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the main legal systems of the world.

(c) A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement or another international agreement does not establish that the obligation to accord fair and equitable treatment has been breached.

(d) The "full protection and security" standard does not imply, in any case, a better treatment to that accorded to nationals of the Contracting Party in whose territory the investment has been made.

ARTICLE III NATIONAL TREATMENT AND MOST-FAVOURLED-NATION PROVISIONS

1. Each Contracting Party shall grant to the investments of investors of the other Contracting Party made in its territory, a treatment not less favourable than that accorded, in like circumstances, to investments of its own investors or to investments of investors of another third State, whichever is more favourable to the investor.

2. The most favourable treatment to be granted in like circumstances referred to in this Agreement does not encompass mechanisms for the settlement of investment disputes, such as those contained in Articles IX and X of this Agreement, which are provided for in treaties or international investment agreements.

ARTICLE IV EXCEPTIONS

1. The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to investors of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order.

2. The provisions of this Agreement shall not be construed to oblige one Contracting Party to extend to investors of the other Contracting Party the benefits of any treatment, preference or privilege, resulting from:

(a) any existing or future customs, economic or monetary union, a common market or a free trade area or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, and includes the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from obligations arising out of an international agreement or reciprocity arrangement of that customs, economic or monetary union, common market or free trade area; or

(b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation.

3. The provisions of this Agreement shall not be construed so as to prevent the United Kingdom from implementing any requirements resulting from the United Kingdom's membership of the European Union with respect to measures prohibiting, restricting or limiting the movement of capital to or from any third State.

4. Where, in exceptional circumstances, payments and capital movements cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Contracting Party, the Contracting Party concerned may take

safeguard measures with regard to payments and capital movements.

Such measures shall be temporary, non-discriminatory, and of general application; such measures shall not be arbitrary and shall not exceed what is necessary to deal with the difficulties.

As soon as practicable after a Contracting Party adopts a measure under this Article, that Contracting Party shall inform the other Contracting Party of the justification for the measures adopted, as well as the scope and relevance of such measures.

ARTICLE V FREE TRANSFER OF INVESTMENTS AND RETURNS

1. Each Contracting Party shall in respect of investments and returns and without unjustified delay allow investors of the other Contracting Party to effect, in a freely convertible currency, transfers, including but not limited to:

- (a) investments as defined in Article I;
- (b) the principal amount and additional sums necessary for maintaining, increasing and developing the investment;
- (c) returns as defined in Article I;
- (d) payments pursuant to foreign loans;
- (e) funds yielded from settlement of disputes and compensation, as provided for in Articles VI, VII and IX;
- (f) proceeds from the sale of all or any part of the investment, or from the partial or complete liquidation of the investment; and
- (g) salaries and remunerations received by the employees "hired overseas in connection with an investment.

2. Unless otherwise agreed by the investor, transfers shall be made in conformity with the current market exchange rate on the day of transfer, in accordance with the law of the Contracting Party in whose territory the investment has been made.

3. Notwithstanding the provisions of this Article, a Contracting Party may condition or prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory and good faith application of its laws relating to:

- (a) bankruptcy proceedings, company restructuring or insolvency;
- (b) compliance with judicial, arbitral or administrative decisions and awards; and
- (c) compliance with labour or tax obligations.

ARTICLE VI EXPROPRIATION

1. Investments of investors of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall not be the subject of nationalization, direct or indirect expropriation, or any measure having similar effects (hereinafter "expropriation") except for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of "public purpose"),

in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner, in good faith and accompanied by prompt, adequate and effective compensation.

2. For the purposes of this Agreement, it is understood that:

(a) indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Contracting Party having an equivalent effect to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;

(b) the determination of whether a measure or series of measures of a Contracting Party constitute indirect expropriation requires a case-by-case, fact based inquiry into various factors including, but not limited to the scope of the measure or series of measures and their interrelationship with the reasonable and distinguishable expectations concerning the investment;

(c) non-discriminatory measures that the Contracting Parties take for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of "public purpose") including for reasons of public health, safety, and environmental protection, which are taken in good faith, which are not arbitrary, and which are not disproportionate in light of their purpose, shall not constitute indirect expropriation.

3. The compensation shall amount to the fair market value of the investment immediately before the expropriatory measures were adopted or immediately before the expropriatory measures became public knowledge, whichever is the earlier (hereinafter the "date of value"). For the sake of clarity, the date of value shall be applied to assess the compensation to be paid regardless of whether the criteria specified in paragraph 1 of this Article have been met.

4. The fair market value will be calculated in a freely convertible currency, as per the exchange rate on the date of value. The compensation shall include interest at a commercial rate fixed in accordance with the market criteria for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. The compensation shall be paid without unjustified delay, be fully realizable and freely transferable.

5. The legality of the measure and the amount of the compensation may be challenged before the judicial authorities of the Contracting Party adopting it.

6. Subject to this Article, the Contracting Parties may establish monopolies and reserve strategic activities depriving investors from developing certain economic activities.

7. The Contracting Parties confirm that issuance of compulsory licenses granted in accordance with the World Trade Organization Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, may not be challenged under the provisions set out in this Article.

ARTICLE VII COMPENSATION FOR DAMAGES OR LOSSES

1. Investors of a Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses due to war, armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbances or other similar events, shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own investors or to investors of any third State.

2. Without prejudice to paragraph (1) of this Article, investors of one Contracting Party who in any of the situations referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from:

- (a) requisitioning of their investment by its forces or authorities; or
- (b) destruction of their investment by its forces or authorities, which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation; shall be accorded restitution or adequate compensation.

ARTICLE VIII INVESTMENT AND ENVIRONMENT

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns, provided that such measures are non-discriminatory and proportionate to the objectives sought.

ARTICLE IX SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN ONE CONTRACTING PARTY AND AN INVESTOR OF THE OTHER CONTRACTING PARTY

1. Any disputes arising between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party in connection to the interpretation or application of this Agreement, including a claim that the latter Contracting Party has breached an obligation under this Agreement, shall be settled, as far as possible, amicably. Any dispute shall be notified by submitting a written notification ("Notification of Dispute").

2. With regard to acts of a governmental authority, in order to submit a claim to arbitration or to a local court or administrative tribunal in accordance with this Article, local administrative remedies shall be exhausted, should it be required by the law of the Contracting Party. Such procedure shall in no case exceed six (6) months from the date of the written notification by the investor.

3. Disputes between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party which have not been settled in accordance with paragraph (1) or paragraph (2), shall, after a period of six (6) months from the Notification of Dispute, be submitted to the local courts or to international arbitration if the investor concerned so wishes.

4. Where the dispute is referred to international arbitration, the investor shall give the Contracting Party written notification of its intent to do so at least six (6) months in advance ("Notification of Intent"). Such a notification shall indicate the name and address of the disputing investor, the provisions of the Agreement which it deems to be breached, the facts which the dispute is based on, the estimated value of the damages and compensation sought. The investor and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:

(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 and the Additional Facility For the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings);

(b) the Court of Arbitration of the international Chamber of Commerce;

(c) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law; or

(d) a tribunal constituted in accordance with the Rules of Arbitration of the arbitral institution in the Contracting Party in whose territory the investment is made, as specified in Schedule 1 to this Agreement.

5. If after a period of three (3) months from the Notification of Intent to submit the dispute to international arbitration there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall at the request in writing of the investor concerned ("Request for Arbitration") be submitted to arbitration under the arbitration rules of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings).

6. Nothing in this Article shall be construed as to prevent the parties to a dispute from referring their dispute, by mutual agreement, to *ad hoc* mediation

or conciliation before or during the arbitral proceedings.

7. The investor may only submit the Request for Arbitration if the investor has submitted the Notice of Intent in accordance with paragraph (4) of the present article and the term established therein has elapsed. Each Contracting Party hereby gives in advance its irrevocable consent to the submission of a dispute of this nature to any of the arbitral proceedings established in paragraph 4 (a) to (d) of this Article.

9. Once the investor has submitted the dispute to one of the procedures in paragraphs 3 and 4, the choice of the procedure shall be final.

10. Arbitration awards shall be final and binding for the disputing parties and shall be enforced when required, in accordance with the law of the Contracting Party in whose territory the investment was made.

11. The Contracting Parties shall refrain from pursuing through diplomatic channels matters related to disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party submitted to court proceedings or international arbitration in accordance with the provisions of this Article, unless one of the parties to the dispute has failed to comply with the court decision or arbitral award, under the terms established in the respective decision or arbitral award.

12. Before ruling on the merits, the tribunal shall, if it deems it to be necessary and appropriate in the circumstances, rule on the preliminary questions of competence and admissibility. When deciding on any objection of the respondent, the tribunal shall rule on the legal costs and costs of arbitration incurred during the proceedings, considering whether or not the objection prevailed. The tribunal shall consider whether either the claim of the claimant or the objection of the respondent is frivolous or an abuse of process, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity for comments. In the event of a claim which is frivolous or an abuse of process, the tribunal shall award costs against the claimant.

13. The tribunal shall not be competent to rule on the legality of a measure taken by a Contracting Party as a matter of domestic law.

14. An investor may not submit the Notification of Intent, and therefore may not invoke the international arbitration procedures set out in this Article, if more than five (5) years have elapsed since the date the investor had knowledge or ought to have had knowledge of the alleged violation of this Agreement and of the alleged losses and damages.

ARTICLE X SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN THE CONTRACTING PARTIES

1. Disputes arising between the Contracting Parties regarding the interpretation or application of this

Agreement shall be settled as far as possible through direct negotiations.

2. If an agreement is not reached within six (6) months from the date on which the dispute was notified, any of the Contracting Parties may submit the dispute to an *ad hoc* Arbitration Tribunal, in accordance with the provisions of this Article.

3. The tribunal shall be comprised of three members and, unless otherwise agreed by the Contracting Parties, shall be established as follows: within two (2) months from the date of the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint an arbitrator. Those two arbitrators shall then, within three (3) months from the date of the last appointment, agree upon a third member who shall be a national of a third State with which both Contracting Parties maintain diplomatic relations, and who shall chair the tribunal. The appointment of the Chair shall be approved by the Contracting Parties within thirty (30) days of his nomination.

4. If the necessary appointments are not made within the deadline specified in paragraph (3) of this Article, either Contracting Party, unless otherwise agreed, may request the President of the International Court of Justice to make the necessary appointments. If the President of the International Court of Justice is prevented, for any reason, from performing the above-mentioned duty or if that person is a national of either Contracting Party, the appointments shall be made by the Vice-President of the International Court of Justice, and if the latter is prevented or if that person is a national of either Contracting Party, the appointments shall be made by the member of the International Court of Justice next in seniority, who is not a national of either of the Contracting Parties.

5. The tribunal shall decide the dispute based on the provisions of this Agreement and principles of public international law applicable to the subject matter. The tribunal shall reach its decisions by a majority of votes and shall determine its own procedural rules.

6. Each of the Contracting Parties shall equally bear the costs of the arbitrators and the arbitral proceeding, unless otherwise established. The decisions of the tribunal shall be final and binding for the Contracting Parties.

ARTICLE XI SUBROGATION

1. If one Contracting Party or its designated Agency ("the first Contracting Party") makes a payment under an indemnity given in respect of insurance against non commercial risk for an investment in the territory of the other Contracting Party ("the second Contracting Party"), the second Contracting Party shall recognise:

(a) the assignment to the first Contracting Party by law or by legal transaction of all the rights and claims of the party indemnified; and

(b) that the first Contracting Party is entitled to exercise such rights and enforce such claims by virtue of subrogation, to the same extent as the party indemnified. .

2. The first Contracting Party shall be entitled in all circumstances to the same treatment in respect of:

(a) the rights and claims acquired by it by virtue of the assignment; and

(b) any payments received in pursuance of those rights and claims;

as the party indemnified was entitled to receive by virtue of this Agreement in respect of the investment concerned and its related returns.

ARTICLE XII OTHER PROVISIONS

If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.

1. This Agreement is applicable to existing investments at the time of its entry into force, as well as to investments made thereafter in the territory of a Contracting Party in accordance with the law of the latter by investors of the other Contracting Party.

2. For greater certainty, the provisions of this Agreement shall not apply to claims" arising out of events which occurred, or to claims which had arisen, prior to its entry into Force.

3. Except as set out in this Article, this Agreement shall not apply to taxation measures.

4. Article VI and Article IX shall apply to a taxation measure alleged to be an expropriation. If an investor invoices Article VI as the basis of a claim under Article IX, that investor must, at the time of submitting its Notification of Dispute, refer the issue of whether the tax measure concerned involves an expropriation to the competent tax authorities of the Contracting Parties listed in Schedule 2 to this Agreement. In case of such referral, the competent authorities of the Contracting Parties shall consult. If, within six (6) months of the referral, they have not reached an agreement that the measure does not involve an expropriation, the investor may pursue the dispute settlement procedure under Article IX.

5. For greater certainty, nothing in this Agreement shall affect the rights and obligations of any Contracting Party under any international agreement' or arrangement relating wholly or mainly to taxation. In the event of any inconsistency between this Agreement and any such agreement or arrangement, that agreement or

arrangement shall prevail over this Agreement to the extent of the inconsistency.

6. Nothing contained in this -Agreement shall prevent a Contracting Party From taking measures, in accordance with its law, with respect to the financial sector for prudential reasons, including those measures aimed at protecting investors, depositors, insurance takers or trustees, or to safeguard the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of avoiding a Contracting Party's commitments or obligations under this Agreement.

7. No provision of this Agreement shall be construed to afford protection to investments made with capital or assets derived from illegal activities.

ARTICLE XIV TERRITORIAL EXTENSION

At the time of entry into_ force of this Agreement, or at any time thereafter, the provisions of this Agreement may be extended to such territories for the international relations of which the Government of the United Kingdom is responsible as may be agreed between the Contracting Parties in an Exchange of Notes, provided that the Contracting Parties shall not agree to extend the provisions of this -Agreement in accordance with this Article unless they have complied with their applicable internal constitutional requirements.

ARTICLE XV FINAL PROVISIONS

1. The Contracting Parties shall notify each other of the compliance of the internal requirements of each of the Contracting Parties in connection with the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force sixty (60) days after the receipt of the latter notification.

2. This Agreement shall remain in force for a ten (10) year period and shall be extended indefinitely thereafter. After ten (10) years, this Agreement may be denounced at any time by any of the Contracting Parties, by serving a twelve (12) month prior notice, sent through diplomatic channels.

3. With respect to investments admitted before the date on which the notice of termination of this Agreement becomes effective, the provisions of this Agreement shall remain in force for an additional term of fifteen (15) years from such a date.

4. With regard to Article 1 paragraph 2(b)(i), on request of a Contracting Party five (5) years after the entry into force of this Agreement or at any time thereafter the Parties shall consult with a view to assessing whether Article IV paragraph 2(b)(i) remains appropriate.

5. If, as a consequence of the United Kingdom's membership of the European Union, the United Kingdom wishes to propose an extension of the scope of Article IV paragraph 3, consultations on this issue shall be held between the Contracting Parties.

In witness whereof the undersigned, duly authorized thereto by their respective Governments have signed this Agreement.

Done in duplicate at Bogota, Colombia this 17th day of March 2010; in the English and Spanish languages, both texts being equally authoritative.

For the Government of the United Kingdom of Great Britain and of Northern Ireland

For the Government of the Republic of Colombia

Schedule I

The United Kingdom: the London Court of International Arbitration

The Republic of Colombia: the Conciliation and Arbitration Centre of the Chamber of Commerce of Bogota.

**TRAITE ENTRE LE GOUVERNEMENT DES
ETATS-UNIS D'AMERIQUE ET LE
GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE DE
...(PAYS)... CONCERNANT
L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION
RECIPROQUES DE L'INVESTISSEMENT¹³**

Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le
Gouvernement de la République de [pays] (ci-après
désignés comme "les Parties"),

Désireux de promouvoir une plus grande
coopération économique entre eux, en ce qui
concerne les investissements des ressortissants et
des compagnies d'une Partie sur le territoire de
l'autre Partie;

Reconnaissant qu'un accord sur le traitement devant
être accordé à de tels investissements stimulera le
flux de capitaux privés et le développement
économique des Parties;

Convenant qu'un cadre stable d'investissement
maximisera l'emploi efficace des ressources
économiques et améliorera le niveau de vie;

Reconnaissant que le développement de liens
économiques et commerciaux peut encourager le
respect des droits internationalement reconnus du
travailleur;

Convenant que ces objectifs peuvent être atteints
sans relâcher les mesures d'application générale
concernant l'environnement, la sécurité et la santé
et,

Ayant résolu de conclure un Traité concernant
l'encouragement et la protection réciproque de
l'investissement,

Sont convenus de ce qui suit:

Aux fins du présent Traité:

ARTICLE I

a) le terme "compagnie" signifie toute entité
légalement constituée ou organisée aux termes des
lois pertinentes, que ladite compagnie soit ou non
organisée dans un but lucratif, qu'elle soit de
propriété privée ou publique ou sous contrôle privé
ou public, et inclut toute société, trust, société en
nom collectif, entreprise individuelle, succursale,
société en participation, association ou autre
organisation;

b) l'expression "compagnie d'une Partie" signifie
une compagnie constituée ou organisée aux termes
des lois de ladite Partie;

c) le terme "ressortissant" d'une Partie signifie une
personne physique qui est ressortissante de cette
Partie aux termes de la loi applicable de ladite
Partie;

d) le terme "investissement" d'un ressortissant ou
d'une compagnie signifie tout investissement dont
la propriété ou le contrôle direct ou indirect revient
aux dits ressortissant ou compagnie, et il inclut tout
investissement prenant la forme ou composé des
éléments suivants:

i) compagnie;

ii) valeurs mobilières, actions et toute autre forme
de participation aux fonds propres, effets,
obligations et toute autre forme d'intérêts sur la
dette d'une compagnie;

iii) droits contractuels, tels les contrats clés en
main, de construction ou de gestion, les contrats de
production ou de redistribution partielle des recettes
de l'État, les concessions ou autres contrats
semblables;

iv) biens corporels, y compris les biens immeubles;
biens incorporels, y compris les droits tels que la
location, les hypothèques, les privilèges et les
nantissements;

v) droits de propriété intellectuelle, y compris: les
droits relatifs aux droits d'auteur littéraires et les
droits y afférents, les brevets d'invention, les droits
concernant les variétés végétales, les plans
industriels, les schémas de configuration de semi-
conducteurs, les secrets et procédés de fabrication
et les renseignements commerciaux confidentiels,
les marques de fabrique, les marques de service et
les noms commerciaux et

vi) tous droits conférés par la loi, tels les licences et
les permis,

e) l'expression "investissement couvert" désigne
l'investissement d'un ressortissant ou d'une
compagnie d'une Partie sur le territoire de l'autre
Partie,

f) l'expression "entreprise d'Etat" désigne une
compagnie dont une Partie est propriétaire, ou
qu'elle contrôle, au moyen de parts de propriété;

g) l'expression "autorisation d'investissement"
désigne l'autorisation délivrée par l'autorité d'une
Partie en matière d'investissement étranger,
concernant un investissement couvert, un
ressortissant ou une compagnie de l'autre Partie;

h) l'expression "accord d'investissement" désigne
l'accord écrit entre les autorités nationales d'une
Partie et un investissement couvert, un ressortissant
ou une compagnie de l'autre Partie qui accorde 1)
certains droits concernant les ressources naturelles
ou d'autres éléments d'actif contrôlés par les
autorités nationales et ii) auquel s'en remet
l'investissement, le ressortissant ou la compagnie,
pour établir ou acquérir un investissement couvert;

i) la "Convention ICSID" désigne la Convention
pour le règlement des différends relatifs aux
investissements entre Etats et ressortissants d'autres
Etats, signée à Washington., le 18 mars 1965; j) le

¹³ Modèle des Etats-Unis d'Amérique de 1994, tel
que révisé en 1998, disponible in CNUCED,
*International Investment Instruments : A
Compendium - Volume IV*, UNCTAD/DITE/2(Vol.
IV), Publications des Nations Unies, 2000, New
York / Genève, 572 p.

"Centre" désigne le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements créé par la Convention ICSID et k) l'expression "les Règles d'arbitrage de la CNUDCI" (UNCITRAL) désigne les règles d'arbitrage de la "Commission des Nations Unies pour le droit commercial international".

ARTICLE II

1. En ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la jouissance, l'exploitation et, la vente ou autre cession des investissements couverts, chaque Partie accorde un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde dans des circonstances semblables aux investissements sur son territoire de ses propres ressortissants ou compagnies (ci-après "le traitement national") ou aux investissements sur son territoire des ressortissants ou compagnies d'un pays tiers (ci-après "le traitement de la nation la plus favorisée"), le traitement le plus favorable étant retenu (ci-après "le traitement national et celui de la nation la plus favorisée"). Chaque Partie s'assure que ses entreprises d'État, quand elles fournissent leurs marchandises ou services, accordent le traitement national et celui de la nation la plus favorisée aux investissements couverts.

2. a) Une Partie peut prévoir ou maintenir des exceptions aux obligations énoncées au paragraphe 1, dans les secteurs ou les domaines précisés à l'Annexe aux présentes. Toute Partie qui prévoit une telle exception ne peut pas demander la cession, en tout ou partie, des investissements couverts existant à la date à laquelle l'exception entre en vigueur

b) Les obligations figurant au paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux procédures offertes par les accords multilatéraux conclus sous les auspices de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle concernant l'acquisition ou le maintien des droits de propriété intellectuelle.

3. a) Chaque Partie accorde à tout moment aux investissements couverts un traitement juste et équitable, une protection et sécurité entière et n'accorde, en aucun cas, un traitement moins favorable que celui requis par le droit international;

b) Ni l'une ni l'autre des Parties ne porte en aucune façon atteinte, par des mesures arbitraires et discriminatoires, à la gestion, à la jouissance, à l'exploitation, à la vente ou autre cession des investissements couverts.

4. Chaque Partie doit fournir les moyens efficaces de soutenir des réclamations et de faire valoir des droits concernant les investissements couverts.

5. Chaque Partie s'assure qu'elle publie ou communique promptement au public d'une autre manière, les lois, les règlements, les pratiques et procédures administratives d'application générale ainsi que les prononcés de jugement qui concernent ou affectent les investissements couverts.

ARTICLE III

1. Les investissements couverts ne sont pas expropriés ou nationalisés par l'une des Parties, directement ou indirectement, par voie de mesures équivalant à l'expropriation ou à la nationalisation (ci-après, "expropriation"), sauf si ces mesures sont prises pour des raisons d'intérêt public, sous une forme non discriminatoire, sont accompagnées d'une indemnisation prompte, adéquate et effective, et sont appliquées selon les formes et garanties de procédure *et* conformément aux principes généraux de traitement énoncés au paragraphe 3 de l'Article II.

2. L'indemnisation est payée sans délai; est équivalente à la juste valeur commerciale de l'investissement exproprié, calculée immédiatement avant que les mesures d'expropriation n'aient été prises ("la date d'expropriation"), elle est pleinement réalisable et librement transférable. La juste valeur commerciale ne reflète aucune modification de valeur due au fait que la mesure d'expropriation était connue avant la date de l'expropriation.

3. Si la juste valeur commerciale est libellée en monnaie librement disponible, l'indemnisation versée n'est pas inférieure à la juste valeur commerciale à la date de l'expropriation, à laquelle s'ajoutent des intérêts à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie, lesdits intérêts ayant couru à partir de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement.

4. Si la juste valeur commerciale est libellée en monnaie qui n'est pas librement disponible, l'indemnisation versée -- convertie en monnaie du paiement au cours du marché des changes à la date du paiement -- n'est pas inférieure aux éléments suivants:

a) la juste valeur commerciale à la date d'expropriation, convertie en monnaie librement disponible, au cours du marché des changes à la date du paiement, à laquelle s'ajoutent

b) des intérêts, au taux commercial raisonnable correspondant à cette monnaie librement disponible, ayant couru à partir de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement.

ARTICLE IV

1. Chaque Partie accorde le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée aux investissements couverts en ce qui concerne toute mesure relative aux dommages dont souffre l'investissement de ladite Partie sur son territoire en cas de guerre ou de tout autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence nationale, d'une insurrection, de troubles civils ou d'autres événements semblables.

2. Chaque Partie accorde une restitution, ou verse une indemnisation conformément aux paragraphes 2 à 4 de l'Article III, dans le cas où les

investissements couverts subiraient des dommages sur son territoire, en cas de guerre ou de tout autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence nationale, d'une insurrection, de troubles civils ou d'autres événements semblables, à la suite de:

- a) la réquisition de tout ou partie de ces investissements par les forces ou autorités de la Partie, ou
- b) la destruction, non justifiée par la situation, de tout ou partie de ces investissements par les forces ou autorités de la Partie.

ARTICLE V

1. Chaque Partie permet que tous les transferts relatifs à un investissement couvert se fassent librement et sans délai, en provenance ou à destination de son territoire. Ces transferts comprennent:

- a) les apports au capital;
- b) les bénéfices, les dividendes, les plus-values et les produits de la vente de tout ou partie de l'investissement ou de la liquidation complète ou partielle de l'investissement;
- c) les intérêts, les paiements de droits d'auteur, les frais de gestion, d'aide technique et autres commissions;
- d) les paiements effectués au titre d'un contrat, y compris les accords de prêt et,
- e) les indemnités effectuées aux termes des Articles III et IV, et les paiements effectués à la suite d'un différend en matière d'investissement.

2. Chaque Partie autorise les transferts en monnaie librement disponible au taux de change commercial prévalant à la date du transfert.

3. Chaque Partie autorise les rentrées en nature telles qu'autorisées ou spécifiées par une autorisation d'investissement, un accord d'investissement ou tout autre accord passé par écrit entre la Partie et un investissement couvert, un ressortissant ou une compagnie de l'autre Partie.

4. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 3, une Partie peut empêcher un transfert par l'application de bonne foi, non discriminatoire et équitable de ses lois relatives à:

- a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers;
- b) l'émission, l'échange ou la vente de valeurs;
- c) les infractions pénales ou criminelles, ou
- d) la garantie de la conformité aux décisions ou jugements adjudicatifs.

ARTICLE VI

Aucune Partie ne rend obligatoire ni n'impose, en tant que condition d'établissement, d'acquisition, d'expansion, de gestion, de jouissance, ou d'exploitation d'un investissement couvert, toute condition (y compris tout engagement ou promesse en rapport avec l'obtention d'un permis ou d'une autorisation gouvernementale) visant à:

a) atteindre un niveau ou un pourcentage particulier de teneur locale, ou acheter, utiliser ou accorder autrement une préférence aux produits ou services d'origine nationale ou d'une source intérieure;

b) limiter les importations au moyen de l'investissement en produits ou services d'établir, de développer, d'administrer pu de dispenser des conseils sur la gestion d'un investissement auquel ils ont consacré ou sont en train de consacrer, eux-mêmes ou une compagnie de l'autre Partie qui les emploie, un montant important de capital ou d'autres ressources.

b) Ni l'une ni l'autre des Parties ne peut, en autorisant l'entrée aux termes du paragraphe 1(a), imposer de vérification de certificat de travail, ou toute autre procédure à effet similaire, ni appliquer aucune restriction numérique.

2. Chaque Partie autorise les investissements couverts à engager les cadres supérieurs de leur choix, sans aucune considération de nationalité.

ARTICLE VIII

A la demande de l'une ou l'autre des Parties, les Parties conviennent de se consulter promptement pour régler tout différend relatif au Traité ou pour examiner toute question concernant l'interprétation ou l'application du Traité ou la réalisation des objectifs du Traité.

ARTICLE IX

1. Aux fins du présent Traité, un différend relatif à un investissement est défini comme un différend entre une Partie et un ressortissant ou une compagnie de l'autre Partie, qui a pour origine ou pour objet un permis, un accord d'investissement ou l'allégation d'une violation de tout droit conféré, établi ou reconnu par ledit Traité en ce qui concerne un investissement couvert.

2. Le ressortissant ou la compagnie qui est partie à un différend relatif à investissement peut rechercher le règlement de ce différend en ayant recours à l'une des possibilités ci-dessous:

- a) cours de justice ou tribunaux administratifs de la Partie qui est partie au différend ou,
- b) procédures de règlement de différend applicables préalablement agréées entre les Parties; ou
- c) dispositions du paragraphe 3.

3. a) A condition que le ressortissant ou la compagnie concernée n'ait pas soumis le différend pour règlement conformément au paragraphe 2(a) ou (b) et que trois mois se soient écoulés depuis la date à laquelle le différend s'est élevé, le ressortissant ou la compagnie concernée peut soumettre le différend, en vue de règlement par arbitrage exécutoire:

- i) au Centre, si le Centre est disponible ou,
- ii) à l'Annexe du Centre, si le Centre n'est pas disponible ou, iii) conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou, iv) si les deux parties au différend en conviennent, à tout autre organisme

d'arbitrage ou en conformité avec tous autres règlements d'arbitrage.

b) Nonobstant le fait qu'un ressortissant ou une compagnie puisse avoir soumis un différend à un arbitrage exécutoire, aux termes du paragraphe 3(a), il lui est possible de rechercher un secours injonctif temporaire, sans faire entrer en ligne de compte un paiement de dommages et intérêts, auprès des tribunaux administratifs ou judiciaires de la Partie qui est partie au différend, avant la constitution d'une procédure d'arbitrage ou au cours de cette procédure, aux fins de garantir ses droits et intérêts.

4. Chaque Partie convient par les présentes de soumettre le règlement de tout différend concernant l'investissement à l'arbitrage exécutoire, conformément au choix du ressortissant ou de la compagnie aux termes du paragraphe 3(a)(i), (ii) et (iii) ou à l'accord mutuel des deux parties au différend aux termes du paragraphe 3(a)(iv). Ce consentement et la soumission du différend par un ressortissant ou une compagnie aux termes du paragraphe 3(a) doivent satisfaire aux conditions des règlements suivants:

a) Chapitre II de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (ICSID) (juridiction du Centre) et Règlement du Service annexe relatif au consentement écrit des parties au différend et,

b) Article II de la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'application des sentences arbitrales rendues à l'étranger, faite à New York le 10 juin 1958, relatif à un accord par écrit.

5. Tout arbitrage en vertu du paragraphe 3(a)(ii), (iii) ou (iv), est rendu dans un état qui soit partie à la Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'application des sentences arbitrales rendues à l'étranger, faite à New York, le 10 juin 1958.

6. Toute sentence arbitrale rendue aux termes du présent Article est définitive et exécutoire pour les parties au différend. Chaque Partie exécute sans délai les dispositions de cette sentence et en assure l'exécution sur son territoire.

7. Dans toute procédure concernant un différend relatif aux investissements, une Partie ne peut faire valoir, à titre de défense, de droit de compensation, de demande reconventionnelle, ou pour toute autre raison, qu'une indemnité ou autre compensation, pour tout ou partie des dommages allégués, a été reçue ou sera reçue en vertu d'un contrat d'assurance ou de garantie.

8. Aux fins de l'Article 25(2)(b) de la Convention ICSID et du présent Article, toute compagnie d'une Partie qui, immédiatement avant l'événement ou les événements donnant lieu au différend, était un investissement couvert, est traitée comme une compagnie de l'autre Partie.

ARTICLE X

1. Tout différend opposant les Parties concernant l'interprétation ou l'application du présent Traité, qui n'est pas réglé par voie de consultations ou par d'autres voies diplomatiques est soumis, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, à un Tribunal d'arbitrage aux fins de décision exécutoire conformément aux règlements applicables du Droit international. En l'absence d'un accord contraire entre les Parties, les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI) s'appliquent, sous réserve de modifications apportées a) par les Parties ou, b) par les arbitres à moins que l'une ou l'autre Partie ne fasse objection aux modifications proposées.

2. Dans les deux mois suivant la réception d'une demande, chaque Partie nomme un arbitre. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent comme Président un troisième arbitre, lequel est ressortissant d'un Etat tiers. Les règles de la CNUDCI régissant la désignation des membres du groupe de trois membres s'appliquent mutatis mutandis à la désignation du groupe d'arbitrage, étant entendu que l'autorité de désignation citée dans lesdites règles est investie dans le Secrétaire général du Centre.

3. A moins qu'il n'en soit convenu autrement, toutes les soumissions sont effectuées et toutes les audiences ont lieu dans les six mois suivant la date de sélection du troisième arbitre, et le Tribunal prononce ses décisions dans les deux mois suivant la plus récente des deux dates, à savoir la date des soumissions définitives ou la date de clôture de l'audience.

4. Les dépenses du Président et des autres arbitres, ainsi que les autres dépenses liées à la procédure sont supportées en parties égales par les Parties. Toutefois, le Tribunal peut, à discrétion, décider qu'une plus grande partie des dépenses doit être supportée par l'une des Parties.

ARTICLE XI

Le présent Traité ne constitue pas une dérogation en ce qui concerne les éléments suivants qui accordent aux investissements couverts un traitement plus favorable que celui accordé par ledit Traité.

a) les lois, les règlements, les pratiques ou les procédures administratives, ou les décisions administratives ou judiciaires de l'une ou l'autre des Parties,

b) les obligations juridiques internationales, ou

c) les obligations assumées par l'une ou l'autre des Parties, y compris celles qui figurent dans un accord d'investissement ou une autorisation d'investissement.

ARTICLE XII

Chaque Partie se réserve le droit de refuser à toute compagnie de l'autre Partie les avantages du présent

Traité si des ressortissants de tout pays tiers possèdent ou contrôlent ladite compagnie, et que

- a) la Partie refusant lesdits avantages n'entretienne pas de relations économiques normales avec le pays tiers ou,
- b) la compagnie ne se livre à aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie sous les lois de laquelle elle est constituée ou organisée.

ARTICLE XIII

1. Aucune disposition du présent Traité n'impose d'obligations en ce qui concerne les politiques fiscales, à l'exception:

- a) d'une expropriation, en vertu des Articles III, IX et X, et
- b) d'un accord d'investissement ou d'une autorisation d'investissement, en vertu de l'Article IX.

2. En ce qui concerne l'application de l'Article III, l'investisseur qui affirme qu'une mesure fiscale correspond à une expropriation peut soumettre le différend à un arbitrage conformément aux termes du paragraphe 3 de l'Article IX, à condition que l'investisseur concerné ait soumis antérieurement aux autorités fiscales compétentes des deux Parties la question visant à déterminer si cette mesure fiscale correspond à une expropriation.

3. Cependant l'investisseur ne peut pas soumettre le différend à l'arbitrage si, dans les neuf mois suivant la date de la soumission, les autorités fiscales compétentes des deux Parties déterminent que cette mesure fiscale ne correspond pas à une expropriation.

ARTICLE XIV

1. Le présent Traité n'exclut pas l'application par une Partie des mesures nécessaires au respect de ses obligations en ce qui concerne le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale, ou la protection de ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité.

2. Le présent Traité n'exclut pas la prescription par une Partie de formalités spéciales concernant les investissements couverts; telle la demande que de tels investissements soient constitués conformément à la législation et aux règlements de ladite Partie ou la demande que les transferts de fonds ou autres instruments monétaires soient déclarés, pourvu que de telles formalités ne portent atteinte, quant au fond, à aucun des droits énoncés dans le présent Traité.

ARTICLE XV

1. a) Les obligations contractées aux termes du présent Traité s'appliquent aux subdivisions politiques des Parties.

b) En ce qui concerne le traitement accordé par un Etat, un Territoire ou une possession des Etats-Unis

d'Amérique, le traitement national signifie un traitement non moins favorable que celui qui est accordé, dans des circonstances semblables, aux investissements des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique qui résident dans les autres Etats, Territoires ou possessions des Etats-Unis d'Amérique ainsi qu'aux compagnies légalement constituées conformément à leurs lois et règlements.

2. Les obligations d'une Partie, aux termes du présent Traité, s'appliquent à une entreprise d'Etat dans l'exercice de toute autorité de réglementation, administrative ou autre autorité de réglementation gouvernementale qui lui est déléguée par ladite Partie.

ARTICLE XVI

1. Le présent Traité entre en vigueur trente jours après la date de l'échange des instruments de ratification. Il reste en vigueur pendant une période de dix ans et au-delà à moins qu'il ne soit dénoncé conformément aux dispositions du paragraphe 2 du présent Article. Il s'applique aux investissements couverts existant au moment de son entrée en vigueur ainsi qu'aux investissements effectués ou acquis par la suite.

2. L'une ou l'autre des Parties peut, en donnant préavis écrit d'un an à l'autre Partie, dénoncer le présent Traité à la fin des dix années initiales ou à tout moment après cette date.

3. Les dispositions de tous les autres Articles du présent Traité continuent de s'appliquer aux investissements couverts effectués ou acquis avant la date de dénonciation, pendant une période supplémentaire de dix ans après ladite date, sauf dans la mesure où elles concernent la création ou l'acquisition d'investissements couverts.

4. L'Annexe fait partie intégrante du Traité.

EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires respectifs ont signé le présent Traité.

FAIT en double exemplaire à ... (ville) ce .. (quantième) jour de ... (mois, année) .. dans les langues anglaise et française, les deux textes faisant également foi.

POUR LE GOUVERNEMENT DES POUR LE
GOUVERNEMENT DE ÉTATS-UNIS
D'AMÉRIQUE

..... (Pays)

ANNEXE

1. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique peut fixer ou maintenir des exceptions à l'obligation d'accorder le traitement national aux investissements couverts dans les secteurs ou domaines suivants:

énergie atomique; courtages en douane; licences de stations de radiodiffusion, de télécommunications publiques ou de stations radio aéronautiques; COMSAT; aides ou subventions, y compris prêts, garanties et assurances appuyés par l'Etat; mesures exemptées, aux niveaux local et d'un Etat fédéral, des clauses de l'Article 1102 de l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA) conformément à l'Article 1108 dudit Traité, et mise à terre de câbles sous-marins.

Le traitement de la nation la plus favorisée est accordé dans les secteurs ou domaines indiqués ci-dessus.

2. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique peut fixer ou maintenir des exceptions à l'obligation d'accorder le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée aux investissements couverts dans les secteurs ou les domaines suivants: pêcheries, transports aériens, maritimes et activités connexes; activités bancaires, assurances, titres et autres services financiers, transmissions unidirectionnelles par satellite de services directs de télévision à domicile (DTH) et par satellite de télédiffusion directe (DBS) et de services audionumériques.

3. Le Gouvernement de la République de...(pays)...peut fixer ou maintenir des exceptions à l'obligation d'accorder le traitement national aux investissements couverts dans les secteurs ou domaines suivants:

Le traitement de la nation la plus favorisée est accordé dans les secteurs ou domaines indiqués ci-dessus.

4. Nonobstant les dispositions du paragraphe 3, chaque Partie convient d'accorder le traitement national aux investissements couverts dans les secteurs suivants:

concession du droit de passage de minéraux et d'oléoducs à travers les terrains publics.

**TREATY BETWEEN THE GOVERNMENT
OF THE UNITED STATES OF AMERICA
AND THE GOVERNMENT OF [COUNTRY]
CONCERNING THE ENCOURAGEMENT
AND RECIPROCAL PROTECTION OF
INVESTMENT¹⁴**

The Government of the United States of America and the Government of [Country] (hereinafter the “Parties”);

Desiring to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party;

Recognizing that agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards;

Recognizing the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration;

Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights;

Having resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment;

Have agreed as follows:

SECTION A

Article 1: Definitions

For purposes of this Treaty:

“**central level of government**” means:

(a) for the United States, the federal level of government; and

(b) for [Country], [].

“**Centre**” means the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) established by the ICSID Convention.

“**claimant**” means an investor of a Party that is a party to an investment dispute with the other Party.

“**covered investment**” means, with respect to a Party, an investment in its territory of an investor of the other Party in existence as of the date of entry into force of this Treaty or established, acquired, or expanded thereafter.

“**disputing parties**” means the claimant and the respondent.

“**disputing party**” means either the claimant or the respondent.

“**enterprise**” means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or governmentally owned or controlled, including a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture, association, or similar organization; and a branch of an enterprise.

“**enterprise of a Party**” means an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there.

“**existing**” means in effect on the date of entry into force of this Treaty.

“**freely usable currency**” means “freely usable currency” as determined by the International Monetary Fund under its Articles of Agreement.

“**GATS**” means the General Agreement on Trade in Services, contained in Annex 1B to the WTO Agreement.

“**government procurement**” means the process by which a government obtains the use of or acquires goods or services, or any combination thereof, for governmental purposes and not with a view to commercial sale or resale, or use in the production or supply of goods or services for commercial sale or resale.

“**ICSID Additional Facility Rules**” means the Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

“**ICSID Convention**” means the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, done at Washington, March 18, 1965.

[“**Inter-American Convention**” means the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, done at Panama, January 30, 1975.]

“**investment**” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(a) an enterprise;

(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;

(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans¹⁵;

¹⁴ Modèle des Etats-Unis d’Amérique de 2012, disponible sur le site Internet : <http://italaw.com>. Ce modèle ressemble beaucoup au précédent, de 2004, qu’il était donc inutile de reproduire.

¹⁵ Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt, such as claims to payment that are immediately due and result from the sale of goods

- (d) futures, options, and other derivatives;
 - (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
 - (f) intellectual property rights;
 - (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law¹⁶¹⁷; and
 - (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.
- “investment agreement”** means a written agreement¹⁸ between a national authority¹⁹ of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:
- (a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;

or services, are less likely to have such characteristics.

¹⁶ Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.

¹⁷ The term “investment” does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action.

¹⁸ “Written agreement” refers to an agreement in writing, executed by both parties, whether in a single instrument or in multiple instruments, that creates an exchange of rights and obligations, binding on both parties under the law applicable under Article 30[Governing Law](2). For greater certainty, (a) a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, or authorization issued by a Party solely in its regulatory capacity, or a decree, order, or judgment, standing alone; and (b) an administrative or judicial consent decree or order, shall not be considered a written agreement.

¹⁹ For purposes of this definition, “national authority” means (a) for the United States, an authority at the central level of government; and (b) for [Country], [] .

(b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or

(c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government.

“investment authorization”²⁰ means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party.

“investor of a non-Party” means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party.

“investor of a Party” means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality.

“measure” includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice.

“national” means:

(a) for the United States, a natural person who is a national of the United States as defined in Title III of the Immigration and Nationality Act; and

(b) for [Country], [] .

“New York Convention” means the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958.

“non-disputing Party” means the Party that is not a party to an investment dispute.

“person” means a natural person or an enterprise.

“person of a Party” means a national or an enterprise of a Party.

“protected information” means confidential business information or information that is privileged or otherwise protected from disclosure under a Party’s law.

“regional level of government” means:

(a) for the United States, a state of the United States, the District of Columbia, or Puerto Rico; and

(b) for [Country], [] .

“respondent” means the Party that is a party to an investment dispute.

“Secretary-General” means the Secretary-General of ICSID.

²⁰ For greater certainty, actions taken by a Party to enforce laws of general application, such as competition laws, are not encompassed within this definition.

“state enterprise” means an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by a Party.

“territory” means:

- (a) with respect to the United States,
 - (i) the customs territory of the United States, which includes the 50 states, the District of Columbia, and Puerto Rico;
 - (ii) the foreign trade zones located in the United States and Puerto Rico.
- (b) with respect to [Country,] [].
- (c) with respect to each Party, the territorial sea and any area beyond the territorial sea of the Party within which, in accordance with customary international law as reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Party may exercise sovereign rights or jurisdiction.

“TRIPS Agreement” means the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, contained in Annex 1C to the WTO Agreement²¹.

“UNCITRAL Arbitration Rules” means the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

“WTO Agreement” means the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, done on April 15, 1994.

Article 2: Scope and Coverage

1. This Treaty applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:
 - (a) investors of the other Party;
 - (b) covered investments; and
 - (c) with respect to Articles 8 [Performance Requirements], 12 [Investment and Environment], and 13 [Investment and Labor], all investments in the territory of the Party.
2. A Party’s obligations under Section A shall apply:
 - (a) to a state enterprise or other person when it exercises any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party²²; and
 - (b) to the political subdivisions of that Party.
3. For greater certainty, this Treaty does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Treaty.

²¹ For greater certainty, “TRIPS Agreement” includes any waiver in force between the Parties of any provision of the TRIPS Agreement granted by WTO Members in accordance with the WTO Agreement.

²² For greater certainty, government authority that has been delegated includes a legislative grant, and a government order, directive or other action transferring to the state enterprise or other person, or authorizing the exercise by the state enterprise or other person of, governmental authority.

Article 3: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part, and to their respective investments.

Article 4: Most-Favored-Nation Treatment

1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

Article 5: Minimum Standard of Treatment²³

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create

²³ Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.

additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Treaty, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.

4. Notwithstanding Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants], each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

5. Notwithstanding paragraph 4, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 4, suffers a loss in the territory of the other Party resulting from:

(a) requisitioning of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities; or

(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter’s forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation, the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both, as appropriate, for such loss. Any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with Article 6 [Expropriation and Compensation](2) through (4), *mutatis mutandis*.

6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 [National Treatment] but for Article 14 [Non-Conforming Measures](5)(b) [subsidies and grants].

Article 6: Expropriation and Compensation²⁴

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

(a) for a public purpose;

(b) in a non-discriminatory manner;

(c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and

(d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1) through (3).

²⁴ Article 6 [Expropriation] shall be interpreted in accordance with Annexes A and B.

2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall:

(a) be paid without delay;

(b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (“the date of expropriation”);

(c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and

(d) be fully realizable and freely transferable.

3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:

(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus

(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

Article 7: Transfers

1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

(a) contributions to capital;

(b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;

(c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;

(d) payments made under a contract, including a loan agreement;

(e) payments made pursuant to Article 5 [Minimum Standard of Treatment](4) and (5) and Article 6 [Expropriation and Compensation]; and

(f) payments arising out of a dispute.

2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable

currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.

3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party.

4. Notwithstanding paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and good faith application of its laws relating to:

- (a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;
- (b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;
- (c) criminal or penal offenses;
- (d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or
- (e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.

Article 8: Performance Requirements

1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking²⁵:

- (a) to export a given level or percentage of goods or services;
- (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
- (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
- (f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory;
- (g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market; or

²⁵ For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a “commitment or undertaking” for the purposes of paragraph 1.

(h) (i) to purchase, use, or accord a preference to, in its territory, technology of the Party or of persons of the Party²⁶; or

(ii) that prevents the purchase or use of, or the according of a preference to, in its territory, particular technology, so as to afford protection on the basis of nationality to its own investors or investments or to technology of the Party or of persons of the Party.

2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:

- (a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
- (b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
- (c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
- (d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.

(b) Paragraphs 1(f) and (h) do not apply:

- (i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or
- (ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party’s competition laws²⁷.

²⁶ For purposes of this Article, the term “technology of the Party or of persons of the Party” includes technology that is owned by the Party or persons of the Party, and technology for which the Party holds, or persons of the Party hold, an exclusive license.

²⁷ The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power.

(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), (f), and (h), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:

(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Treaty;

(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or

(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.

(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), (g), and (h), and 2(a) and (b), do not apply to government procurement.

(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.

4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.

5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement.

Article 9: Senior Management and Boards of Directors

1. Neither Party may require that an enterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.

2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

Article 10: Publication of Laws and Decisions Respecting Investment

1. Each Party shall ensure that its:

(a) laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application; and

(b) adjudicatory decisions respecting any matter covered by this Treaty are promptly published or otherwise made publicly available.

2. For purposes of this Article, “administrative ruling of general application” means an

administrative ruling or interpretation that applies to all persons and fact situations that fall generally within its ambit and that establishes a norm of conduct but does not include:

(a) a determination or ruling made in an administrative or quasi-judicial proceeding that applies to a particular covered investment or investor of the other Party in a specific case; or

(b) a ruling that adjudicates with respect to a particular act or practice.

Article 11: Transparency

1. The Parties agree to consult periodically on ways to improve the transparency practices set out in this Article, Article 10 and Article 29.

2. Publication

To the extent possible, each Party shall:

(a) publish in advance any measure referred to in Article 10(1)(a) that it proposes to adopt; and

(b) provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed measures.

3. With respect to proposed regulations of general application of its central level of government respecting any matter covered by this Treaty that are published in accordance with paragraph

2(a), each Party:

(a) shall publish the proposed regulations in a single official journal of national circulation and shall encourage their distribution through additional outlets;

(b) should in most cases publish the proposed regulations not less than 60 days before the date public comments are due;

(c) shall include in the publication an explanation of the purpose of and rationale for the proposed regulations; and

(d) shall, at the time it adopts final regulations, address significant, substantive comments received during the comment period and explain substantive revisions that it made to the proposed regulations in its official journal or in a prominent location on a government Internet site.

4. With respect to regulations of general application that are adopted by its central level of government respecting any matter covered by this Treaty, each Party:

(a) shall publish the regulations in a single official journal of national circulation and shall encourage their distribution through additional outlets; and

(b) shall include in the publication an explanation of the purpose of and rationale for the regulations.

5. Provision of Information

(a) On request of the other Party, a Party shall promptly provide information and respond to questions pertaining to any actual or proposed measure that the requesting Party considers might materially affect the operation of this Treaty or otherwise substantially affect its interests under this Treaty.

(b) Any request or information under this paragraph shall be provided to the other Party through the relevant contact points.

(c) Any information provided under this paragraph shall be without prejudice as to whether the measure is consistent with this Treaty.

6. Administrative Proceedings

With a view to administering in a consistent, impartial, and reasonable manner all measures referred to in Article 10(1)(a), each Party shall ensure that in its administrative proceedings applying such measures to particular covered investments or investors of the other Party in specific cases:

(a) wherever possible, covered investments or investors of the other Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated, and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding, and the public interest permit; and

(c) its procedures are in accordance with domestic law.

7. Review and Appeal

(a) Each Party shall establish or maintain judicial, quasi-judicial, or administrative tribunals or procedures for the purpose of the prompt review and, where warranted, correction of final administrative actions regarding matters covered by this Treaty. Such tribunals shall be impartial and independent of the office or authority entrusted with administrative enforcement and shall not have any substantial interest in the outcome of the matter.

(b) Each Party shall ensure that, in any such tribunals or procedures, the parties to the proceeding are provided with the right to:

(i) a reasonable opportunity to support or defend their respective positions; and

(ii) a decision based on the evidence and submissions of record or, where required by domestic law, the record compiled by the administrative authority.

(c) Each Party shall ensure, subject to appeal or further review as provided in its domestic law, that such decisions shall be implemented by, and shall govern the practice of, the offices or authorities with respect to the administrative action at issue.

8. Standards-Setting

(a) Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of standards and

technical regulations by its central government bodies²⁸. Each Party shall allow persons of the other Party to participate in the development of these measures, and the development of conformity assessment procedures by its central government bodies, on terms no less favorable than those it accords to its own persons.

(b) Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of standards by those bodies. Each Party shall recommend that non-governmental standardizing bodies in its territory allow persons of the other Party to participate in the development of these standards, and the development of conformity assessment procedures by those bodies, on terms no less favorable than those they accord to persons of the Party.

(c) Subparagraphs 8(a) and 8(b) do not apply to:

(i) sanitary and phytosanitary measures as defined in Annex A of the World Trade Organization (WTO) Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures; or

(ii) purchasing specifications prepared by a governmental body for its production or consumption requirements.

(d) For purposes of subparagraphs 8(a) and 8(b), “central government body”, “standards”, “technical regulations” and “conformity assessment procedures” have the meanings assigned to those terms in Annex 1 of the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. Consistent with Annex 1, the three latter terms do not include standards, technical regulations or conformity assessment procedures for the supply of a service.

Article 12: Investment and Environment

1. The Parties recognize that their respective environmental laws and policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic environmental laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its environmental laws²⁹ in a manner that weakens or

²⁸ A Party may satisfy this obligation by, for example, providing interested persons a reasonable opportunity to provide comments on the measure it proposes to develop and taking those comments into account in the development of the measure

²⁹ Paragraph 2 shall not apply where a Party waives or derogates from an environmental law pursuant to a provision in law providing for waivers or derogations.

reduces the protections afforded in those laws, or fail to effectively enforce those laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

3. The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with paragraph 2 where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources.

4. For purposes of this Article, “environmental law” means each Party’s statutes or regulations³⁰, or provisions thereof, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human, animal, or plant life or health, through the:

- (a) prevention, abatement, or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants;
- (b) control of environmentally hazardous or toxic chemicals, substances, materials, and wastes, and the dissemination of information related thereto; or
- (c) protection or conservation of wild flora or fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas, in the Party’s territory, but does not include any statute or regulation, or provision thereof, directly related to worker safety or health.

5. Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

6. A Party may make a written request for consultations with the other Party regarding any matter arising under this Article. The other Party shall respond to a request for consultations within thirty days of receipt of such request. Thereafter, the Parties shall consult and endeavor to reach a mutually satisfactory resolution.

7. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public

participation regarding any matter arising under this Article.

Article 13: Investment and Labor

1. The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization (“ILO”) and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labor laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labor rights referred to in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3, or fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory.

3. For purposes of this Article, “labor laws” means each Party’s statutes or regulations³¹, or provisions thereof, that are directly related to the following:

- (a) freedom of association;
- (b) the effective recognition of the right to collective bargaining;
- (c) the elimination of all forms of forced or compulsory labor;
- (d) the effective abolition of child labor and a prohibition on the worst forms of child labor;
- (e) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and
- (f) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

4. A Party may make a written request for consultations with the other Party regarding any matter arising under this Article. The other Party shall respond to a request for consultations within thirty days of receipt of such request. Thereafter, the Parties shall consult and endeavor to reach a mutually satisfactory resolution.

5. The Parties confirm that each Party may, as appropriate, provide opportunities for public participation regarding any matter arising under this Article.

Article 14: Non-Conforming Measures

³⁰ For the United States, “statutes or regulations” for the purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

³¹ For the United States, “statutes or regulations” for purposes of this Article means an act of the United States Congress or regulations promulgated pursuant to an act of the United States Congress that is enforceable by action of the central level of government.

1. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at:

(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III,

(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I or Annex III, or

(iii) a local level of government;

(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], or 9 [Senior Management and Boards of Directors].

2. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.

3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Treaty and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.

4. Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles and in Article 5 of the TRIPS Agreement.

5. Articles 3 [National Treatment], 4 [Most-Favored-Nation Treatment], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to:

(a) government procurement; or

(b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.

Article 15: Special Formalities and Information Requirements

1. Nothing in Article 3 [National Treatment] shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with covered investments, such as a requirement that investors be residents of the Party or that covered investments be legally

constituted under the laws or regulations of the Party, provided that such formalities do not materially impair the protections afforded by a Party to investors of the other Party and covered investments pursuant to this Treaty.

2. Notwithstanding Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment], a Party may require an investor of the other Party or its covered investment to provide information concerning that investment solely for informational or statistical purposes. The Party shall protect any confidential business information from any disclosure that would prejudice the competitive position of the investor or the covered investment. Nothing in this paragraph shall be construed to prevent a Party from otherwise obtaining or disclosing information in connection with the equitable and good faith application of its law.

Article 16: Non-Derogation

This Treaty shall not derogate from any of the following that entitle an investor of a Party or a covered investment to treatment more favorable than that accorded by this Treaty:

1. laws or regulations, administrative practices or procedures, or administrative or adjudicatory decisions of a Party;

2. international legal obligations of a Party; or

3. obligations assumed by a Party, including those contained in an investment authorization or an investment agreement.

Article 17: Denial of Benefits

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:

(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or

(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.

2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

Article 19: Disclosure of Information

Nothing in this Treaty shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

Article 20: Financial Services

1. Notwithstanding any other provision of this Treaty, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system³². Where such measures do not conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Treaty.

2. (a) Nothing in this Treaty applies to non-discriminatory measures of general application taken by any public entity in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies. This paragraph shall not affect a Party's obligations under Article 7 [Transfers] or Article 8 [Performance Requirements]³³.

(b) For purposes of this paragraph, "public entity" means a central bank or monetary authority of a Party.

3. Where a claimant submits a claim to arbitration under Section B [Investor-State Dispute Settlement], and the respondent invokes paragraph 1 or 2 as a defense, the following provisions shall apply:

(a) The respondent shall, within 120 days of the date the claim is submitted to arbitration under Section B, submit in writing to the competent

financial authorities³⁴ of both Parties a request for a joint determination on the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. The respondent shall promptly provide the tribunal, if constituted, a copy of such request. The arbitration may proceed with respect to the claim only as provided in subparagraph (d).

(b) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other and shall attempt in good faith to make a determination as described in subparagraph (a). Any such determination shall be transmitted promptly to the disputing parties and, if constituted, to the tribunal. The determination shall be binding on the tribunal.

(c) If the competent financial authorities of both Parties, within 120 days of the date by which they have both received the respondent's written request for a joint determination under subparagraph (a), have not made a determination as described in that subparagraph, the tribunal shall decide the issue or issues left unresolved by the competent financial authorities. The provisions of Section B shall apply, except as modified by this subparagraph.

(i) In the appointment of all arbitrators not yet appointed to the tribunal, each disputing party shall take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to the particular sector of financial services in which the dispute arises shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

(ii) If, before the respondent submits the request for a joint determination in conformance with subparagraph (a), the presiding arbitrator has been appointed pursuant to Article 27(3), such arbitrator shall be replaced on the request of either disputing party and the tribunal shall be reconstituted consistent with subparagraph (c)(i). If, within 30 days of the date the arbitration proceedings are resumed under subparagraph (d), the disputing parties have not agreed on the appointment of a new presiding arbitrator, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint the presiding arbitrator consistent with subparagraph (c)(i).

(iii) The tribunal shall draw no inference regarding the application of paragraph 1 or 2 from the fact that the competent financial authorities have not

³² It is understood that the term "prudential reasons" includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions, as well as the maintenance of the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems.

³³ For greater certainty, measures of general application taken in pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies do not include measures that expressly nullify or amend contractual provisions that specify the currency of denomination or the rate of exchange of currencies.

³⁴ For purposes of this Article, "competent financial authorities" means, for the United States, the Department of the Treasury for banking and other financial services, and the Office of the United States Trade Representative, in coordination with the Department of Commerce and other agencies, for insurance; and for [Country], [].

made a determination as described in subparagraph (a).

(iv) The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the issue of whether and to what extent paragraph 1 or 2 is a valid defense to the claim. Unless it makes such a submission, the non-disputing Party shall be presumed, for purposes of the arbitration, to take a position on paragraph 1 or 2 not inconsistent with that of the respondent.

(d) The arbitration referred to in subparagraph (a) may proceed with respect to the claim:

(i) 10 days after the date the competent financial authorities' joint determination has been received by both the disputing parties and, if constituted, the tribunal; or

(ii) 10 days after the expiration of the 120-day period provided to the competent financial authorities in subparagraph (c).

(e) On the request of the respondent made within 30 days after the expiration of the 120-day period for a joint determination referred to in subparagraph (c), or, if the tribunal has not been constituted as of the expiration of the 120-day period, within 30 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall address and decide the issue or issues left unresolved by the competent financial authorities as referred to in subparagraph (c) prior to deciding the merits of the claim for which paragraph 1 or 2 has been invoked by the respondent as a defense. Failure of the respondent to make such a request is without prejudice to the right of the respondent to invoke paragraph 1 or 2 as a defense at any appropriate phase of the arbitration.

4. Where a dispute arises under Section C and the competent financial authorities of one Party provide written notice to the competent financial authorities of the other Party that the dispute involves financial services, Section C shall apply except as modified by this paragraph and paragraph 5.

(a) The competent financial authorities of both Parties shall make themselves available for consultations with each other regarding the dispute, and shall have 180 days from the date such notice is received to transmit a report on their consultations to the Parties. A Party may submit the dispute to arbitration under Section C only after the expiration of that 180-day period.

(b) Either Party may make any such report available to a tribunal constituted under Section C to decide the dispute referred to in this paragraph or a similar dispute, or to a tribunal constituted under Section B to decide a claim arising out of the same events or circumstances that gave rise to the dispute under Section C.

5. Where a Party submits a dispute involving financial services to arbitration under Section C in conformance with paragraph 4, and on the request of either Party within 30 days of the date the dispute is submitted to arbitration, each Party shall,

in the appointment of all arbitrators not yet appointed, take appropriate steps to ensure that the tribunal has expertise or experience in financial services law or practice. The expertise of particular candidates with respect to financial services shall be taken into account in the appointment of the presiding arbitrator.

6. Notwithstanding Article 11(2)-(4) [Transparency – Publication], each Party, to the extent practicable, (a) shall publish in advance any regulations of general application relating to financial services that it proposes to adopt and the purpose of the regulation;

(b) shall provide interested persons and the other Party a reasonable opportunity to comment on such proposed regulations; and

(c) should at the time it adopts final regulations, address in writing significant substantive comments received from interested persons with respect to the proposed regulations.

7. The terms “financial service” or “financial services” shall have the same meaning as in subparagraph 5(a) of the Annex on Financial Services of the GATS.

8. For greater certainty, nothing in this Treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement by a party of measures relating to investors of the other Party, or covered investments, in financial institutions that are necessary to secure compliance with laws or regulations that are not inconsistent with this Treaty, including those related to the prevention of deceptive and fraudulent practices or that deal with the effects of a default on financial services contracts, subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on investment in financial institutions.

Article 21: Taxation

1. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures.

2. Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if:

(a) the claimant has first referred to the competent tax authorities³⁵ of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and

³⁵ For the purposes of this Article, the “competent tax authorities” means: (a) for the United States, the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy), Department of the Treasury; and (b) for [Country], [].

(b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation.

3. Subject to paragraph 4, Article 8 [Performance Requirements] (2) through (4) shall apply to all taxation measures.

4. Nothing in this Treaty shall affect the rights and obligations of either Party under any tax convention. In the event of any inconsistency between this Treaty and any such convention, that convention shall prevail to the extent of the inconsistency. In the case of a tax convention between the Parties, the competent authorities under that convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exists between this Treaty and that convention.

Article 22: Entry into Force, Duration, and Termination

1. This Treaty shall enter into force thirty days after the date the Parties exchange instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force thereafter unless terminated in accordance with paragraph 2.

2. A Party may terminate this Treaty at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter by giving one year's written notice to the other Party.

3. For ten years from the date of termination, all other Articles shall continue to apply to covered investments established or acquired prior to the date of termination, except insofar as those Articles extend to the establishment or acquisition of covered investments.

SECTION B

Article 23: Consultation and Negotiation

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of nonbinding, third-party procedures.

Article 24: Submission of a Claim to Arbitration

1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim

(i) that the respondent has breached
(A) an obligation under Articles 3 through 10,
(B) an investment authorization, or
(C) an investment agreement; and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and

(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the

claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim (i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Articles 3 through 10,
(B) an investment authorization, or
(C) an investment agreement; and

(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach, provided that a claimant may submit pursuant to subparagraph (a)(i)(C) or (b)(i)(C) a claim for breach of an investment agreement only if the subject matter of the claim and the claimed damages directly relate to the covered investment that was established or acquired, or sought to be established or acquired, in reliance on the relevant investment agreement.

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent"). The notice shall specify:

(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;

(b) for each claim, the provision of this Treaty, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;

(c) the legal and factual basis for each claim; and

(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed.

3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:

(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the non-disputing Party are parties to the ICSID Convention;

(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the non-disputing Party is a party to the ICSID Convention;

(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or

(d) if the claimant and respondent agree, to any other arbitration institution or under any other arbitration rules.

4. A claim shall be deemed submitted to arbitration under this Section when the claimant's notice of or request for arbitration ("notice of arbitration"):

(a) referred to in paragraph 1 of Article 36 of the ICSID Convention is received by the Secretary-General;

(b) referred to in Article 2 of Schedule C of the ICSID Additional Facility Rules is received by the Secretary-General;

(c) referred to in Article 3 of the UNCITRAL Arbitration Rules, together with the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL

Arbitration Rules, are received by the respondent; or

(d) referred to under any arbitral institution or arbitral rules selected under paragraph 3(d) is received by the respondent.

A claim asserted by the claimant for the first time after such notice of arbitration is submitted shall be deemed submitted to arbitration under this Section on the date of its receipt under the applicable arbitral rules.

5. The arbitration rules applicable under paragraph 3, and in effect on the date the claim or claims were submitted to arbitration under this Section, shall govern the arbitration except to the extent modified by this Treaty.

6. The claimant shall provide with the notice of arbitration:

(a) the name of the arbitrator that the claimant appoints; or

(b) the claimant's written consent for the Secretary-General to appoint that arbitrator.

Article 25: Consent of Each Party to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Treaty.

2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:

(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; [and]

(b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing[.]" [;]" and

(c) Article I of the Inter-American Convention for an "agreement."]

Article 26: Conditions and Limitations on Consent of Each Party

1. No claim may be submitted to arbitration under this Section if more than three years have elapsed from the date on which the claimant first acquired, or should have first acquired, knowledge of the breach alleged under Article 24(1) and knowledge that the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) has incurred loss or damage.

2. No claim may be submitted to arbitration under this Section unless:

(a) the claimant consents in writing to arbitration in accordance with the procedures set out in this Treaty; and

(b) the notice of arbitration is accompanied,

(i) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(a), by the claimant's written waiver, and

(ii) for claims submitted to arbitration under Article 24(1)(b), by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue

before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24.

3. Notwithstanding paragraph 2(b), the claimant (for claims brought under Article 24(1)(a)) and the claimant or the enterprise (for claims brought under Article 24(1)(b)) may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

Article 27: Selection of Arbitrators

1. Unless the disputing parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each of the disputing parties and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the disputing parties.

2. The Secretary-General shall serve as appointing authority for an arbitration under this Section.

3. Subject to Article 20(3), if a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of a disputing party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

4. For purposes of Article 39 of the ICSID Convention and Article 7 of Schedule C to the ICSID Additional Facility Rules, and without prejudice to an objection to an arbitrator on a ground other than nationality:

(a) the respondent agrees to the appointment of each individual member of a tribunal established under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules;

(b) a claimant referred to in Article 24(1)(a) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant agrees in writing to the appointment of each individual member of the tribunal; and

(c) a claimant referred to in Article 24(1)(b) may submit a claim to arbitration under this Section, or continue a claim, under the ICSID Convention or the ICSID Additional Facility Rules, only on condition that the claimant and the enterprise agree in writing to the appointment of each individual member of the tribunal.

Article 28: Conduct of the Arbitration

1. The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall

determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention.

2. The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty.

3. The tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party.

4. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favor of the claimant may be made under Article 34.

(a) Such objection shall be submitted to the tribunal as soon as possible after the tribunal is constituted, and in no event later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial (or, in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment).

(b) On receipt of an objection under this paragraph, the tribunal shall suspend any proceedings on the merits, establish a schedule for considering the objection consistent with any schedule it has established for considering any other preliminary question, and issue a decision or award on the objection, stating the grounds therefor.

(c) In deciding an objection under this paragraph, the tribunal shall assume to be true claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in Article 20 of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

(d) The respondent does not waive any objection as to competence or any argument on the merits merely because the respondent did or did not raise an objection under this paragraph or make use of the expedited procedure set out in paragraph 5.

5. In the event that the respondent so requests within 45 days after the tribunal is constituted, the tribunal shall decide on an expedited basis an objection under paragraph 4 and any objection that the dispute is not within the tribunal's competence. The tribunal shall suspend any proceedings on the merits and issue a decision or award on the objection(s), stating the grounds therefor, no later than 150 days after the date of the request. However, if a disputing party requests a hearing, the tribunal may take an additional 30 days to issue the decision or award. Regardless of whether a hearing is requested, a tribunal may, on a showing of extraordinary cause, delay issuing its decision or

award by an additional brief period, which may not exceed 30 days.

6. When it decides a respondent's objection under paragraph 4 or 5, the tribunal may, if warranted, award to the prevailing disputing party reasonable costs and attorney's fees incurred in submitting or opposing the objection. In determining whether such an award is warranted, the tribunal shall consider whether either the claimant's claim or the respondent's objection was frivolous, and shall provide the disputing parties a reasonable opportunity to comment.

7. A respondent may not assert as a defense, counterclaim, right of set-off, or for any other reason that the claimant has received or will receive indemnification or other compensation for all or part of the alleged damages pursuant to an insurance or guarantee contract.

8. A tribunal may order an interim measure of protection to preserve the rights of a disputing party, or to ensure that the tribunal's jurisdiction is made fully effective, including an order to preserve evidence in the possession or control of a disputing party or to protect the tribunal's jurisdiction. A tribunal may not order attachment or enjoin the application of a measure alleged to constitute a breach referred to in Article 24. For purposes of this paragraph, an order includes a recommendation.

9. (a) In any arbitration conducted under this Section, at the request of a disputing party, a tribunal shall, before issuing a decision or award on liability, transmit its proposed decision or award to the disputing parties and to the non-disputing Party. Within 60 days after the tribunal transmits its proposed decision or award, the disputing parties may submit written comments to the tribunal concerning any aspect of its proposed decision or award. The tribunal shall consider any such comments and issue its decision or award not later than 45 days after the expiration of the 60-day comment period.

(b) Subparagraph (a) shall not apply in any arbitration conducted pursuant to this Section for which an appeal has been made available pursuant to paragraph 10.

10. In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29.

Article 29: Transparency of Arbitral Proceedings

1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:

- (a) the notice of intent;
- (b) the notice of arbitration;
- (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation];
- (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
- (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.

2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 18 [Essential Security Article] or Article 19 [Disclosure of Information Article].

4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:

- (a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);
- (b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;
- (c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1; and
- (d) The tribunal shall decide any objection regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may (i) withdraw all or part of its submission containing such information, or (ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and subparagraph (c). In

either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information.

5. Nothing in this Section requires a respondent to withhold from the public information required to be disclosed by its laws.

Article 30: Governing Law

1. Subject to paragraph 3, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(A) or Article 24(1)(b)(i)(A), the tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules of international law.

2. Subject to paragraph 3 and the other terms of this Section, when a claim is submitted under Article 24(1)(a)(i)(B) or (C), or Article 24(1)(b)(i)(B) or (C), the tribunal shall apply:

- (a) the rules of law specified in the pertinent investment authorization or investment agreement, or as the disputing parties may otherwise agree; or
- (b) if the rules of law have not been specified or otherwise agreed:
 - (i) the law of the respondent, including its rules on the conflict of laws³⁶; and
 - (ii) such rules of international law as may be applicable.

3. A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision.

Article 31: Interpretation of Annexes

1. Where a respondent asserts as a defense that the measure alleged to be a breach is within the scope of an entry set out in Annex I, II, or III, the tribunal shall, on request of the respondent, request the interpretation of the Parties on the issue. The Parties shall submit in writing any joint decision declaring their interpretation to the tribunal within 90 days of delivery of the request.

2. A joint decision issued under paragraph 1 by the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that joint decision. If the Parties fail to issue such a decision within 90 days, the tribunal shall decide the issue.

³⁶ The "law of the respondent" means the law that a domestic court or tribunal of proper jurisdiction would apply in the same case.

Article 32: Expert Reports

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety, or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.

Article 33: Consolidation

1. Where two or more claims have been submitted separately to arbitration under Article 24(1) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same events or circumstances, any disputing party may seek a consolidation order in accordance with the agreement of all the disputing parties sought to be covered by the order or the terms of paragraphs 2 through 10.

2. A disputing party that seeks a consolidation order under this Article shall deliver, in writing, a request to the Secretary-General and to all the disputing parties sought to be covered by the order and shall specify in the request:

- (a) the names and addresses of all the disputing parties sought to be covered by the order;
- (b) the nature of the order sought; and
- (c) the grounds on which the order is sought.

3. Unless the Secretary-General finds within 30 days after receiving a request under paragraph 2 that the request is manifestly unfounded, a tribunal shall be established under this Article.

4. Unless all the disputing parties sought to be covered by the order otherwise agree, a tribunal established under this Article shall comprise three arbitrators:

- (a) one arbitrator appointed by agreement of the claimants;
- (b) one arbitrator appointed by the respondent; and
- (c) the presiding arbitrator appointed by the Secretary-General, provided, however, that the presiding arbitrator shall not be a national of either Party.

5. If, within 60 days after the Secretary-General receives a request made under paragraph 2, the respondent fails or the claimants fail to appoint an arbitrator in accordance with paragraph 4, the Secretary-General, on the request of any disputing party sought to be covered by the order, shall appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. If the respondent fails to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the disputing Party, and if the claimants fail to appoint an arbitrator, the Secretary-General shall appoint a national of the non disputing Party.

6. Where a tribunal established under this Article is satisfied that two or more claims that have been submitted to arbitration under Article 24(1) have a question of law or fact in common, and arise out of the same events or circumstances, the tribunal may, in the interest of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:

- (a) assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims;
- (b) assume jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others; or
- (c) instruct a tribunal previously established under Article 27 [Selection of Arbitrators] to assume jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims, provided that
 - (i) that tribunal, at the request of any claimant not previously a disputing party before that tribunal, shall be reconstituted with its original members, except that the arbitrator for the claimants shall be appointed pursuant to paragraphs 4(a) and 5; and
 - (ii) that tribunal shall decide whether any prior hearing shall be repeated.

7. Where a tribunal has been established under this Article, a claimant that has submitted a claim to arbitration under Article 24(1) and that has not been named in a request made under paragraph 2 may make a written request to the tribunal that it be included in any order made under paragraph 6, and shall specify in the request:

- (a) the name and address of the claimant;
- (b) the nature of the order sought; and
- (c) the grounds on which the order is sought.

The claimant shall deliver a copy of its request to the Secretary-General.

8. A tribunal established under this Article shall conduct its proceedings in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, except as modified by this Section.

9. A tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a tribunal established or instructed under this Article has assumed jurisdiction.

10. On application of a disputing party, a tribunal established under this Article, pending its decision under paragraph 6, may order that the proceedings of a tribunal established under Article 27 [Selection of Arbitrators] be stayed, unless the latter tribunal has already adjourned its proceedings.

Article 34: Awards

1. Where a tribunal makes a final award against a respondent, the tribunal may award, separately or in combination, only:

- (a) monetary damages and any applicable interest; and

(b) restitution of property, in which case the award shall provide that the respondent may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution.

A tribunal may also award costs and attorney's fees in accordance with this Treaty and the applicable arbitration rules.

2. Subject to paragraph 1, where a claim is submitted to arbitration under Article 24(1)(b):

(a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise;

(b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and

(c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.

3. A tribunal may not award punitive damages.

4. An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case.

5. Subject to paragraph 6 and the applicable review procedure for an interim award, a disputing party shall abide by and comply with an award without delay.

6. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

(a) in the case of a final award made under the ICSID Convention,

(i) 120 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has requested revision or annulment of the award; or

(ii) revision or annulment proceedings have been completed; and

(b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules, the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules selected pursuant to Article 24(3)(d),

(i) 90 days have elapsed from the date the award was rendered and no disputing party has commenced a proceeding to revise, set aside, or annul the award; or

(ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside, or annul the award and there is no further appeal.

7. Each Party shall provide for the enforcement of an award in its territory.

8. If the respondent fails to abide by or comply with a final award, on delivery of a request by the non-disputing Party, a tribunal shall be established under Article 37 [State-State Dispute Settlement]. Without prejudice to other remedies available under applicable rules of international law, the requesting Party may seek in such proceedings:

(a) a determination that the failure to abide by or comply with the final award is inconsistent with the obligations of this Treaty; and

(b) a recommendation that the respondent abide by or comply with the final award.

9. A disputing party may seek enforcement of an arbitration award under the ICSID Convention or the New York Convention [or the Inter-American Convention] regardless of whether proceedings have been taken under paragraph 8.

10. A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention [and Article I of the Inter-American Convention].

Article 35: Annexes and Footnotes

The Annexes and footnotes shall form an integral part of this Treaty.

Article 36: Service of Documents

Delivery of notice and other documents on a Party shall be made to the place named for that Party in Annex C.

SECTION C

Article 37: State-State Dispute Settlement

1. Subject to paragraph 5, any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Treaty, that is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted on the request of either Party to arbitration for a binding decision or award by a tribunal in accordance with applicable rules of international law. In the absence of an agreement by the Parties to the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules shall govern, except as modified by the Parties or this Treaty.

2. Unless the Parties otherwise agree, the tribunal shall comprise three arbitrators, one arbitrator appointed by each Party and the third, who shall be the presiding arbitrator, appointed by agreement of the Parties. If a tribunal has not been constituted within 75 days from the date that a claim is submitted to arbitration under this Section, the Secretary-General, on the request of either Party, shall appoint, in his or her discretion, the arbitrator or arbitrators not yet appointed.

3. Expenses incurred by the arbitrators, and other costs of the proceedings, shall be paid for equally by the Parties. However, the tribunal may, in its discretion, direct that a higher proportion of the costs be paid by one of the Parties.

4. Articles 28(3) [Amicus Curiae Submissions], 29 [Investor-State Transparency], 30(1) and (3) [Governing Law], and 31 [Interpretation of Annexes] shall apply mutatis mutandis to arbitrations under this Article.

5. Paragraphs 1 through 4 shall not apply to a matter arising under Article 12 or Article 13.

IN WITNESS WHEREOF, the respective plenipotentiaries have signed this Treaty.

DONE in duplicate at [city] this [number] day of [month, year], in the English and [foreign] languages, each text being equally authentic.

welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

Annex A

Customary International Law

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

Annex B

Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation](1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation](1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public

**ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE
LA REPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE
GOUVERNEMENT DE _____ SUR
L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION
RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS³⁷**

Le Gouvernement de la République française et le
Gouvernement de
ci-après dénommés "les Parties contractantes",

Désireux de renforcer la coopération économique
entre les deux Etats et de créer des conditions
favorables pour les investissements français en ...
et ... en France,

Persuadés que l'encouragement et la protection de
ces investissements sont propres à stimuler les
transferts de capitaux et de technologie entre les
deux pays, dans l'intérêt de leur développement
économique,

Sont convenus des dispositions suivantes:

**ARTICLE 1
Définitions**

Pour l'application du présent accord :

1. Le terme "investissement" désigne tous les
avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes
natures et, plus particulièrement mais non
exclusivement:

- a) les biens meubles et immeubles, ainsi que
tous autres droits réels tels que les hypothèques,
privileges, usufruits, cautionnements et tous droits
analogues ;
- b) les actions, primes d'émission et autres formes de
participation, même minoritaires ou indirectes,
aux sociétés constituées sur le territoire de l'une
des Parties contractantes ;
- c) les obligations, créances et droits à toutes
prestations ayant valeur économique;
- d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale
et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets
d'invention, les licences, les marques déposées, les
modèles et maquettes industrielles, les procédés
techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la
clientèle ;
- e) les concessions accordées par la loi ou en
vertu d'un contrat, notamment les concessions

³⁷ Modèle d'accord de 2006, tel que reproduit in
CNUCED, *International Investment Instruments : A
Compendium - Volume V*, UNCTAD/DITE/2(Vol.
V), Publications des Nations Unies, 2000, Genève,
414 p.

relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou
l'exploitation de richesses naturelles, y compris
celles qui se situent dans la zone maritime des
Parties contractantes.

Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou
avoir été investis conformément à la législation de
la Partie contractante sur le territoire ou dans la
zone maritime de laquelle l'investissement est
effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du
présent accord.

Aucune modification de la forme
d'investissement des avoirs n'affecte leur
qualification d'investissement, à condition que
cette modification ne soit pas contraire à la
législation de la Partie contractante sur le territoire
ou dans la zone maritime de laquelle
l'investissement est réalisé.

2. Le terme de "nationaux" désigne les personnes
physiques possédant la nationalité de l'une des
Parties contractantes.

3. Le terme de "sociétés" désigne toute personne
morale constituée sur le territoire de l'une des
Parties contractantes, conformément à la législation
de celle-ci et y possédant son siège social, ou
contrôlée directement ou indirectement par des
nationaux de l'une des Parties contractantes, ou par
des personnes morales possédant leur siège social
sur le territoire de l'une des Parties contractantes et
constituées conformément à la législation de celle-
ci.

4. Le terme de "revenus" désigne toutes les sommes
produites par un investissement, telles que
bénéfices, redevances ou intérêts, durant une
période donnée. Les revenus de l'investissement
et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur
réinvestissement jouissent de la même protection
que l'investissement.

5. Le présent accord s'applique au territoire de
chacune des Parties contractantes ainsi qu'à la zone
maritime de chacune des Parties contractantes, ci-
après définie comme la zone économique et le
plateau continental qui s'étendent au-delà de la
limite des eaux territoriales de chacune des Parties
contractantes et sur lesquels elles ont, en
conformité avec le Droit international, des
droits souverains et une juridiction aux fins de
prospection, d'exploitation et de préservation des
ressources naturelles.

6. Aucune disposition du présent Accord ne sera
interprétée comme empêchant l'une des Parties
contractantes de prendre toute disposition visant à
régir les investissements réalisés par des
investisseurs étrangers et les conditions d'activités
desdits investisseurs, dans le cadre de mesures
destinées à préserver et à encourager la diversité
culturelle et linguistique.

**ARTICLE 2
Champ de l'accord**

Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs Etats fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté.

ARTICLE 3

Encouragement et admission des investissements

Chacune des Parties contractantes encourage et admet, 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 et dans sa zone maritime.

ARTICLE 4

Traitement juste et équitable

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du Droit international, aux investissements des nationaux et sociétés de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

ARTICLE 5

Traitement national et traitement de la Nation la plus favorisée

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux nationaux ou sociétés de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses nationaux ou sociétés, ou le traitement accordé aux nationaux ou sociétés de la Nation la plus favorisée si celui-ci est plus avantageux. A ce titre, les nationaux autorisés à

travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux nationaux ou sociétés d'un Etat tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les dispositions de cet Article ne s'appliquent pas aux questions fiscales.

ARTICLE 6

Dépossession et indemnisation

1. Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité juste et préalable dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.

3. Les nationaux ou sociétés de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la Nation la plus favorisée.

ARTICLE 7

Libre transfert

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, accorde à ces nationaux ou sociétés le libre transfert:

- a) des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants;
- b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1;
- c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ;
- d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ;
- e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 5, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non-discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois.

ARTICLE 8

Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un national ou une société de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre de ces parties, de manière inconditionnelle et nonobstant toute autre disposition contractuelle ou renonciation à l'arbitrage international, à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux

investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965.

ARTICLE 9

Garantie et subrogation

1. Dans la mesure où la réglementation de l'une des Parties contractantes prévoit une garantie pour les investissements effectués à l'étranger, celle-ci peut être accordée, dans le cadre d'un examen cas par cas, à des investissements effectués par des nationaux ou sociétés de cette Partie sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie.

2. Les investissements des nationaux et sociétés de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie ne pourront obtenir la garantie visée à l'alinéa ci-dessus que s'ils ont, au préalable, obtenu l'agrément de cette dernière Partie.

3. Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses nationaux ou à l'une de ses sociétés, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de ce national ou de cette société.

4. Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au C.I.R.D.I. ou à poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

ARTICLE 10

Engagement spécifique

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des nationaux et sociétés de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent accord. Les dispositions de l'article 7 du présent Accord s'appliquent même en cas d'engagement

spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 7 du présent Accord.

ARTICLE 11

Règlement des différends entre Parties contractantes

1. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent accord, à l'exclusion des différends relatifs aux investissements mentionnés à l'Article 8 du présent Accord, doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.

2. Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.

3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante: chaque Partie contractante désigne un membre, et les deux membres désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un Etat tiers qui est nommé Président du tribunal par les deux Parties contractantes. Tous les membres doivent être nommés dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle une des Parties contractantes a fait part à l'autre Partie contractante de son intention de soumettre le différend à arbitrage.

4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout autre accord, invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le Secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.

5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des voix. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante. A moins que le tribunal n'en dispose autrement, compte tenu de circonstances particulières, les frais de la procédure arbitrale, y compris les vacations des arbitres, sont répartis également entre les Parties Contractantes.

ARTICLE 12

Entrée en vigueur et durée

Chacune des Parties notifiera à l'autre l'accomplissement des procédures internes requises pour l'entrée en vigueur du présent accord, qui

prendra effet un mois après le jour de la réception de la dernière notification.

L'accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an.

A l'expiration de la période de validité du présent accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de vingt ans.

**ACCORD ENTRE LE GOUVERNEMENT DE
LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE ET LE
GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU
SENEGAL SUR LA PROMOTION ET LA
PROTECTION RECIPROQUES DES
INVESTISSEMENTS³⁸**

Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France,
Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont de nature à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique,

Sont convenus des dispositions suivantes:

ARTICLE 1
Définitions

Pour l'application du présent Accord:

1. Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement:

- a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnements et tous droits analogues;
- b) les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes;
- c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique;
- d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle;
- e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des Parties contractantes.

Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est

effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé.

2. Le terme d'« investisseur » désigne :

- a) Les nationaux, c'est-à-dire les personnes physiques possédant la nationalité de l'une des Parties contractantes ;
- b) Toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social.
- b) Toute personne morale constituée sur le territoire de l'une des Parties contractantes conformément à la législation de celle-ci et y possédant son siège social.

Sont notamment considérées comme des personnes morales au sens du présent article les sociétés, d'une part, et les organisations à but non lucratif dotées de la personnalité juridique d'autre part.

3. Le terme de "revenus" désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances ou intérêts, durant une période donnée.

Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement.

4. Le présent Accord s'applique:

Pour la République française: à son territoire ainsi qu'à sa zone maritime, ci-après définie comme la zone économique et le plateau continental qui s'étendent au-delà de la limite de ses eaux territoriales et sur lesquels elle a, en conformité avec le droit international, des droits souverains et une juridiction aux fins de prospection, d'exploitation et de préservation des ressources naturelles.

Pour la République du Sénégal:

- a) tous les territoires et îles qui, conformément à la législation du Sénégal, constituent l'État du Sénégal;
- b) les eaux territoriales;
- c) toute zone située au-delà des eaux territoriales qui, conformément au droit international, est ou sera définie par la législation du Sénégal comme une zone, plateau continental inclus, sur laquelle peuvent être exercés les droits du Sénégal en ce qui concerne la mer, les fonds marins, ainsi que leurs ressources naturelles.

5. Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures

³⁸ Accord du 26 juillet 2007, conclu à Dakar et disponible sur le site Internet France – Diplomatie du Ministère des Affaires Étrangères : <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/Traites/Accords/Traites.php>.

destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique, conformément à la Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO.

ARTICLE 2

Champ de l'accord

Pour l'application du présent Accord, il est entendu que les Parties contractantes sont responsables des actions ou omissions de leurs collectivités publiques, et notamment de leurs États fédérés, régions, collectivités locales ou de toute autre entité sur lesquels la Partie contractante exerce une tutelle, la représentation ou la responsabilité de ses relations internationales ou sa souveraineté.

Le présent Accord ne s'applique pas aux questions entrant dans le champ de la Convention fiscale bilatérale, signée entre les Parties contractantes le 29 mars 1974 et à toute convention qui suivra celle-ci.

Le présent Accord couvre l'ensemble des investissements effectués, avant ou après son entrée en vigueur. Il ne couvre pas les différends survenus avant son entrée en vigueur. Toutefois, les parties à ces différends s'efforceront d'en appliquer les dispositions.

ARTICLE 3

Encouragement et admission des investissements

Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime.

ARTICLE 4

Traitement juste et équitable

Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait.

En particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme des entraves de droit ou de fait au traitement juste et équitable, toute restriction à l'achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d'énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d'exploitation de tout genre, toute entrave à la vente et au transport des produits à l'intérieur du pays et à l'étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effet analogue.

Les Parties contractantes faciliteront dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduites par des nationaux d'une Partie contractante, au titre d'un investissement réalisé sur

le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante.

ARTICLE 5

Traitement national et traitement de la Nation la plus favorisée

Chaque Partie contractante applique, sur son territoire et dans sa zone maritime, aux investisseurs de l'autre Partie, en ce qui concerne leurs investissements et activités liées à ces investissements, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses investisseurs, ou le traitement accordé aux investisseurs de la Nation la plus favorisée, si celui-ci est plus avantageux.

A ce titre, les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des Parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles.

Ce traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État tiers, en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun ou toute autre forme d'organisation économique régionale.

Les principes visés au présent article ne sont pas applicables pour ce qui concerne les avantages particuliers accordés aux institutions financières de développement.

ARTICLE 6

Dépossession et indemnisation

1. Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.

2. Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Cette indemnité, son montant et ses modalités de versement sont fixés au plus tard à la date de la dépossession. Cette indemnité est effectivement réalisable, versée sans retard et librement transférable. Elle produit, jusqu'à la date de versement, des intérêts calculés au taux d'intérêt de marché approprié.

3. Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement non moins

favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à ceux de la Nation la plus favorisée.

ARTICLE 7

Libre transfert

Chaque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante, accorde à ces investisseurs le libre transfert :

- a) des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants;
- b) des redevances découlant des droits incorporels désignés au paragraphe 1, lettres d) et e) de l'Article 1;
- c) des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés;
- d) du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi;
- e) des indemnités de dépossession ou de perte prévues à l'Article 6, paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

Les nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement agréé, sont également autorisés à transférer dans leur pays d'origine une quotité appropriée de leur rémunération.

Les transferts visés aux paragraphes précédents sont effectués sans retard au taux de change normal officiellement applicable à la date du transfert.

Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non-discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois.

Les dispositions des alinéas précédents du présent article, ne s'opposent pas à l'exercice de bonne foi, par une Partie contractante, de ses obligations internationales ainsi que de ses droits et obligations au titre de sa participation ou de son association à une zone de libre échange, une union douanière, un marché commun, une union économique et monétaire ou toute autre forme de coopération ou d'intégration régionale.

ARTICLE 8

Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante

Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est réglé à l'amiable entre les deux parties concernées.

Si un tel différend n'a pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle un règlement amiable a été demandé par l'une ou l'autre des parties au différend, il est soumis à la demande de l'investisseur concerné à l'arbitrage:

- a) d'un tribunal arbitral ad hoc constitué selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.), ou ;
- b) du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, ou ;
- c) de la Cour commune de justice et d'arbitrage créée par le Traité de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique du 17 octobre 1993 (O.H.A.D.A.), lorsque les parties aux différends relèvent de ce Traité.

Dans le cas où le différend est de nature à engager la responsabilité pour les actions ou omissions de collectivités publiques ou d'organismes dépendants de l'une des deux Parties contractantes, au sens de l'article 2 du présent accord, ladite collectivité publique ou ledit organisme sont tenus de donner leur consentement de manière inconditionnelle au recours à l'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (C.I.R.D.I.), au sens de l'article 25 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965.

ARTICLE 9

Garantie et subrogation

1. Dans la mesure où la réglementation de l'une des Parties contractantes prévoit une garantie pour les investissements effectués à l'étranger, celle-ci peut être accordée, dans le cadre d'un examen au cas par cas, à des investissements effectués par des investisseurs de cette Partie sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie.

2. Les investissements des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie ne pourront obtenir la garantie visée à l'alinéa ci-dessus que s'ils ont, au préalable, obtenu l'agrément de cette dernière Partie.

3. Si l'une des Parties contractantes, en vertu d'une garantie donnée pour un investissement réalisé sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie, effectue des versements à l'un de ses investisseurs, elle est, de ce fait, subrogée dans les droits et actions de cet investisseur.

4. Lesdits versements n'affectent pas les droits du bénéficiaire de la garantie à recourir au C.I.R.D.I. ou à poursuivre les actions introduites devant lui jusqu'à l'aboutissement de la procédure.

ARTICLE 10
Engagement spécifique

Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent Accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent Accord. Les dispositions de l'article 8 du présent Accord s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 8 du présent Accord.

ARTICLE 11
Règlement des différends entre Parties contractantes

1. Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Accord, doivent être réglés, si possible, par la voie diplomatique.
2. Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage.
3. Ledit tribunal sera constitué pour chaque cas particulier de la manière suivante: chaque Partie contractante désigne un membre dans un délai de deux mois et les deux membres, ainsi nommés, désignent, d'un commun accord, un ressortissant d'un État tiers qui est nommé Président du tribunal par les deux Parties contractantes dans un délai de deux mois, à compter de la date de nomination du dernier des deux membres.
4. Si les délais fixés au paragraphe 3 ci-dessus n'ont pas été observés, l'une ou l'autre Partie contractante, en l'absence de tout autre accord, invite le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à procéder aux désignations nécessaires. Si le Secrétaire général est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Secrétaire général adjoint le plus ancien et ne possédant pas la nationalité de l'une des Parties contractantes procède aux désignations nécessaires.
5. Le tribunal d'arbitrage prend ses décisions à la majorité des VOIX. Ces décisions sont définitives et exécutoires de plein droit pour les Parties contractantes.

Le tribunal fixe lui-même son règlement. Il interprète la sentence à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante.

Chaque Partie contractante prendra à sa charge les frais de l'arbitre qu'elle aura désigné, ainsi que la

moitié des frais du Président du tribunal et des frais administratifs de la procédure arbitrale.

Article 12
Interdictions et restrictions

Les Parties contractantes peuvent, lorsqu'elles élaborent ou modifient leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger l'environnement, à condition que ces mesures n'entravent pas l'application des dispositions du présent Accord.

ARTICLE 13
Entrée en vigueur et durée

Chacune des Parties notifiera à l'autre l'accomplissement des procédures internes requises pour l'entrée en vigueur du présent Accord, qui prendra effet un mois après le jour de la réception de la dernière notification.

L'Accord est conclu pour une durée initiale de dix ans. Il restera en vigueur après ce terme, à moins que l'une des Parties ne le dénonce par la voie diplomatique avec préavis d'un an.

A l'expiration de la période de validité du présent Accord, les investissements effectués pendant qu'il était en vigueur continueront de bénéficier de la protection de ses dispositions pendant une période supplémentaire de vingt ans.

En foi de quoi, les représentants soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, ont signé le présent Accord.

Signé à Dakar. SENEGAL, le 26 juillet 2007 en deux originaux en langue française.

Pour le Gouvernement de la République française
Jean-Marie BOCKEL
Secrétaire d'Etat auprès du Ministre des Affaires étrangères. Chargé de la Coopération et de la Francophonie
Pour le Gouvernement de la République du Sénégal
Tidiane GADIOO Ministre d'Etat, Ministre des Affaires étrangères

**AGREEMENT BETWEEN THE
GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF
INDIA AND THE GOVERNMENT OF THE
REPUBLIC OF... FOR THE PROMOTION
AND PROTECTION OF INVESTMENTS³⁹**

The Government of the Republic of India and the Government of the Republic of (hereinafter referred to as the "Contracting Parties");

Desiring to create conditions favourable for fostering greater investment by investors of one State in the territory of the other State;

Recognizing that the encouragement and reciprocal protection under International agreement of such investment will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States;

Have agreed as follows:

**ARTICLE 1
Definitions**

For the purposes of this Agreement:

(a) "Companies" means:

(i) in respect of India : corporations, firms and associations incorporated or constituted or established under the law in force in any part of India;

(ii) in respect of

(b) "investment" means every kind of asset established or acquired including changes in the form of such investment, in accordance with the national laws of the Contracting Party in whose territory the investment is made and in particular, though not exclusively, includes:

(i) movable and immovable property as well as other rights such as mortgages, liens or pledges;

(ii) shares in and stock and debentures of a company and any other similar forms of participation in a company;

(iii) rights to money or to any performance under contract having a financial value;

(iv) intellectual property rights, in accordance with the relevant laws of the respective Contracting Party;

(v) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for and extract oil and other minerals;

(c) "investors" means any national or company of a Contracting Party;

(d) "nationals" means:

(i) In respect of India : persons deriving their status as Indian nationals from the law in force in India;

(ii) In respect of

(e) "returns" means the monetary amounts yielded by an investment such as profit, interest, capital gains, dividends, royalties and fees;

(f) "territory" means:

(a) in respect of India : the territory of the Republic of India including its territorial waters and the airspace above it and other maritime zones including the Exclusive Economic Zone and continental shelf over which the Republic of India has sovereignty, sovereign rights or exclusive jurisdiction in accordance with its laws in force, the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and International Law.

(b) in respect of

ARTICLE 2

Scope of the Agreement

This Agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, accepted as such in accordance with its laws and regulations, whether made before or after the coming into force of this Agreement.

ARTICLE 3

Promotion and Protection of Investment

(1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to make investments in its territory, and admit such investments in accordance with its laws and policy.

(2) Investments and returns of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.

ARTICLE 4

National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment

(1) Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party, treatment which shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own or investments of investors of any third State.

(2) In addition, each Contracting Party shall accord to investors of the other Contracting Party, including in respect of returns on their investments, treatment which shall not be less favourable than that accorded to investors of any third State.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) above shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:

(a) any existing or future customs unions or similar international agreement to which it is or may become a party, or

(b) any matter pertaining wholly or mainly to taxation.

³⁹ Modèle d'accord de 2003, disponible sur le site Internet : <http://italaw.com/investment-treaties>.

ARTICLE 5

Expropriation

(1) Investments of investors of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose in accordance with law on a non-discriminatory basis and against fair and equitable compensation. Such compensation shall amount to the genuine value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a fair and equitable rate until the date of payment, shall be made without unreasonable delay, be effectively realizable and be freely transferable.

(2) The investor affected shall have right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to review, by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph. The Contracting Party making the expropriation shall make every endeavor to ensure that such review is carried out promptly.

(3) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its own territory, and in which investors of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to ensure fair and equitable compensation in respect of their investment to such investors of the other Contracting Party who are owners of those shares.

ARTICLE 6

Compensation for Losses

Investors of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, a state of national emergency or civil disturbances in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own investors or to investors of any third State. Resulting payments shall be freely transferable.

ARTICLE 7

Repatriation of Investment and Returns

(1) Each Contracting Party shall permit all funds of an investor of the other Contracting Party related to an investment in its territory to be freely

transferred, without unreasonable delay and on a non-discriminatory basis. Such funds may include:

(a) Capital and additional capital amounts used to maintain and increase investments;

(b) Net operating profits including dividends and interest in proportion to their share-holdings;

(c) Repayments of any loan including interest thereon, relating to the investment;

(d) Payment of royalties and services fees relating to the investment;

(e) Proceeds from sales of their shares;

(f) Proceeds received by investors in case of sale or partial sale or liquidation;

(g) The earnings of citizens/nationals of one Contracting Party who work in connection with investment in the territory of the other Contracting Party.

(2) Nothing in paragraph (1) of this Article shall affect the transfer of any compensation under Article 6 of this Agreement.

(3) Unless otherwise agreed to between the parties, currency transfer under paragraph (1) of this Article shall be permitted in the currency of the original Investment or any other convertible currency. Such transfer shall be made at the prevailing market rate of exchange on the date of transfer.

ARTICLE 8

Subrogation

Where one Contracting Party or its designated agency has guaranteed any indemnity against non-commercial risks in respect of an investment by any of its investors in the territory of the other Contracting Party and has made payment to such investors in respect of their claims under this Agreement, the other Contracting Party agrees that the first Contracting Party or its designated agency is entitled by virtue of subrogation to exercise the rights and assert the claims of those investors. The subrogated rights or claims shall not exceed the original rights or claim of such investors.

ARTICLE 9

Settlement of Disputes Between an Investor and a Contracting Party

(1) Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party in relation to an investment of the former under this Agreement shall, as far as possible, be settled amicably through negotiations between the parties to the dispute.

(2) Any such dispute which has not been amicably settled within a period of six months may, if both Parties agree, be submitted:

(a) for resolution, in accordance with the law of the Contracting Party which has admitted the investment to that Contracting Party's competent judicial, arbitral or administrative bodies; or

(b) to International conciliation under the Conciliation Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

(3) Should the Parties fail to agree on a dispute settlement procedure provided under paragraph (2) of this Article or where a dispute is referred to conciliation but conciliation proceedings are terminated other than by signing of a settlement agreement, the dispute may be referred to Arbitration. The Arbitration procedure shall be as follows:

(a) If the Contracting Party of the Investor and the other Contracting Party are both parties to the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of other States, 1965 and the investor consents in writing to submit the dispute to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes such a dispute shall be referred to the Centre; or

(b) If both parties to the dispute so agree, under the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding proceedings; or

(c) to an ad hoc arbitral tribunal by either party to the dispute in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, 1976, subject to the following modifications:

(i) The appointing authority under Article 7 of the Rules shall be the President, the Vice-President or the next senior Judge of the International Court of Justice, who is not a national of either Contracting Party. The third arbitrator shall not be a national of either Contracting party.

(ii) The parties shall appoint their respective arbitrators within two months.

(iii) The arbitral award shall be made in accordance with the provisions of this Agreement and shall be binding for the parties in dispute.

(iv) The arbitral tribunal shall state the basis of its decision and give reasons upon the request of either party.

ARTICLE 10

Disputes Between the Contracting Parties

(1) Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement should, as far as possible, be settled through negotiation.

(2) If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled within six months from the time the dispute arose, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.

(3) Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way. Within two months of the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint one member of the tribunal. Those two members shall then select a national of a third State who on

approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal. The Chairman shall be appointed within two months from the date of appointment of the other two members.

(4) If within the periods specified in paragraph (3) of this Article the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the Member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.

(5) The arbitral tribunal shall reach its decision by a majority of votes. Such decisions shall be binding on both Contracting Parties. Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the arbitral proceedings; the cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties. The tribunal may, however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two Contracting Parties, and this award shall be binding on both Contracting Parties. The tribunal shall determine its own procedures.

ARTICLE 11

Entry and Sojourn of Personnel

A Contracting Party shall, subject to its laws applicable from time to time relating to the entry and sojourn of non-citizens, permit natural persons of the other Contracting Party and personnel employed by companies of the other Contracting Party to enter and remain in its territory for the purpose of engaging in activities connected with investments.

ARTICLE 12

Applicable Laws

(1) Except as otherwise provided in this Agreement, all investment shall be governed by the laws in force in the territory of the Contracting Party in which such investments are made.

(2) Notwithstanding paragraph (1) of this Article nothing in this Agreement precludes the host Contracting Party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non discriminatory basis.

ARTICLE 13

Application of other Rules

If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.

ARTICLE 14

Entry into Force

This Agreement shall be subject to ratification and shall enter into force on the date of exchange of Instruments of Ratification.

ARTICLE 15

Duration and Termination

(1) This agreement shall remain in force for a period of ten years and thereafter it shall be deemed to have been automatically extended unless either Contracting Party gives to the other Contracting Party a written notice of its intention to terminate the Agreement. The Agreement shall stand terminated one year from the date on receipt of such written notice.

(2) Notwithstanding termination of this Agreement pursuant to paragraph (1) of this Article, the Agreement shall continue to be effective for a further period of fifteen years from the date of its termination in respect of investments made or acquired before the date of termination of this Agreement.

In witness whereof the undersigned, duly authorised thereto by their respective Governments, have signed this Agreement. Done at on this 2003 in two originals each in the Hindi and English languages, both the texts being equally authoritative. In case of any divergence, the English text shall prevail.

For the Government of the Republic of
For the Government of the Republic of India

**ACCORD SUR L'ENCOURAGEMENT ET LA
PROTECTION RECIPROQUE DES
INVESTISSEMENTS ENTRE ET LE
ROYAUME DES PAYS-BAS⁴⁰**

Ci-après dénommés les Parties Contractantes,

Désireux de renforcer leurs liens traditionnels d'amitié et de développer et d'intensifier leurs relations économiques, en particulier en ce qui concerne les investissements effectués par les ressortissants d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante,

Reconnaissant qu'un accord relatif au traitement à accorder à de tels investissements est de nature à stimuler les flux de capitaux et de technologies ainsi que le développement économique des Parties Contractantes et qu'un traitement juste et équitable des investissements est souhaitable,

Sont convenus de ce qui suit:

Article 1

Pour l'application du présent Accord:

(a) le terme "investissement" désigne toutes les catégories d'actifs, et plus particulièrement mais non exclusivement:

(i) les biens meubles et immeubles ainsi que tous les droits réels relatifs à toutes les catégories d'actifs;

(ii) les droits résultant d'actions, d'obligations et d'autres formes de participation dans des sociétés et joint ventures;

(iii) les droits de créance, les droits liés à d'autres actifs ou les droits portant sur toute prestation ayant une valeur économique;

(iv) les droits dans le domaine de la propriété intellectuelle, des procédés techniques, du goodwill et du savoir-faire;

(v) les droits accordés par la loi ou par contrat, y compris les concessions accordées en vue de la prospection, l'exploration, l'extraction et l'exploitation de ressources naturelles;

(b) le terme "ressortissants" englobe, pour chacune des deux Parties Contractantes:

(i) les personnes physiques ayant la nationalité de cette Partie Contractante;

(ii) les personnes morales constituées selon le droit de cette Partie Contractante;

(iii) les personnes morales non constituées selon le droit de cette Partie Contractante mais contrôlées,

directement ou indirectement, par des personnes physiques comme définies sous (i) ou par des personnes morales comme définies sous (ii).

(c) le terme "territoire" désigne:

le territoire de la Partie Contractante concernée et toute zone adjacente à la mer territoriale qui, selon la législation de la Partie Contractante concernée, et conformément au droit international, est la zone économique exclusive ou le plateau continental de la Partie Contractante concernée où cette Partie exerce sa juridiction ou ses droits souverains.

Article 2

Chaque Partie Contractante s'engage, dans le cadre de ses lois et réglementations, à promouvoir la coopération économique par la protection des investissements effectués sur son territoire par les ressortissants de l'autre Partie Contractante. Sous réserve de son droit à exercer les pouvoirs que lui confèrent ses lois et réglementations, chaque Partie Contractante admettra de tels investissements.

Article 3

(1) Chaque Partie Contractante s'engage à assurer un traitement juste et équitable des investissements effectués par des ressortissants de l'autre Partie Contractante et n'entravera pas, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, le fonctionnement, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession de ces investissements pour lesdits ressortissants. Chaque Partie Contractante accordera à ces investissements sécurité et protection physique intégrale.

(2) Chaque Partie Contractante accordera plus particulièrement à ces investissements un traitement qui ne sera en aucune manière moins favorable que celui dont bénéficient les investissements effectués par ses propres ressortissants ou par les ressortissants de tout autre État tiers, en tout cas le traitement qui soit le plus favorable au ressortissant concerné.

(3) Si une Partie Contractante a accordé des avantages spéciaux à des ressortissants d'un État tiers en vertu d'accords instaurant des unions douanières, des unions économiques, des unions monétaires ou des institutions analogues ou sur la base d'accords visant à l'instauration de telles unions ou institutions, cette Partie Contractante ne sera pas obligée d'accorder ces avantages aux ressortissants de l'autre Partie Contractante.

(4) Chaque Partie Contractante respectera toute obligation qu'elle aura contractée en ce qui concerne les investissements effectués par des ressortissants de l'autre Partie Contractante.

(5) Si les dispositions légales de l'une des Parties Contractantes ou les obligations découlant du droit international, actuellement en vigueur ou établies ultérieurement, et liant les Parties Contractantes dans le cadre de dispositions additionnelles par rapport au présent Accord, contiennent une

⁴⁰ Modèle d'accord des Pays-Bas de 1997, disponible in CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium - Volume V*, UNCTAD/DITE/2(Vol. V), Publications des Nations Unies, 2000, New York / Genève, 414 p., p. 317 et s.

réglementation, de caractère général ou particulier, ouvrant droit, pour les investissements des ressortissants de l'autre Partie Contractante à un traitement plus favorable que celui prévu dans le présent Accord, ladite réglementation prévaudra sur le présent Accord dans la mesure où elle est plus favorable que le présent Accord.

Article 4

En ce qui concerne les taxes, droits et charges, ainsi que les déductions et exonérations fiscales, chaque Partie Contractante accordera aux ressortissants de l'autre Partie Contractante ayant entrepris quelque activité économique sur son territoire, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres ressortissants ou à ceux d'un État tiers se trouvant dans les mêmes conditions, en tout cas le traitement qui soit le plus favorable aux ressortissants concernés. Il ne sera cependant pas tenu compte, dans ce contexte, des avantages fiscaux particuliers accordés par ladite Partie Contractante:

- a) en vertu d'une convention tendant à éviter la double imposition;
- b) du fait de sa participation à une union douanière, à une union économique ou à une institution analogue; ou
- c) sur la base de la réciprocité avec un État tiers.

Article 5

Les Parties Contractantes garantiront que des paiements résultants d'activités d'investissement pourront être transférés. Les transferts se feront sans restrictions ni délais, dans une monnaie librement convertible. Ces transferts comprennent en particulier, mais non exclusivement:

- a) des bénéfices, intérêts, dividendes et autres revenus courants;
- b) des fonds nécessaires:
 - (i) à l'acquisition de matières premières ou de matériaux auxiliaires, de produits semi-finis ou finis, ou
 - (ii) au remplacement de biens d'équipement en vue d'assurer la continuité d'un investissement;
- c) des fonds supplémentaires nécessaires au développement d'un investissement;
- d) des fonds servant au remboursement d'emprunts;
- e) des redevances ou les frais de gestion;
- f) des revenus des personnes physiques;
- g) le produit de la vente ou de la liquidation de l'investissement;
- h) des paiements résultant d'une situation comme visée à l'Article 7.

Article 6

Aucune Partie Contractante ne prendra contre des ressortissants de l'autre Partie Contractante des mesures les privant directement ou indirectement de leurs investissements, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

a) les mesures sont prises dans l'intérêt public et dans le cadre d'une bonne administration de la justice;

b) les mesures ne sont pas discriminatoires ni contraaires à des engagements pris par la Partie Contractante qui prend de telles mesures;

c) les mesures sont prises moyennant le paiement d'une juste indemnisation.

Cette indemnisation correspondra à la valeur réelle de l'investissement concerné, comprendra le paiement d'intérêt au taux commercial normal jusqu'à la date du paiement et, afin d'être effective pour les requérants, sera payée et rendue transférable sans délai vers le pays désigné par les requérants concernés et dans la monnaie du pays dont ils sont ressortissants ou dans toute monnaie librement convertible acceptée par les requérants.

Article 7

Les ressortissants d'une Partie Contractante qui subissent, du fait d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'une révolution, d'un état d'urgence national, d'une révolte, d'une insurrection ou d'une émeute, des pertes par rapport aux investissements qu'ils ont faits sur le territoire de l'autre Partie Contractante, se verront accorder de la part de cette dernière Partie Contractante, en ce qui concerne les restitutions, dommages-intérêts, indemnisations ou autres dédommagements, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui accordé aux ressortissants de cette Partie Contractante ou aux ressortissants de tout autre État tiers, en tout cas le traitement qui soit le plus favorable aux ressortissants concernés.

Article 8

Si les investissements d'un ressortissant de l'une des Parties Contractantes sont assurés contre des risques non commerciaux ou peuvent faire l'objet de quelque autre manière du paiement de dommages-intérêts, aux termes d'un système prévu par la loi, par une réglementation ou par un contrat public, toute subrogation de l'assureur ou du réassureur ou d'une agence désignée par une des Parties Contractantes dans les droits dudit ressortissant, conformément aux termes de l'assurance contractée ou de toute autre indemnisation accordée, sera reconnue par l'autre Partie Contractante.

Article 9

Chacune des Parties Contractantes consent à soumettre tout différend surgissant entre une Partie Contractante et un ressortissant de l'autre Partie Contractante au sujet d'un investissement effectué par ce ressortissant sur le territoire de l'autre Partie Contractante, au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, en vue d'un règlement par conciliation ou arbitrage, conformément à la

Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ouverte à la signature le 18 mars 1965 à Washington. Une personne morale ressortissante de l'une des Parties Contractantes et que, avant l'apparition du différend, est contrôlée par des ressortissants de l'autre Partie Contractante, sera, conformément à l'article 25, paragraphe 2, sous b, de ladite Convention, considérée comme un ressortissant de l'autre Partie Contractante pour l'application de la Convention.

Article 10

Les dispositions du présent Accord s'appliqueront également, à compter de la date de son entrée en vigueur, aux investissements effectués avant cette date.

Article 11

Chaque Partie Contractante pourra proposer à l'autre Partie des consultations sur toute question concernant l'interprétation ou l'application du présent Accord. L'autre Partie examinera une telle proposition avec bienveillance et prendra toutes les mesures appropriées pour permettre une telle consultation.

Article 12

(1) Tout différend entre les Parties Contractantes relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Accord et ne pouvant pas être réglé dans un délai raisonnable par la voie diplomatique, sera soumis, à moins que les Parties n'en soient convenues autrement, à la demande de l'une des Parties, à un tribunal arbitral composé de trois membres. Chaque Partie désignera un arbitre, et les deux arbitres ainsi désignés proposeront d'un commun accord, comme leur président, un troisième arbitre qui ne devra pas être ressortissant de l'une des deux Parties.

(2) Si l'une des Parties n'a pas désigné son arbitre et qu'elle n'ait pas donné suite à l'invitation adressée par l'autre Partie à procéder, dans les deux mois, à cette désignation, l'autre Partie pourra prier le Président de la Cour Internationale de Justice de procéder à la nomination nécessaire.

(3) Si, dans un délai de deux mois à compter de leur désignation, les deux arbitres ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur le choix du troisième arbitre, chacune des Parties pourra prier le Président de la Cour Internationale de Justice de procéder à la nomination nécessaire.

(4) Si, dans les cas prévus aux paragraphes (2) et (3), le Président de la Cour Internationale de Justice ne peut s'acquitter de ladite charge ou s'il est ressortissant de l'une des Parties Contractantes, le Vice-Président sera prié de procéder aux nominations nécessaires. Si le Vice-Président ne peut s'acquitter de ladite charge ou s'il est ressortissant de l'une des Parties Contractantes, le membre de la Cour suivant immédiatement dans la

hiérarchie et qui n'est pas ressortissant de l'une des Parties sera prié de procéder aux nominations nécessaires.

(5) Le tribunal statuera dans le respect du droit. Avant de prendre sa décision, il pourra, à n'importe quel stade de la procédure, proposer aux Parties un règlement à l'amiable du différend. Les dispositions précédentes n'affectent pas la compétence du tribunal de statuer *ex aequo et bono* si les Parties en sont d'accord.

(6) Le tribunal fixera lui-même la procédure à suivre, sauf si les Parties en décident autrement.

(7) Le tribunal prendra sa décision à la majorité des voix. Sa décision sera définitive et exécutoire pour les Parties.

Article 13

En ce qui concerne le Royaume des Pays-Bas, le présent Accord s'appliquera à la partie du Royaume située en Europe, aux Antilles néerlandaises et à Aruba, à moins que la notification visées à l'article 14, paragraphe (1) n'en dispose autrement.

Article 14

(1) Le présent Accord entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant la date où les Parties Contractantes se seront mutuellement notifiées par écrit que les formalités constitutionnellement requises à cet effet ont été accomplies. Le présent Accord restera en vigueur pendant une période de quinze ans.

(2) Sauf dénonciation notifiée par l'une des Parties Contractantes six mois au moins avant son expiration, la durée de validité du présent Accord sera tacitement prolongée chaque fois pour une période de dix ans, les Parties Contractantes se réservant le droit de dénoncer l'Accord par notification faite six mois au moins avant l'expiration de la période de validité en cours.

(3) Les articles précédents resteront en vigueur, pour les investissements qui auront été effectués avant la date de l'expiration du présent Accord, pendant une période de quinze ans à compter de la date d'expiration.

(4) Compte tenu des délais visés au paragraphe (2), le Royaume des Pays-Bas sera habilité à mettre fin séparément à l'application du présent Accord pour chacune des parties du Royaume.

EN FOI DE QUOI les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Accord.

FAIT à, le, en deux exemplaires originaux, en français.

**AGREEMENT BETWEEN THE KINGDOM
OF NORWAY AND FOR THE
PROMOTION AND PROTECTION OF
INVESTMENTS⁴¹**

The Kingdom of Norway and the....., hereinafter referred to as the "Parties";
Desiring to develop the economic cooperation between the Parties;
Desiring to encourage, create and maintain stable, equitable, favourable and transparent conditions for investors of one Party and their investments in the territory of the other Party on the basis of equality and mutual benefit;
Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labour rights;
Desiring to contribute to a stable framework for investment in order to maximize effective and sustainable utilization of economic resources and improve living standards;
Conscious that the promotion and reciprocal protection of investments in accordance with this Agreement will stimulate the business initiative;
Emphasising the importance of corporate social responsibility;
Recognising that the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognised labour rights;
Reaffirming their commitment to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights;
Recognising that the promotion of sustainable investments is critical for the further development of national and global economies as well as for the pursuit of national and global objectives for sustainable development, and understanding that the promotion of such investments requires cooperative efforts of investors, host governments and home governments;
Recognising that the provisions of this agreement and provisions of international agreements relating to the environment shall be interpreted in a mutually supportive manner;
Determined to prevent and combat corruption, including bribery, in international trade and investment;
Recognising the basic principles of transparency, accountability and legitimacy for all participants in foreign investment processes;
Have agreed as follows:

⁴¹ Projet d'Accord norvégien de 2007, disponible sur le site Internet : <http://italaw.com>.

SECTION I – SCOPE AND APPLICATION⁴²

**ARTICLE [1]
SCOPE**

1. This Agreement applies to measures adopted or maintained by a Party, after the entry into force of this Agreement, relating to investors of the other Party or to investments of investors of the other Party. The Section [Dispute Settlement Provisions] does not apply to disputes arising out of events that have occurred before the entry into force of this Agreement, cf. Article ["Non-Retroactive Application"].
2. This Agreement applies to investments made prior to or after its entry into force.
3. This Agreement shall apply to the land territory, internal waters, and the territorial sea of a Party, and the airspace above the territory in accordance with international law.
4. This Agreement shall not apply to Svalbard, i.e. the land territory of the Archipelago, internal waters and the territorial sea of the Archipelago.

**ARTICLE [2]
DEFINITIONS**

1. "Investor" means:
 - i. a natural person having the nationality of, or permanent residence in, a Party in accordance with its applicable law; or
 - ii. any entity established in accordance with, and recognised as a legal person by the law of a Party, and engaged in substantive business operations in the territory of that Party, such as companies, firms, associations, development finance institutions, foundations or similar entities irrespective of whether their liabilities are limited and whether or not their activities are directed at profit.
2. "Investment" means:

Every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of a Party, including, but not limited to:

 - i. any entity established in accordance with, and recognised as a legal person by the law of a Party, whether or not their activities are directed at profit;
 - ii. shares, stocks or other forms of equity participation in an enterprise, and rights derived therefrom;

⁴² In an EFTA Free Trade Agreement the geographical scope will be addressed under the horizontal part of the Agreement. The Article [Scope] and other provisions may also be amended to reflect that services is addressed in another part of the Agreement and for other technical purposes e.g. "another Party" instead of "the other Party" etc.

- iii. bonds, debentures, loans and other forms of debt, and rights derived therefrom;
 - iv. rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing;
 - v. contracts;
 - vi. claims to money and claims to performance;
 - vii. intellectual property rights;
 - viii. rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits;
 - ix. any other tangible and intangible, movable and immovable property, and any related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges.
- In order to qualify as an investment under this Agreement, an asset must have the characteristics of an investment, such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk.

SECTION 2 – TREATMENT AND PROTECTION OF INVESTORS AND INVESTMENTS

ARTICLE [3] NATIONAL TREATMENT

1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like circumstances⁴³ to its own investors and their investments, in relation to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and disposal of investments.
2. National treatment shall not apply to the reservations set out in Annex [A].

- ### **ARTICLE [4] MOST-FAVOURED-NATION TREATMENT**
1. Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like circumstances⁴⁴ to investors and their investments of any other State, subject to the country-specific reservations set out in Annex [B], in relation to the

⁴³ The Parties agree/ are of the understanding that a measure applied by a government in pursuance of legitimate policy objectives of public interest such as the protection of public health, safety and the environment, although having a different effect on an investment or investor of another Party, is not inconsistent with national treatment and most favoured nation treatment when justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over foreign owned investment.

⁴⁴ See footnote 2.

establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and disposal of investments.

2. If a Party accords more favourable treatment to investors of any other State or their investments by virtue of a free trade agreement, customs union [or similar agreement that also provides for substantial liberalisation of investments] or by a labour market integration agreements, it shall not be obliged to accord such treatment to investors of the other Party or their investments. However, upon request from another Party, it shall afford adequate opportunity to negotiate the benefits granted therein.

3. For greater certainty, treatment referred to in paragraph [1] does not encompass dispute resolution mechanisms provided for in this Agreement or other International Agreements.

ARTICLE [5] GENERAL TREATMENT AND PROTECTION

Each Party shall accord to investors of the other Party, and their investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

ARTICLE [6] EXPROPRIATION

1. A Party shall not expropriate or nationalise an investment of an investor of the other Party except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.
2. The preceding provision shall not, however, in any way impair the right of a Party to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

ARTICLE [7] COMPENSATION FOR LOSSES

1. Investors whose investments have suffered losses due to armed conflict or civil strife, shall benefit from treatment in accordance with Article [National treatment] and Article [MFN] as regards restitution, indemnification, compensation or any other settlement it adopts or maintains relating to such losses.
2. [Without prejudice to paragraph 1 of this Article, an investor of a Party who, in any of the situations referred to in that paragraph, suffers a loss in the area of another Party resulting from
 - i. requisitioning of its investment or part thereof by the latter's forces or authorities, or
 - ii. destruction of its investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not

required by the necessity of the situation, shall be accorded restitution or compensation⁴⁵.

ARTICLE [8]

PERFORMANCE REQUIREMENTS

1. No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of the other Party:

- i. [to export a given level or percentage of goods or services;]
- ii. [to achieve a given level or percentage of domestic content;]
- iii. [to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;]
- iv. [to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;]
- v. [to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;]
- vi. [to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a natural or legal person in its territory, except when the requirement] (a) is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority to remedy an alleged violation of competition laws, or (b) concerns the transfer of intellectual property and is undertaken in a manner not inconsistent with the TRIPS Agreement;]
- vii. [to locate its headquarters for a specific region or the world market in the territory of that Party;]
- viii. [to supply one or more of the goods that it produces or the services that it provides to a specific region or the world market exclusively from the territory of that Party;]
- ix. [to achieve a given level or value of research and development in its territory;]
- x. [to hire a given level of nationals;]
- xi. [to achieve a minimum level of domestic equity participation other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations.]

2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1.

3. Performance requirements, other than those referred to in paragraph 1, shall only be applied in the public interest and shall be set forth in the

national legislation of the Party imposing the requirement and published in the official gazette or otherwise be publicly available according to Article [Transparency] so that investors may become acquainted with them before the investment decision is made. All performance requirements shall be applied against all investors and their investments in a non-discriminatory, transparent and objective manner.

4. A Party may not apply new performance requirements to existing investments, or amend existing performance requirements in a manner restricting the commercial freedom of the investor, except where such requirements are at the same time made applicable to all other investors in that Party.

ARTICLE [9]

TRANSFER

1. Each Party shall ensure that all payment relating to an investment of an investor of another Party may be freely transferred into and out of its territory without delay. Such transfers shall include, in particular, though not exclusively:

- i. the initial capital and additional amounts to maintain or increase an investment;
- ii. profits, interest, dividends, capital gains, royalties, fees and returns in kind;
- iii. payments made under a contract including a loan agreement;
- iv. proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an investment;
- v. earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad in connection with an investment.

2. Each Party shall further ensure that such transfers may be made in a freely convertible currency. Freely convertible currency means a currency that is widely traded in international foreign exchange markets and widely used in international transactions. Transfers shall be made at the market rate of exchange prevailing on the date of transfer.

3. It is understood that paragraphs 1 and 2 are without prejudice to the equitable, nondiscriminatory and good faith application of measures:

- i. to protect the rights of creditors,
- ii. relating to or ensuring compliance with laws and regulations
 - (a) on the issuing, trading and dealing in securities, futures and derivatives,
 - (b) concerning reports or records of transfers, or
 - (c) concerning the payment of contributions or penalties.
 - (d) concerning financial security or any other equivalent regarding the prevention and remedying of environmental damage

⁴⁵ Kan være aktuell i forhandlinger med enkelte land.

iii. in connection with criminal offences and orders or judgments in administrative and adjudicatory proceedings.

**ARTICLE [10]
KEY PERSONNEL**

1. Each Party shall, subject to its laws and regulations relating to the entry, stay and work of natural persons, grant natural persons of the other Party, and key personnel who are employed by natural or juridical persons of the other Party, temporary entry and stay in its territory in order to engage in activities connected with an investment, including the provision of advice or key technical services.

2. Each Party shall, subject to its laws and regulations, permit natural or legal/juridical persons of another Party to employ, in connection with an investment, any key personnel of the natural or legal/juridical person's choice provided that such key personnel has been permitted to enter, stay and work in its territory and that the employment concerned conforms to the terms, conditions and time limits of the permission granted to such key personnel.

3. The Parties shall, subject to their laws and regulations, grant temporary entry and stay and provide any necessary confirming documentation to the spouse and minor children of a natural person who has been granted temporary entry, stay and authorisation to work in accordance with paragraphs 1 and 2. The spouse and minor children shall be admitted for the period of the stay of that person.

**ARTICLE [11]
NOT LOWERING STANDARDS**

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures or core labour standards. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention of an investment of an investor.

2. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations under Article [Joint Committee].

**ARTICLE [12]
RIGHT TO REGULATE**

Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to health, safety or environmental concerns.

**SECTION 3 – DISPUTE SETTLEMENT
PROVISIONS**

**ARTICLE [13]
NON-RETROACTIVE APPLICATION**

This Section does not apply to disputes arising out of events that have occurred before the entry into force of this Agreement.

**ARTICLE [14]
GOVERNING LAW**

1. A Tribunal established under this Section shall make its award based on the provisions of this Agreement interpreted and applied in accordance with the rules of interpretation of international law.

2. An interpretation by the Joint Committee of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

**A. DISPUTES BETWEEN A PARTY AND AN
INVESTOR OF THE OTHER PARTY**

**ARTICLE [15]
DISPUTES BETWEEN A PARTY AND AN
INVESTOR OF THE OTHER PARTY**

1. This Article applies to legal disputes between a Party and an investor of the other Party arising directly out of an investment of the latter that falls under the jurisdiction of the former. The dispute must be based on a claim that the Party has breached an obligation under this Agreement and that the investor of the other Party has incurred loss or damage by that breach.

2. Any dispute under this Article shall, if possible, be settled amicably. The Party and an investor of the other Party should initially seek to resolve the dispute through consultation.

3. If any such dispute should arise and either
i. agreement cannot be reached between the parties to this dispute within 36 months from its submission to a local court for the purpose of pursuing local remedies, after having exhausted any administrative remedies; or

ii. there are no reasonably available local remedies to provide effective redress of this dispute, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress,

[and,

iii. the investor has provided a clear and unequivocal waiver of any right to pursue the matter before local courts,]

then each Party hereby consents to the submission of such dispute to arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 (ICSID Convention) in accordance with the provisions of this Article. The consent and the submission of the

dispute by an investor under this Article shall be considered to satisfy the requirements of Article 25 of the ICSID Convention [ICSID Additional Facility Rules, with the approval of the Agreement by the Secretary General to ICSID].

4. [An investor may not submit a dispute for resolution according to paragraph [3] if more than ten years have elapsed from the date the investor first acquired knowledge of the events giving rise to the claim.]

5. Each request for arbitration shall include information sufficient to present clearly the issues in dispute so as to allow the Parties and the public to become acquainted with them. All requests for arbitration shall be made publicly available by the Parties and by ICSID.

ARTICLE [16]

ADDITIONAL PROCEDURAL ISSUES

The Tribunal shall, as appropriate, take into account the principles of *res judicata* and *lis pendens*, in accordance with international law, to hinder abuse of rights under this agreement, as well as otherwise exercising sound judicial economy. If all parties to the dispute so agree, the Tribunal may consolidate claims.

ARTICLE [17]

THE AWARD

1. Any arbitral award rendered pursuant to Article [Disputes between a Party and an Investor of the other Party], shall be final and binding on the Parties to the dispute.

2. Where a Tribunal makes an award against a Party pursuant to Article [Disputes between a Party and an Investor of the other Party], the Tribunal may only award monetary damages, including applicable interest, as well as costs in accordance with the applicable arbitration rules.

3. All awards and substantive decisions of the Tribunal shall be made publicly available.

4. The costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful Party. However, the Tribunal may apportion such costs between the Parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

ARTICLE [18]

PARTICIPATION IN THE PROCEEDINGS

1. The Party complained against shall, within 30 days after receiving a request for arbitration, notify the other Party in writing and transmit a copy of the request.

2. The Tribunal shall give the other Party the opportunity to:

i. be present at the substantive meetings of the Tribunal with the parties to the dispute preceding, except for portions of such meetings when

confidential information designated as such by the Party that submitted it is discussed;

ii. make a written submission prior to the first oral hearing; and

iii. make an oral presentation to the Tribunal at the first oral hearing;

provided that it has informed the Tribunal no later than [30 days] after the establishment of the Tribunal of its desire to participate in the proceedings.

3. The Tribunal shall have the authority to accept and consider written *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing Party, provided that the Tribunal has determined that they are directly relevant to the factual and legal issues under consideration. The Tribunal shall ensure an opportunity for the parties to the dispute, and to the other Party, to submit comments on the written *amicus curiae* observations.

4. The Tribunal shall reflect submissions from the other Party and from *amicus curiae* in its report.

ARTICLE [19]

TRANSPARENCY OF PROCEEDINGS

1. All documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall immediately be made publicly available by the Tribunal.

2. When submitting information to the Tribunal, a Party to the dispute may designate specific information as confidential if the information

i. is not generally known or accessible to the public, and

ii. if disclosed would cause or threaten to cause prejudice to an essential interest of any individual or entity, or to the interest of a Party.

Such information shall be treated as confidential and shall only be made available to the parties to the dispute and to the other Party.

3. If another Party objects to the designation of information as confidential, the Tribunal shall decide if the designation meets the above mentioned criteria. If the Tribunal considers that the information does not meet the criteria, the Party submitting the information may

i. withdraw the information, or

ii. withdraw the designation of the information as confidential.

4. The Tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements.

B. DISPUTES BETWEEN THE PARTIES

ARTICLE [20]

DISPUTES BETWEEN THE PARTIES

1. Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of this Agreement shall, whenever possible, be settled amicably through consultations in the Joint Committee.

2. If the Parties are unable to reach a mutually satisfactory resolution of a matter through consultations, they may have recourse to good offices or to mediation or conciliation under such rules and procedures as they may agree.

3. A Party may not initiate arbitration against the other Party under paragraph 4 of this Article unless the former Party has requested consultations and has afforded the other Party a consultation period of no less than 60 days after the date of the receipt of the request.

4. Either Party that has complied with the consultation requirement of paragraphs 2 and 3 of this Article, may submit a dispute between them as to whether one of them has acted in contravention of this Agreement to final and binding arbitration in accordance with the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States, as in effect on the date of this Agreement.

5. The place of the arbitration proceedings shall be The Hague, The Netherlands.

6. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English.

7. The appointing authority shall be the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration.

8. Nothing in the present Article impairs the right of the Parties to agree at any time to settle a dispute between them concerning the interpretation or application of this Agreement by any peaceful means of their own choice.

ARTICLE [21]

TRANSPARENCY OF PROCEEDINGS

1. All documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall be made publicly available by the International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, except for confidential information contained therein.

2. The Tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. The arbitral tribunal, after hearing the parties, may decide to close the hearings wholly or partially.

3. The Tribunal shall have the authority to accept and consider written amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing Party, provided that the tribunal has determined that they are directly relevant to the factual and legal issues under consideration.

4. When submitting information to the Tribunal, a Party may designate specific information as confidential if the information

- i. is not generally known or accessible to the public, and
- ii. if disclosed would cause or threaten to cause [serious] prejudice to an essential interest of any individual or entity [lawfully in control of the information]

Such information shall not be disclosed and be treated in accordance with procedures to be established by the Tribunal for each particular case.

5. If another Party objects to the designation of information as confidential, the Tribunal shall decide if the designation meets the above mentioned criteria. If the Tribunal considers that the information does not meet the criteria, the Party submitting the information may

- i. withdraw the information, or
- ii. withdraw the designation of the information as confidential

C. SUBROGATION

ARTICLE [22] SUBROGATION

1. If the investments of an investor are insured against non-commercial risks, any subrogation of the claims of the investor pursuant to this Agreement, shall be recognized by the other Party.

2. Disputes between a Party and an insurer shall be settled in accordance with the provisions of [Annex C] of this Agreement.

SECTION 4 - INSTITUTIONAL PROVISIONS

ARTICLE [23] THE JOINT COMMITTEE

1. The Parties hereby establish a Joint Committee composed of representatives of the Parties.

2. The Joint Committee shall meet whenever necessary. Each Party may request at any time, through a notice in writing to the other Party, that a meeting of the Joint Committee be held. The request shall provide sufficient information to understand the basis for the request, including, where relevant, identification of issues in dispute. Such a meeting shall take place within 60 days of receipt of the request, unless the Parties agree otherwise.

3. The Joint Committee shall:

- i. supervise the implementation of this Agreement;
- ii. in accordance with Article [Disputes between the Parties], endeavour to resolve disputes that may arise regarding the interpretation or application of this Agreement;
- iii. review the possibility of further removal of barriers to investment;
- iv. where relevant, suggest to the Parties ways to enhance and promote investment action;
- v. review investments covered by this Agreement;
- vi. review case-law of investment arbitration tribunals relevant to the implementation of this Agreement;
- vii. oversee the further elaboration of this Agreement;
- viii. where relevant, discuss issues related to corporate social responsibility, the preservation of

the environment, public health and safety, the goal of sustainable development, anticorruption, employment and human rights, and

ix. consider any other matter that may affect the operation of this Agreement

4. Where appropriate, the Joint Committee may:

i. decide to amend the Agreement, as set forth in Article [Amendments]; and

ii. interpret this Agreement, bearing in mind that this competence shall not be used to undermine the amendment provisions of Article [Amendments]. The Joint Committee should refrain from adopting interpretations of provisions already submitted to a Tribunal in a dispute between a Party and an Investor of the other Party.

5. The Joint Committee may take decisions as provided for in this Agreement. On other matters the Joint Committee may make recommendations. Decisions and recommendations shall be made by consensus.

6. The Joint Committee shall establish its rules of procedure.

SECTION 5 – EXCEPTIONS

ARTICLE [24]

GENERAL EXCEPTIONS

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international [trade or] investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary⁴⁶:

i. to protect public morals or to maintain public order⁴⁷;

ii. to protect human, animal or plant life or health;

iii. to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement;

iv. for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; or

v. for the protection of the environment

ARTICLE [25]

PRUDENTIAL REGULATION

Notwithstanding any other provisions of this Agreement, a Party shall not be prevented from

⁴⁶ For greater certainty, the concept of "necessity" in this Article shall include measures taken by a Party as provided for by the precautionary principle, including the principle of precautionary action.

⁴⁷ The public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, to ensure the integrity and stability of the financial system, or to enhance market competition, including ownership control and limitation.

Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under the Agreement.

ARTICLE [26]

SECURITY EXCEPTIONS

Nothing in this Agreement shall be construed:

i. to require any Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

ii. to prevent any Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests:

(a) relating to investment in defence and security sector[s];

(b) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived;

(c) taken in time of war or other emergency in international relations; or

iii. to prevent any Party from taking any action in pursuance of its obligations for the maintenance of international peace and security, including under the United Nations Charter.

ARTICLE [27]

CULTURAL EXCEPTIONS

The provisions of this Agreement shall not apply to a Party's laws and measures specifically designed to preserve and promote linguistic and cultural diversity, cultural and audiovisual policy, as well as rights and obligations of the Parties under international agreements and national laws and measures relating to copyright and related rights.

ARTICLE [28]

TAXATION

1. Nothing in this Agreement shall affect the imposition, enforcement or collection of direct or indirect taxes imposed by a Party.

2. Nothing in this Agreement shall create any right to any benefit under an agreement for the avoidance of double taxation concluded by a Party.

3. Any dispute as to whether paragraphs 1 and 2 apply, may only be brought before the Competent Tax Authorities of the Parties according to the procedure of Article [The Joint Committee] or the national courts or appeal organs of a Party, and shall not be covered by Section [Dispute Settlement Provisions] of this Agreement.

4. If the Competent Tax Authority of one of the Parties, after the procedure of Article [The Joint Committee] has been completed, does not agree

that paragraph 1 above apply, but takes the position that the case should be considered under Article [Expropriation], then the dispute shall be covered by [Section [Dispute Settlement Provisions] of this Agreement.]

SECTION 6 – FINAL PROVISIONS

ARTICLE [29] RELATION TO OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS

The provisions of this Agreement shall be without prejudice to the rights and obligations of the Parties under other international agreements.

**ARTICLE [30]
REGIONAL AND LOCAL GOVERNMENT**
Each Party is fully responsible for the observance of all obligations and commitments under this Agreement by its respective regional and local governments and authorities, and by nongovernmental bodies in the exercise of governmental powers delegated to them by central, regional and local governments or authorities.

**ARTICLE [31]
TRANSPARENCY**
1. The Parties shall publish their laws, or otherwise make publicly available their laws, regulations and administrative rulings and judicial decisions of general application as well as their respective international agreements that may affect the operation of this Agreement.
2. The Parties shall promptly respond to specific questions and provide, upon request, information to each other on matters referred to in paragraph 1.

**ARTICLE [32]
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY**
The Parties agree to encourage investors to conduct their investment activities in compliance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and to participate in the United Nations Global Compact.

**ARTICLE [33]
AMENDMENTS**
1. Amendments to this Agreement, decided by the Joint Committee in accordance with Article [Joint Committee], shall be subject to ratification, acceptance or approval by the Parties.
2. Amendments shall enter into force on the first day of the third month following the date of receipt of the last notification by a Party informing the other Party that its internal constitutional requirements have been fulfilled.

ARTICLE [34]

ENTRY INTO FORCE

1. This Agreement is subject to ratification, acceptance or approval.
2. This Agreement shall enter into force on the first day of the third month following the receipt of the last notification informing the other Party that the internal constitutional requirements have been fulfilled.

ARTICLE [35] DURATION AND TERMINATION

1. Each Party to this Agreement may, by means of a written notification to the other Party, terminate this Agreement. The termination shall take effect on the first day of the [X] month after the date on which the notification was received by the other Party.
2. In respect of investments made prior to the date of termination of this Agreement, the provisions of this Agreement shall remain in force for a further period of fifteen years from that date.
IN WITNESS WHEREOF the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Agreement.
Done at, this of 200x in duplicate [in the English, Norwegian and [XXX] languages, all texts being equally authentic. In case of divergence of interpretation, the English text shall prevail.

ANNEX A RESERVATIONS/EXCEPTIONS FROM NATIONAL TREATMENT

1. A Party may, at any time, remove in whole or in part its reservations set out in this Annex by written notification to the other Party.
2. A Party may, at any time, incorporate a new reservation into this Annex, or amend an existing reservation, provided that the Party has offered compensatory adjustments that maintain the overall level of commitments of that Party under this Agreement as it existed immediately prior to the modification:
i. A Party shall notify its intent to modify its list of reservations to the other Party and at the same time suggest appropriate compensatory adjustments. The Joint Committee shall immediately be seized of the matter. Where the Joint Committee approves the modifications, they shall enter into force [3 months] after the decision by the Joint Committee.
ii. Where the Joint Committee has not made a decision within [6 months] of receipt of the notification by the modifying Party, the modification shall take effect. In such circumstances, the other Party may withdraw concessions equivalent to the modification within [6 months] thereafter.
3. A modification pursuant to this Article may not impose on an investor a requirement to sell or

otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

ANNEX B

EXCEPTIONS/RESERVATIONS FROM MOST FAVOURED NATION TREATMENT

1. Article [Most-Favoured-Nations] shall not apply to treatment accorded under bilateral agreements signed by Norway prior to 1997 nor to treatment accorded under the EFTA Singapore Free Trade Agreement signed 26 June 2002.

[Procedures for amendments/modification must be prepared]

ANNEX C

DISPUTES BETWEEN A CONTRACTING PARTY AND AN INSURER IN ACCORDANCE WITH ARTICLE [SUBROGATION] OF THIS AGREEMENT

1. This Annex applies to legal disputes between an insurer and a Contracting Party, based on Article [Subrogation] of this Agreement, provided that the insurer does not have legal standing under Article 25(1) of the ICSID Convention.

2. Each Party hereby consents to the submission by an insurer of a dispute, in accordance with Article [Subrogation] of this Agreement and Paragraph 1 of this Annex, to international arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules ("UNCITRAL").

3. The consent under Paragraph 2 and the submission of the dispute by an insurer shall be considered to satisfy the requirements of Article 1 of UNCITRAL.

4. Any arbitral award rendered pursuant to this Annex, shall be final and binding on the parties to the dispute and will be recognised and enforced in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York on 10 June 1958.

5. Articles [alle som gjelder for investor-stat-tvisteløsning] of this Agreement and the procedural rules of ICSID shall apply to disputes under this Annex mutatis mutandis.

**UNITED KINGDOM MODEL BIT (2005,
WITH 2006 AMENDMENTS) DRAFT
AGREEMENT BETWEEN THE
GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM
OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN
IRELAND AND THE GOVERNMENT OF
[COUNTRY] FOR THE PROMOTION AND
PROTECTION OF INVESTMENTS⁴⁸**

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of [country];

Desiring to create favourable conditions for greater investment by nationals and companies of one State in the territory of the other State;

Recognising that the encouragement and reciprocal protection under international agreement of such investments will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States;

Have agreed as follows:

**Article 1
Definitions**

For the purposes of this Agreement:

(a) “investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly, and in particular, though not exclusively, includes:

- (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;
- (ii) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company;
- (iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value;
- (iv) intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how;
- (v) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources. A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term “investment” includes all investments, whether made before or after the date of entry into force of this Agreement;

(b) “returns” means the amounts yielded by an investment and in particular, though not

exclusively, includes profit, interest, capital gains, dividends, royalties and fees;

(c) “nationals” means:

- (i) in respect of the United Kingdom: physical persons deriving their status as United Kingdom nationals from the law in force in the United Kingdom;
- (ii) in respect of [country];

(d) “companies” means:

(i) in respect of the United Kingdom: corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article

12;

(ii) in respect of [country];

(e) “territory” means:

(i) in respect of the United Kingdom: Great Britain and Northern Ireland, including the territorial sea and maritime area situated beyond the territorial sea of the United Kingdom which has been or might in the future be designated under the national law of the United Kingdom in accordance with international law as an area within which the United Kingdom may exercise rights with regard to the sea-bed and subsoil and the natural resources and any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of Article 12;

(ii) in respect of [country].

Article 2

Promotion and Protection of Investment

(1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for nationals or companies of the other Contracting Party to invest capital in its territory, and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital.

(2) Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.

Article 3

⁴⁸ Modèle d'accord du Royaume-Uni de 2005, avec les amendements de 2006, tel que reproduit in Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, LXVII-616 p., pp. 559-567.

National Treatment and Most-favoured-nation Provisions

(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State.

(3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 12 of this Agreement.

Article 4 Compensation for Losses

(1) Nationals or companies of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State. Resulting payments shall be freely transferable.

(2) Without prejudice to paragraph (1) of this Article, nationals or companies of one Contracting Party who in any of the situations referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from:

(a) requisitioning of their property by its forces or authorities, or

(b) destruction of their property by its forces or authorities, which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded restitution or adequate compensation. Resulting payments shall be freely transferable.

Article 5 Expropriation

(1) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation. Such

compensation shall amount to the genuine value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. The national or company affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph.

(2) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its own territory, and in which nationals or companies of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee prompt, adequate and effective compensation in respect of their investment to such nationals or companies of the other Contracting Party who are owners of those shares.

Article 6

Repatriation of Investment and Returns

Each Contracting Party shall in respect of investments guarantee to nationals or companies of the other Contracting Party the unrestricted transfer of their investments and returns. Transfers shall be effected without delay in the convertible currency in which the capital was originally invested or in any other convertible currency agreed by the investor and the Contracting Party concerned. Unless otherwise agreed by the investor transfers shall be made at the rate of exchange applicable on the date of transfer pursuant to the exchange regulations in force.

Article 7 Exceptions

(1) The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the nationals or companies of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order, nor shall these provisions be construed to oblige one Contracting Party to extend to the nationals or companies of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:

(a) any existing or future customs, economic or monetary union, a common market or a free trade area or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, and includes the benefit of any treatment,

preference or privilege resulting from obligations arising out of an international agreement or reciprocity arrangement of that customs, economic or monetary union, common market or free trade area; or

(b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation;

(c) any requirements resulting from the United Kingdom's membership of the European Union including measures prohibiting, restricting or limiting the movement of capital to or from any third country.

(2) Where, in exceptional circumstances, payments and capital movements between the Contracting Parties cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Contracting Party, the Contracting Party concerned may take safeguard measures with regard to capital movements between the Contracting Parties for a period not exceeding six months if such measures are strictly necessary. The Contracting Party adopting the safeguard measures shall inform the other Contracting Party forthwith and present, as soon as possible, a time schedule for their removal.

Article 8

Reference to International Centre for Settlement of Investment Disputes

(1) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.

(2) A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25 (2) (b) of the Convention be treated for the purposes of the Convention as a company of the other Contracting Party.

(3) If any such dispute should arise and agreement cannot be reached within three months between the parties to this dispute through pursuit of local remedies or otherwise, then, if the national or company affected also consents in writing to submit the dispute to the Centre for settlement by conciliation or arbitration under the Convention,

either party may institute proceedings by addressing a request to that effect to the Secretary-General of the Centre as provided in Articles 28 and 36 of the Convention. In the event of disagreement as to whether conciliation or arbitration is the more appropriate procedure the national or company affected shall have the right to choose. The Contracting Party which is a party to the dispute shall not raise as an objection at any stage of the proceedings or enforcement of an award the fact that the national or company which is the other party to the dispute has received in pursuance of an insurance contract an indemnity in respect of some or all of his or its losses.

(4) Neither Contracting Party shall pursue through the diplomatic channel any dispute referred to the Centre unless:

(a) the Secretary-General of the Centre, or a conciliation commission or an arbitral tribunal constituted by it, decides that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre; or

(b) the other Contracting Party shall fail to abide by or to comply with any award rendered by an arbitral tribunal.

[Alternative] Article 8

Settlement of Disputes between an Investor and a Host State

(1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes.

(2) Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:

(a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, opened for signature at Washington DC on 18 March 1965 and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or

(b) the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; or

(c) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to

one of the above alternative procedures, the dispute shall at the request in writing of the national or company concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.

Article 9

Disputes between the Contracting Parties

(1) Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement should, if possible, be settled through the diplomatic channel.

(2) If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.

(3) Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way. Within two months of the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint one member of the tribunal. Those two members shall then select a national of a third State who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal. The Chairman shall be appointed within two months from the date of appointment of the other two members.

(4) If within the periods specified in paragraph (3) of this Article the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the Member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.

(5) The arbitral tribunal shall reach its decision by a majority of votes. Such decision shall be binding on both Contracting Parties. Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the arbitral proceedings; the cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties. The tribunal may, however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two Contracting Parties, and this award shall be binding on both Contracting Parties. The tribunal shall determine its own procedure.

Article 10

Subrogation

(1) If one Contracting Party or its designated Agency (“the first Contracting Party”) makes a payment under an indemnity given in respect of an investment in the territory of the other Contracting Party (“the second Contracting Party”), the second Contracting Party shall recognise:

(a) the assignment to the first Contracting Party by law or by legal transaction of all the rights and claims of the party indemnified; and

(b) that the first Contracting Party is entitled to exercise such rights and enforce such claims by virtue of subrogation, to the same extent as the party indemnified.

(2) The first Contracting Party shall be entitled in all circumstances to the same treatment in respect of:

(a) the rights and claims acquired by it by virtue of the assignment, and

(b) any payments received in pursuance of those rights and claims, as the party indemnified was entitled to receive by virtue of this Agreement in respect of the investment concerned and its related returns.

(3) Any payments received in non-convertible currency by the first Contracting Party in pursuance of the rights and claims acquired shall be freely available to the first Contracting Party for the purpose of meeting any expenditure incurred in the territory of the second Contracting Party.

Article 11

Application of other Rules

If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by nationals or companies of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.

Article 12

Scope of Application

This Agreement shall apply to all investments, whether made before or after its entry into force, but shall not apply to any dispute concerning an investment which arose, or any claim concerning an investment which was settled, before its entry into force.

Article 12

Territorial Extension

At the time of [signature] [entry into force] [ratification] of this Agreement, or at any time thereafter, the provisions of this Agreement may be extended to such territories for whose international relations the Government of the United Kingdom

are responsible as may be agreed between the Contracting Parties in an Exchange of Notes.

Article 13
Entry into Force

[This Agreement shall enter into force on the day of signature.]

or

[Each Contracting Party shall notify the other in writing of the completion of the constitutional formalities required in its territory for the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force on the date of the latter of the two notifications.]

or

[The Agreement shall be ratified and shall enter into force on the exchange of Instruments of Ratification.]

Article 14
Duration and Termination

This Agreement shall remain in force for a period of ten years. Thereafter it shall continue in force until the expiration of twelve months from the date on which either Contracting Party shall have given written notice of termination to the other. Provided that in respect of investments made whilst the Agreement is in force, its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of twenty years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rules of general international law.

In witness whereof the undersigned, duly authorised thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done in duplicate at this day of 200_ [in the English and languages, both texts being equally authoritative].

For the Government of [country]:
For the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland:

**AGREEMENT BETWEEN THE REPUBLIC
OF TURKEY AND _____
CONCERNING THE
RECIPROCAL PROMOTION AND
PROTECTION OF INVESTMENTS⁴⁹**

The Republic of Turkey and _____,
hereinafter called the Parties.

Desiring to promote greater economic cooperation between them, particularly with respect to investment by investors of one Party in the territory of the other Party.

Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Parties.

Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources, and

Having resolved to conclude an agreement concerning the encouragement and reciprocal protection of investments,

Hereby agree as follows:

**ARTICLE I
Definitions**

For the purpose of this Agreement;

1. The term "investor" means:
 - (a) natural persons deriving their status as nationals of either Party according to its applicable law,
 - (b) corporations, firms or business associations incorporated or constituted under the law in force of either of the Parties and having their headquarters in the territory of that Party.
2. The term "investment", in conformity with the hosting Party's laws and regulations, shall include every kind of asset in particular, but not exclusively:
 - (a) shares, stocks or any other form of participation in companies,
 - (b) returns reinvested, claims to money or any other rights having financial value related to an investment.
 - (c) movable and immovable property, as well as any other rights as mortgages, liens, pledges and any other similar rights as defined in conformity

⁴⁹ Modèle d'accord de 2000, tel que reproduit in CNUCED, *International Investment Instruments : A Compendium Vol. 8*, Publications des Nations Unies, Genève, 2002, XXXV-306 p., pp. 281-286.

with the laws and regulations of the Party in whose territory the property is situated,
(d) industrial and intellectual property rights such as patents, industrial designs, technical processes, as well as trademarks, goodwill, know-how and other similar rights,

(e) business concessions conferred by law or by contract, including concessions related to natural resources.

The said term shall refer to all direct investments made in accordance with the laws and regulations in the territory of the Party where the investments are made. The term "investment" covers all investments made in the territory of a Party before or after enter into force of this Agreement.

3. The term "returns" means the amounts yielded by an investment and includes in particular, though not exclusively, profit, interest, capital gains, royalties, fees and dividends.

4. The "territory" means; territory, territorial sea, as well as the maritime areas over which each Party has jurisdiction or sovereign rights for the purposes of exploration, exploitation and conservation of natural resources, pursuant to international law.

ARTICLE II

Promotion and Protection of Investments

1. Each Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Party.
2. Investments of investors of each Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection in the territory of the other Party. Neither Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment, extension, or disposal of such investments.

ARTICLE III

Treatment of Investments

1. Each Party shall permit in its territory investments, and activities associated therewith, on a basis no less favourable than that accorded in similar situations to investments of investors of any third country, within the framework of its laws and regulations.
2. Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.
3. The Parties shall within the framework of their national legislation give sympathetic consideration to applications for the entry and sojourn of persons of either Party who wish to enter the territory of the other Party in connection with the making and carrying through of an investment; the same shall apply to nationals of either Party who in connection with an investment wish to enter the territory of the other Party and sojourn there to take up

employment. Application for work permits shall also be given sympathetic consideration.

4. The provisions of this Article shall have no effect in relation to following agreements entered into by either of the Parties:

- (a) relating to any existing or future customs unions, regional economic organization or similar international agreements,
- (b) relating wholly or mainly to taxation.

ARTICLE IV

Expropriation and Compensation

1. Investments shall not be expropriated, nationalized or subject, directly or indirectly, to measures of similar effects except for a public purpose, in a non-discriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation, and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article III of this Agreement.

2. Compensation shall be equivalent to the market value of the expropriated investment before the expropriatory action was taken or became known. Compensation shall be paid without delay and be freely transferable as described in paragraph 2 Article V.

3. Investors of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded by such other Party treatment no less favourable than that accorded to its own investors or to investors of any third country, whichever is the most favourable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.

ARTICLE V

Repatriation and Transfer

1. Each Party shall permit in good faith all transfers related to an investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:

- (a) returns,
- (b) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an investment,
- (c) compensation pursuant to Article IV,
- (d) reimbursements and interest payments deriving from loans in connection with investments,
- (e) salaries, wages and other remunerations received by the nationals of one Party who have obtained in the territory of the other Party the corresponding work permits relative to an investment,
- (f) payments arising from an investment dispute.

2. Transfers shall be made in the convertible currency in which the investment has been made or in any convertible currency at the rate of exchange in force at the date of transfer, unless otherwise agreed by the investor and the hosting Party.

ARTICLE VI

Subrogation

1. If the investment of an investor of one Party is insured against non-commercial risks under a system established by law, any subrogation of the insurer which stems from the terms of the insurance agreement shall be recognized by the other Party.

2. The insurer shall not be entitled to exercise any rights other than the rights which the investor would have been entitled to exercise.

3. Disputes between a Party and an insurer shall be settled in accordance with the provisions of Article VIII of this Agreement.

ARTICLE VII

Settlement of Disputes Between One Party and Investors of the Other Party

1. Disputes between one of the Parties and an investor of the other Party, in connection with his investment, shall be notified in writing, including a detailed information, by the investor to the recipient Party of the investment. As far as possible, the investor and the concerned Party shall endeavour to settle these disputes by consultations and negotiations in good faith.

2. If these disputes, cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned in paragraph 1, the dispute can be submitted, as the investor may choose, to:

(a) the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) set up by the " Convention on Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States", in case both Parties become signatories of this Convention,

(b) an ad hoc court of arbitration laid down under the Arbitration Rules of Procedure of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).

3. The arbitration awards shall be final and binding for all parties in dispute. Each Party commits itself to execute the award according to its national law.

ARTICLE VIII

Settlement of Disputes Between the Parties

1. The Parties shall seek in good faith and a spirit of cooperation a rapid and equitable solution to any dispute between them concerning the interpretation or application of this Agreement. In this regard, the Parties agree to engage in direct and meaningful negotiations to arrive at such solutions. If the Parties cannot reach an agreement within six months after the beginning of disputes between themselves through the foregoing procedure, the disputes may be submitted, upon the request of either Party, to an arbitral tribunal of three members.

2. Within two months of receipt of a request, each Party shall appoint an arbitrator. The two arbitrators

shall select a third arbitrator as Chairman, who is a national of a third State. In the event either Party fails to appoint an arbitrator within the specified time, the other Party may request the President of the International Court of Justice to make the appointment.

3. If both arbitrators cannot reach an agreement about the choice of the Chairman within two months after their appointment, the Chairman shall be appointed upon the request of either Party by the President of the International Court of Justice.

4. If, in the cases specified under paragraphs (2) and (3) of this Article, the President of the International Court of Justice is prevented from carrying out the said function or if he is a national of either Party, the appointment shall be made by the Vice-President, and if the Vice-President is prevented from carrying out the said function or if he is a national of either Party, the appointment shall be made by the most senior member of the Court who is not a national of either Party.

5. The tribunal shall have three months from the date of the selection of the Chairman to agree upon rules of procedure consistent with the other provisions of this Agreement. In the absence of such agreement, the tribunal shall request the President of the International Court of Justice to designate rules of procedure, taking into account generally recognized rules of international arbitral procedure.

6. Unless otherwise agreed, all submissions shall be made and all hearings shall be completed within eight months of the date of selection of the Chairman, and the tribunal shall render its decision within two months after the date of the final submissions or the date of the closing of the hearings, whichever is later. The arbitral tribunal shall reach its decisions, which shall be final and binding, by a majority of votes.

7. Expenses incurred by the Chairman, the other arbitrators, and other costs of the proceedings shall be paid for equally by the Parties. The tribunal may, however, at its discretion, decide that a higher proportion of the costs be paid by one of the Parties.

8. A dispute shall not be submitted to an international arbitration court under the provisions of this Article, if the same dispute has been brought before another international arbitration court under the provisions of Article VII and is still before the court. This will not impair the engagement in direct and meaningful negotiations between both Parties.

ARTICLE IX Entry into Force

1. Each Party shall notify the other in writing of the completion of the constitutional formalities required in its territory for the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force on the date of the latter of the two

notifications. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force unless terminated in accordance with paragraph 2 of this Article. It shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter.

2. Either Party may, by giving one year's written notice to the other Party, terminate this Agreement at the end of the initial ten-year period or at any time thereafter.

3. This Agreement may be amended by written agreement between the Parties. Any amendment shall enter into force when each Party has notified the other that it has completed all internal requirements for entry into force of such amendment.

4. With respect to investments made or acquired prior to the date of termination of this Agreement and to which this Agreement otherwise applies, the provisions of all of the other Articles of this Agreement shall thereafter continue to be effective for a further period of ten years from such date of termination.

IN WITNESS WHEREOF, the respective plenipotentiaries have signed this Agreement.

DONE at _____ on the day of _____ in the _____ Turkish and English languages all of which are equally authentic.

In case of any conflict of interpretation the English text shall prevail.

FOR THE GOVERNMENT OF _____

FOR THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF TURKEY

**ACCORD ENTRE L'UNION ECONOMIQUE
BELGO-LUXEMBOURGEOISE ET LA
BARBADE CONCERNANT
L'ENCOURAGEMENT ET LA PROTECTION
RECIPROQUES DES INVESTISSEMENTS⁵⁰**

*Le Royaume de Belgique,
la Région wallonne,
la Région flamande,
et la Région de Bruxelles-Capitale,
ainsi que
le Grand-Duché de Luxembourg
et
la Barbade*

(ci-après dénommés individuellement «la Partie contractante», ou collectivement «les Parties contractantes»), Désireux de créer des conditions favorables au développement des investissements des nationaux et des sociétés de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante; Reconnaissant que l'encouragement et la protection réciproque de tels investissements en vertu d'accords internationaux auront pour effet de stimuler les initiatives commerciales individuelles et d'accroître la prospérité des Parties contractantes; SONT CONVENUS de ce qui suit:

**Article 1
Définitions**

Pour l'application du présent Accord:

(a) «sociétés» désigne:

(i) en ce qui concerne la Barbade, les entreprises, firmes et associations établies ou constituées conformément à la législation en vigueur à la Barbade;

(ii) en ce qui concerne la Belgique et le Luxembourg, toute entreprise, firme ou association établie ou constituée conformément à la législation du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg et ayant son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg.

Pour l'application du présent Accord, toute société établie ou constituée conformément à la législation d'une des Parties contractantes mais effectivement contrôlée, directement ou indirectement, par des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante sera traitée comme une société de cette dernière Partie contractante.

(b) «législation en matière d'environnement» désigne: toute législation des Parties contractantes en vigueur à la date de signature du présent Accord

ou adoptée après cette date, ou toute disposition contenue dans cette législation, qui vise principalement la protection de l'environnement, ou la prévention de tout danger pour la vie ou la santé des hommes, des animaux ou des plantes par les moyens suivants:

(i) prévention, réduction ou contrôle des rejets, déversements ou émissions de substances polluantes ou de produits contaminateurs pour l'environnement;

(ii) contrôle des produits chimiques, substances, matériaux et déchets dangereux ou toxiques pour l'environnement et diffusion des informations y relatives;

(iii) protection ou conservation de la flore et de la faune sauvages, y compris les espèces menacées d'extinction, leur habitat, et les zones naturelles spécialement protégées sur le territoire des Parties contractantes.

(c) «investissements» désigne:

tout élément d'actif quelconque et tout apport en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti, directement ou indirectement et notamment, mais non exclusivement:

(i) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits de propriété tels que hypothèques, privilèges ou gages;

(ii) les actions, parts et obligations de sociétés et toute autre forme de participation dans le capital d'une société;

(iii) les créances et droits à toutes prestations contractuelles ayant une valeur financière; et

(iv) les droits de propriété intellectuelle, le fonds de commerce, les procédés techniques et le savoir-faire;

(v) les concessions commerciales accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

Aucune modification de la forme dans laquelle les avoirs ou les apports en numéraire, en nature ou en services ont été investis ou réinvestis, directement ou indirectement, n'affectera leur qualité d'investissements.

(d) «législation du travail» désigne: toute législation des Parties contractantes en vigueur à la date de signature du présent Accord ou adoptée après cette date, ou toute disposition contenue dans cette législation, qui vise à mettre en application les normes de protection du travail énumérées ci-dessous telles que définies par l'Organisation internationale du Travail:

(i) le droit d'association;

(ii) le droit d'organisation et de négociation collective;

(iii) l'interdiction de recourir à quelque forme de travail forcé ou obligatoire que ce soit;

⁵⁰ Extrait de la loi du Luxembourg du 4 juillet 2010 portant approbation des Accords de l'Union économique belgo-luxembourgeoise et certains pays tiers concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements.

(iv) un âge minimum d'admission des enfants à l'emploi;

(v) des conditions de travail acceptables en ce qui concerne le salaire minimum et la durée du travail, ainsi que la sécurité et la santé des travailleurs.

(e) «nationaux» désigne:

(i) en ce qui concerne la Barbade, les personnes physiques dont la qualité de nationaux de la Barbade découle de la législation en vigueur à la Barbade;

(ii) en ce qui concerne la Belgique et le Luxembourg, toute personne physique qui, selon la législation du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg est considérée comme citoyen du Royaume de Belgique ou du Grand-Duché de Luxembourg.

(f) «revenus» désigne:

les sommes produites par les investissements et notamment, mais non exclusivement, les bénéfices, intérêts, accroissements de capital, dividendes, royalties et indemnités.

(g) «territoire» désigne:

(i) en ce qui concerne la Barbade, son territoire, sa mer territoriale et la zone économique exclusive définie par les lois nationales de la Barbade et conformément au droit international, comme une zone à l'intérieur de laquelle la Barbade est habilitée à exercer ses droits souverains ou sa juridiction aux fins d'exploration, d'exploitation et de conservation des ressources naturelles;

(ii) en ce qui concerne la Belgique et le Luxembourg, le territoire terrestre du Royaume de Belgique et le territoire terrestre du Grand-Duché de Luxembourg, ainsi que les zones maritimes, c'est-à-dire les zones marines et sous-marines qui s'étendent au-delà des eaux territoriales du Royaume de Belgique et sur lesquelles celui-ci exerce, conformément au droit international, ses droits souverains et sa juridiction aux fins d'exploration, d'exploitation et de conservation des ressources naturelles.

Article 2

Promotion et protection des investissements

1. Chacune des Parties contractantes encouragera les investissements de capitaux sur son territoire, créera des conditions favorables à leur réalisation par des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante et admettra lesdits investissements sous réserve de son droit d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par sa législation.

2. Les investissements effectués par des nationaux ou des sociétés de l'une des Parties contractantes bénéficieront en tout temps d'un traitement juste et équitable et jouiront, sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'une protection et d'une sécurité entières.

3. Sous réserve des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public ou de la sécurité publique, aucune Partie contractante n'entravera, par des mesures

arbitraires ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation des investissements réalisés sur son territoire par des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante.

4. Chacune des Parties contractantes se conformera à toutes les obligations contractées par rapport aux investissements réalisés par des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante.

Article 3

Traitement national et nation la plus favorisée

1. Aucune Partie contractante n'appliquera sur son territoire aux investissements ou aux revenus de nationaux ou de sociétés de l'autre Partie contractante un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements ou aux revenus de ses propres nationaux ou sociétés ou aux investissements ou revenus de nationaux ou de sociétés de tout Etat tiers.

2. En ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation des investissements, aucune Partie contractante n'appliquera sur son territoire aux nationaux ou aux sociétés de l'autre Partie contractante un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres nationaux ou sociétés ou aux nationaux ou sociétés de tout Etat tiers.

3. Pour éviter toute équivoque, il est confirmé que le traitement visé aux paragraphes (1) et (2) ci-dessus s'appliquera aux dispositions des Articles 1 à 15 du présent Accord.

Article 4

Indemnisation des pertes

Sans préjudice des autres dispositions du présent Accord, les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auraient subi des pertes dues à une guerre ou à tout autre conflit armé, état d'urgence national ou révolte sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement, en ce qui concerne les restitutions, indemnisations, compensations ou autres types de dédommagements, qui ne sera pas moins favorable que celui accordé par cette dernière Partie contractante à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout Etat tiers, suivant le traitement le plus favorable aux investisseurs concernés. Les paiements en découlant seront librement transférables.

Article 5

Expropriation

1. Les investissements des nationaux ou des sociétés de chacune des Parties contractantes ne seront ni nationalisés, ni expropriés, ni soumis à des mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation (désignées

ci-après sous le terme d'«expropriation») sur le territoire de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national.

Les expropriations seront réalisées sur une base non discriminatoire et moyennant le paiement sans délai d'une indemnité adéquate et effective. Le montant de l'indemnité correspondra à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation ou le moment où l'intention d'exproprier a été rendue publique, suivant la première situation qui se présente; les indemnités porteront intérêt au taux commercial applicable jusqu'à la date du paiement, elles seront versées sans retard injustifié, seront effectivement réalisables et librement transférables. Le national ou la société lésé(e) sera autorisé(e), en vertu de la législation de la Partie contractante qui a procédé à l'expropriation, à demander le réexamen dans les plus brefs délais, par une autorité judiciaire ou par toute autre autorité indépendante de ladite Partie contractante, de son cas et de l'évaluation de l'investissement, conformément aux principes énoncés dans le présent paragraphe.

2. Lorsqu'une Partie contractante exproprie les avoirs d'une société établie ou constituée conformément à la législation en vigueur sur n'importe quelle partie de son territoire, dans laquelle des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante détiennent des actions, elle veillera à ce que les dispositions du paragraphe (1) du présent Article soient appliquées dans la mesure nécessaire pour garantir le paiement sans délai d'une indemnité adéquate et effective aux nationaux ou aux sociétés de l'autre Partie contractante qui détiennent lesdites actions, au titre de leur investissement.

Article 6 Transferts

Chaque Partie contractante garantira aux nationaux ou aux sociétés de l'autre Partie contractante le libre transfert de tous les investissements et revenus, y compris tous les paiements y relatifs. Les transferts seront effectués sans délai dans la monnaie convertible dans laquelle les capitaux étaient investis à l'origine ou dans toute autre monnaie convertible, sans autres charges que les frais bancaires usuels. Sauf convention contraire avec l'investisseur, les transferts seront effectués au taux de change applicable à la date du transfert conformément à la réglementation des changes en vigueur.

Article 7 Exceptions

Les dispositions du présent Accord relatives à l'octroi d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux nationaux ou aux sociétés de l'une ou l'autre Partie contractante ou de tout Etat

tiers ne pourront être interprétées comme obligeant une Partie contractante à étendre aux nationaux ou aux sociétés de l'autre Partie le bénéfice de tout traitement, préférence ou privilège résultant:

(a) d'une union douanière, d'une zone de libre échange ou d'un marché commun existants ou futurs ou de toute autre forme d'organisation économique régionale, à laquelle l'une ou l'autre des Parties contractantes est ou peut devenir partie, ou

(b) de tout accord ou arrangement international concernant principalement ou exclusivement l'imposition ou de toute législation nationale concernant principalement ou exclusivement l'imposition.

Article 8 Règlement des différends relatifs aux investissements

1. Tout différend relatif à un investissement entre un investisseur de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante fera l'objet d'une notification écrite de la part de l'investisseur à l'autre Partie contractante. Dans la mesure du possible, les parties au différend tenteront de le régler par des négociations à l'amiable.

2. A défaut de règlement du différend dans les trois mois de la notification, celui-ci sera soumis, au choix de l'investisseur, soit à la juridiction compétente de l'Etat où l'investissement a été réalisé, soit à l'arbitrage international.

A cette fin, chacune des Parties contractantes donne son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend soit soumis à cet arbitrage. Ce consentement implique qu'elles renoncent à exiger l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires internes.

3. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend sera soumis à l'un des organismes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur:

(a) à un tribunal d'arbitrage ad hoc, établi selon les règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (C.N.U.D.C.I.) sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (ci-après dénommée la «Convention de New York»);

(b) au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.), créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965;

(c) à un tribunal arbitral (composé de trois arbitres) établi

(i) conformément aux règles d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale ou de la London Court of International Arbitration

(L.C.I.A.), qui tranchera le différend selon lesdites règles; et

(ii) sur le territoire d'un Etat partie à la Convention de New York.

4. Aucune des Parties contractantes, partie à un différend, ne soulèvera d'objection ou comme moyen de défense, à aucun stade de la procédure d'arbitrage ni de l'exécution d'une sentence d'arbitrage, du fait que l'investisseur, partie adverse au différend, aurait perçu une indemnité couvrant tout ou partie de ses pertes en exécution d'une police d'assurance ou de la garantie prévue à l'article 10 du présent Accord.

5. Les sentences d'arbitrage seront définitives et obligatoires pour les parties au différend. Chaque Partie contractante s'engage à exécuter les sentences et à s'y conformer en conformité avec sa législation nationale et les accords internationaux applicables.

Article 9

Règlement des différends entre les Parties contractantes

1. Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Accord seront réglés, si possible, par la voie diplomatique.

2. Si un différend entre les Parties contractantes ne peut être réglé de cette manière, il sera soumis, à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal arbitral.

3. Ledit tribunal arbitral sera constitué, pour chaque cas particulier, de la manière suivante. Dans les deux mois à compter de la réception de la demande d'arbitrage, chaque Partie contractante désignera un membre du tribunal. Ces deux membres choisiront alors un ressortissant d'un Etat tiers qui sera désigné comme Président du tribunal, moyennant l'accord des deux Parties contractantes. Le Président sera désigné dans les deux mois à compter de la date à laquelle les deux autres membres ont été désignés.

4. Si les désignations n'ont pas eu lieu dans les délais spécifiés au paragraphe (3) du présent Article, l'une ou l'autre Partie contractante pourra, en l'absence de tout autre arrangement, demander au Président de la Cour Internationale de Justice de procéder aux nominations nécessaires. Si le Président de la Cour est ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante ou si, pour une autre raison, il est empêché d'exercer cette fonction, le Vice-Président sera invité à procéder aux nominations nécessaires. Si le Vice-Président de la Cour est lui aussi ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante, ou s'il est également empêché d'exercer cette fonction, le membre le plus élevé en rang de la Cour Internationale de Justice et qui n'est pas ressortissant de l'une ou l'autre Partie contractante sera invité à procéder aux nominations nécessaires.

5. Le tribunal arbitral prendra ses décisions à la majorité des voix. Ses décisions seront obligatoires pour les deux Parties contractantes. Chaque Partie contractante supportera les frais du membre du tribunal qu'elle a désigné, ainsi que les frais de sa représentation dans la procédure d'arbitrage; les frais du Président et les autres frais seront supportés à parts égales par les Parties contractantes. Le tribunal arbitral pourra toutefois stipuler dans sa décision qu'une part plus importante de ces frais sera supportée par une des deux Parties contractantes, et cette sentence sera obligatoire pour les deux Parties contractantes. Le tribunal arbitral fixera ses propres règles de procédure.

Article 10

Subrogation

Si l'une des Parties contractantes ou l'organisme désigné par celle-ci a assuré une forme quelconque d'indemnisation au titre de tout investissement réalisé par ses investisseurs sur le territoire de l'autre Partie contractante et a payé auxdits investisseurs des indemnités au titre des créances qu'ils ont fait valoir en vertu du présent Accord, l'autre Partie contractante reconnaîtra que la première Partie contractante ou l'organisme désigné par celle-ci est autorisé, par voie de subrogation, à exercer les droits et à faire valoir les créances appartenant auxdits investisseurs. Les droits ou créances transférés par voie de subrogation ne seront pas plus étendus que les droits ou créances initiaux desdits investisseurs.

Article 11

Environnement

1. Reconnaisant que chaque Partie contractante a le droit de fixer son propre niveau de protection de l'environnement et de définir ses politiques et priorités en matière d'environnement et de développement, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois ad hoc, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation garantisse les niveaux de protection de l'environnement convenus à l'échelon international et mettra tout en œuvre en vue d'améliorer constamment ladite législation.

2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'assouplir la législation nationale en matière d'environnement aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune autre façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire.

3. Les Parties contractantes réaffirment les engagements auxquels elles ont souscrit dans le

cadre d'accords internationaux en matière d'environnement. Elles veilleront à ce que lesdits engagements soient pleinement reconnus et appliqués dans leur législation nationale.

Article 12 **Travail**

1. Reconnaissant que chaque Partie contractante a le droit de fixer ses propres normes de protection du travail et d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois ad hoc, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation fixe des normes de travail conformes aux normes internationales du travail énoncées au paragraphe (d) de l'Article 1 et n'aura de cesse d'améliorer lesdites normes.

2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'assouplir la législation nationale du travail aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune autre façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire.

3. Les Parties contractantes réaffirment leurs obligations en tant que membres de l'Organisation internationale du Travail ainsi que leurs engagements en vertu de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail et de son suivi. Les Parties contractantes veilleront à ce que lesdits principes et les normes internationales du travail énoncées au paragraphe (d) de l'Article 1 soient reconnus et protégés dans leur législation nationale.

Article 13 **Application d'autres règles**

Si les dispositions législatives de l'une ou l'autre Partie contractante ou des obligations en vertu du droit international en vigueur actuellement entre les Parties contractantes ou contractées dans l'avenir, en plus du présent Accord, contiennent des règles de caractère général ou particulier, par l'effet duquel les investissements des nationaux ou des sociétés de l'autre Partie contractante bénéficient d'un traitement plus favorable que celui accordé par le présent Accord, ces règles, pour autant qu'elles soient plus favorables, prévaudront sur le présent Accord.

Article 14 **Champ d'application**

Le présent Accord s'appliquera à tous les investissements effectués avant ou après son entrée en vigueur par des investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante. Toutefois, les dispositions du présent Accord ne s'appliqueront pas aux créances liées à des événements survenus avant son entrée en

vigueur ni aux créances qui ont été réglées avant son entrée en vigueur.

Article 15 **Réunions**

1. Les représentants des Parties contractantes organiseront des réunions aux fins:

- (a) d'évaluer la mise en œuvre du présent Accord;
- (b) d'échanger des informations sur les aspects juridiques et les possibilités d'investissement;
- (c) d'examiner les différends en rapport avec les investissements;
- (d) de formuler des propositions en matière de promotion des investissements; et
- (e) d'étudier d'autres questions liées aux investissements.

2. Si l'une des Parties contractantes demande une réunion de concertation sur l'un des points visés au paragraphe 1 du présent Article, l'autre Partie contractante lui transmettra sans délai par la voie diplomatique sa réponse au sujet de la concertation, qui sera organisée alternativement à Bruxelles et à Bridgetown.

Article 16 **Entrée en vigueur**

Chacune des Parties contractantes informera l'autre Partie contractante de l'accomplissement des procédures légales internes requises pour l'entrée en vigueur du présent Accord. Le présent Accord entrera en vigueur le jour qui suit la date de réception de la dernière des notifications.

Article 17 **Durée et dénonciation**

1. Le présent Accord restera en vigueur pour une période de dix ans. Il demeurera en vigueur jusqu'à l'expiration d'une période de douze mois à compter de la date à laquelle l'une des Parties contractantes aura envoyé à l'autre Partie contractante une notification de dénonciation.

2. En ce qui concerne les investissements effectués avant la date à laquelle la notification de dénonciation du présent Accord sortira ses effets, les dispositions des Articles 1 à 15 leur resteront applicables pour une période supplémentaire de vingt ans à compter de ladite date.

Secrétaire d'Etat Ministre des Affaires étrangères aux Affaires étrangères et du Commerce extérieur

EN FOI DE QUOI, les soussignés, dûment autorisés à cet effet par leurs Gouvernements respectifs, ont signé le présent Accord.

FAIT à Bruxelles, le 29 mai 2009, en deux exemplaires originaux, chacun en langues française, néerlandaise et anglaise, tous les textes faisant également foi. Le texte en langue anglaise prévaudra en cas de divergence d'interprétation.

**ACCORD ENTRE LA CONFEDERATION
SUISSE ET LA REPUBLIQUE ARABE
SYRIENNE CONCERNANT LA PROMOTION
ET LA PROTECTION RECIPROQUE DES
INVESTISSEMENTS⁵¹**

Conclu le 9 mai 2007 Approuvé par l'Assemblée fédérale le 29 mai 2008 Entré en vigueur par échange de notes le 1er juillet 2008 (Etat le 1er juillet 2008)

Préambule

Le Conseil fédéral suisse

et

le Gouvernement de la République arabe syrienne,

désireux d'intensifier la coopération économique dans l'intérêt mutuel des deux Etats,

dans l'intention de créer et de maintenir des conditions favorables aux investissements des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante,

reconnaissant la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de stimuler les flux de capitaux et de technologies, et de promouvoir ainsi la prospérité économique des deux Etats,

convaincus que ces objectifs peuvent être atteints sans abaisser les normes d'application générale relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement,

sont convenus de ce qui suit:

Art. 1 Définitions

Aux fins du présent Accord:

(1) Le terme «investisseur» désigne toutes les catégories d'avoirs et droits afférents selon le droit applicable, et inclut en particulier, mais non exclusivement:

(a) la propriété de biens meubles et immeubles, ainsi que tous les autres droits réels, tels que servitudes, charges foncières, gages immobiliers et mobiliers, usufruits;

(b) les actions, parts sociales et autres formes de participation dans des sociétés;

(c) les créances monétaires et droits à toute prestation ayant valeur économique;

(d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle (tels que brevets, modèles d'utilité, dessins ou modèles industriels, marques de fabrique ou de commerce, marques de service, noms commerciaux, indications de provenance), le savoir-faire et la clientèle; (e) les concessions de droit public, y compris les concessions de prospection, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles, ainsi que tout autre droit conféré par la loi, par contrat ou par décision de l'autorité en application de la loi.

(2) Le terme «investisseur» désigne, en ce qui concerne chaque Partie contractante:

(a) les personnes physiques qui, conformément à la législation de cette Partie contractante, sont considérées comme ses nationaux;

(b) les entités juridiques, y compris les sociétés, les sociétés enregistrées, les sociétés de personnes ou autres organisations, qui sont constituées ou organisées de toute autre manière conformément à la législation de cette Partie contractante, et qui ont des activités économiques réelles sur le territoire de cette même Partie contractante.

(3) Le terme «revenus» désigne les montants issus d'un investissement et inclut en particulier, mais non exclusivement, les bénéfices, les intérêts, les gains en capital, les dividendes, les redevances et les rémunérations.

(4) Le terme «territoire» désigne:

– en ce qui concerne la République arabe syrienne: Le terme «Syrie» désigne, conformément au droit international, les territoires de la République arabe syrienne, y compris ses eaux intérieures, la mer territoriale, son sous-sol et l'espace aérien au-dessus d'eux, sur lesquels la Syrie a des droits souverains, ainsi que les autres zones maritimes sur lesquelles la Syrie peut exercer des droits souverains aux fins d'exploration, d'exploitation et de conservation des ressources naturelles.

– en ce qui concerne la Confédération suisse, le territoire de la Suisse tel que défini par sa législation, conformément au droit international.

Art. 2 Champ d'application

Le présent Accord est applicable aux investissements effectués sur le territoire d'une Partie contractante qui sont détenus ou contrôlés, directement ou indirectement, par des investisseurs de l'autre Partie contractante. Il s'applique à de tels investissements, effectués avant ou après son entrée en vigueur, mais ne s'applique pas aux différends relatifs à des faits survenus avant cette date.

Art. 3 Encouragement, admission

(1) Chaque Partie contractante encouragera autant que possible les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante sur son territoire, y compris par l'échange d'informations entre les Parties contractantes sur les possibilités

⁵¹ Accord disponible sur le site Internet du Conseil fédéral suisse : http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/topics/intla/intrea/dbstv/data_t/t_975.html.

d'investissement, et admettra ces investissements conformément à ses lois et règlements.

(2) Lorsqu'elle aura admis un investissement sur son territoire, chaque Partie contractante délivrera, conformément à ses lois et règlements, tous les permis ou autorisations nécessaires en relation avec cet investissement, y compris ceux qui sont requis pour l'exécution de contrats de licence, d'assistance technique, commerciale ou administrative, et pour les activités des cadres dirigeants et des spécialistes choisis par l'investisseur.

(3) Chaque Partie contractante publiera, ou rendra d'une autre façon sans délai accessible au public, ses lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale, ainsi que les accords internationaux, qui sont susceptibles d'affecter les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante.

Art. 4 Protection et traitement général

Chaque Partie contractante accordera aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes et constantes. Aucune Partie contractante n'entravera d'une quelconque manière, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, l'exploitation, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ni l'aliénation de tels investissements.

Art. 5 Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée

(1) Chaque Partie contractante accordera sur son territoire aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou aux investissements des investisseurs d'un quelconque Etat tiers, le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant.

(2) Chaque Partie contractante accordera aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne l'exploitation, le management, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers, le traitement le plus favorable à l'investisseur en cause étant déterminant.

(3) Si une Partie contractante accorde des avantages particuliers aux investisseurs d'un quelconque Etat tiers en vertu d'un accord établissant une zone de libre-échange, une union douanière ou un marché commun, ou en vertu d'un accord pour éviter la double imposition, elle ne sera pas tenue d'accorder de tels avantages aux investisseurs de l'autre Partie contractante.

Art. 6 Libre transfert

(1) Chaque Partie contractante accordera aux investisseurs de l'autre Partie contractante le transfert sans restriction ni délai, dans une monnaie librement convertible, des montants afférents à leurs investissements, en particulier, mais non exclusivement:

- (a) des revenus;
- (b) des montants liés à des obligations contractuelles, y compris les contrats de prêt;
- (c) des montants destinés à couvrir les frais relatifs au management de l'investissement;
- (d) des redevances et autres paiements découlant des droits énumérés à l'art. 1, al. (1), let. (c), (d) et (e) du présent Accord;
- (e) du capital initial et des montants additionnels nécessaires au maintien ou au développement de l'investissement;
- (f) du produit de la vente ou de la liquidation partielles ou totales de l'investissement, y compris les plus-values éventuelles;
- (g) des paiements découlant des art. 7 et 8 du présent Accord.

(2) A moins qu'il n'en soit convenu autrement avec l'investisseur, les transferts auront lieu au taux de change applicable à la date du transfert conformément aux règles de change en vigueur de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué.

Art. 7 Expropriation, indemnisation

(1) Aucune des Parties contractantes ne prendra, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet, à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt public et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires, qu'elles soient conformes aux garanties prévues par la loi et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité prompte, effective et adéquate. L'indemnité se montera à la valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant que la décision d'expropriation ne soit communiquée ou qu'elle ne soit connue dans le public, le premier de ces événements étant déterminant. Le montant de l'indemnité sera réglé dans une monnaie librement convertible et versé sans retard.

(2) L'investisseur concerné par l'expropriation aura le droit, selon la loi de la Partie contractante qui exproprie, de faire procéder à un prompt examen, par une autorité judiciaire ou une autre autorité indépendante de cette Partie contractante, de son cas et de l'estimation de son investissement conformément aux principes énoncés dans le présent article.

(3) Si une Partie contractante exproprie les avoirs d'une société enregistrée ou constituée conformément à la législation en vigueur sur une partie quelconque de son territoire, et dans laquelle des investisseurs de l'autre Partie contractante possèdent des parts, elle garantira, dans la mesure nécessaire et conformément à sa législation, que l'indemnité selon les al. (1) et (2) du présent article soit versée à ces investisseurs.

Art. 8 Indemnisation des pertes

Les investisseurs d'une Partie contractante dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence, rébellion, troubles civils ou autres événements similaires survenus sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement conforme à l'art. 5 du présent Accord en ce qui concerne la restitution, l'indemnisation, la compensation ou tout autre règlement.

Art. 9 Autres engagements

(1) Si des dispositions de la législation d'une Partie contractante ou des obligations de droit international, actuelles ou futures, générales ou spéciales, accordent aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement plus favorable que celui qui est prévu par le présent Accord, elles prévaudront sur ce dernier, pour la durée de leur existence, dans la mesure où elles sont plus favorables.

(2) Chaque Partie contractante se conformera à toute autre obligation à laquelle elle a souscrit à l'égard d'un investissement spécifique d'un investisseur de l'autre Partie contractante.

Art. 10 Principe de subrogation

Si une Partie contractante ou un organisme désigné par elle a effectué un paiement en vertu d'une garantie financière contre des risques non commerciaux concernant un investissement de l'un de ses investisseurs sur le territoire de l'autre Partie contractante, cette dernière reconnaîtra les droits de la première Partie contractante selon le principe de subrogation dans les droits de l'investisseur.

Art. 11 Différends entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante

(1) Afin de trouver une solution aux différends relatifs à des investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante, et sans préjudice de l'art. 12 du présent accord (Différends entre les Parties contractantes), des consultations auront lieu entre les parties concernées.

(2) Si ces consultations n'apportent pas de solution dans les six mois à compter de la demande écrite de les engager, l'investisseur pourra soumettre le

différend soit aux juridictions judiciaires ou administratives de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué, soit à l'arbitrage international. Dans ce dernier cas, l'investisseur aura le choix entre:

(a) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats², ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965 (ci-après la «Convention de Washington»), pour autant que les deux Parties contractantes soient membres de la Convention, et

(b) un tribunal arbitral ad hoc qui, à moins que les parties au différend n'en disposent autrement, sera constitué conformément au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Les deux Parties contractantes déclarent consentir à la soumission d'un tel différend à l'arbitrage conformément au présent alinéa.

(3) Une société qui a été enregistrée ou constituée conformément aux lois en vigueur sur le territoire d'une Partie contractante et qui, avant la naissance d'un différend, était contrôlée par des investisseurs de l'autre Partie contractante, sera considérée, au sens de l'art. 25, al. (2), let. (b) de la Convention de Washington, comme une société de l'autre Partie contractante.

(4) La Partie contractante qui est partie au différend ne pourra, à aucun moment de la procédure, exciper de son immunité ou du fait que l'investisseur a reçu, en vertu d'un contrat d'assurance, une indemnité couvrant tout ou partie du dommage subi.

(5) Aucune Partie contractante ne poursuivra par la voie diplomatique un différend soumis à l'arbitrage international, à moins que l'autre Partie contractante ne se conforme pas à la sentence arbitrale.

(6) La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire pour les parties au différend; elle sera exécutée sans retard conformément à la législation de la Partie contractante concernée.

Art. 12 Différends entre les Parties contractantes

(1) Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions du présent Accord seront réglés, si possible, par la voie diplomatique.

(2) Si les deux Parties contractantes ne parviennent pas à un règlement dans les six mois à compter de la naissance du différend, ce dernier sera soumis, à la requête de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal arbitral composé de trois membres. Chaque Partie contractante désignera un arbitre. Les deux arbitres ainsi désignés nommeront un président, qui sera ressortissant d'un Etat tiers.

(3) Si l'une des Parties contractantes n'a pas désigné son arbitre et n'a pas donné suite à l'invitation adressée par l'autre Partie contractante de procéder dans les deux mois à cette désignation, l'arbitre sera nommé, à la requête de cette dernière Partie contractante, par le Président de la Cour internationale de justice.

(4) Si les deux arbitres ne peuvent se mettre d'accord sur le choix du président dans les deux mois suivant leur désignation, ce dernier sera nommé, à la requête de l'une ou l'autre Partie contractante, par le Président de la Cour internationale de justice.

(5) Si, dans les cas visés aux al. (3) et (4) du présent article, le Président de la Cour internationale de justice est empêché d'exercer cette fonction ou s'il est ressortissant de l'une des Parties contractantes, les nominations seront faites par le Vice-président et, si ce dernier est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des Parties contractantes, elles le seront par le membre le plus ancien de la Cour qui n'est ressortissant d'aucune des Parties contractantes.

(6) A moins que les Parties contractantes n'en disposent autrement, le tribunal fixera ses propres règles de procédure. Chaque Partie contractante supportera les frais de son propre membre du tribunal et de sa représentation à la procédure arbitrale. Les frais du Président et les frais restants seront supportés à parts égales par les Parties contractantes, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement.

(7) Les décisions du tribunal seront définitives et obligatoires pour chaque Partie contractante.

Art. 13 Dispositions finales

(1) Le présent Accord entrera en vigueur le jour où les deux Gouvernements se seront notifié que les formalités légales requises pour l'entrée en vigueur d'accords internationaux ont été accomplies; il restera valable pour une durée de dix ans. S'il n'est pas dénoncé par écrit avec un préavis de six mois avant l'expiration de cette période, il sera considéré comme renouvelé aux mêmes conditions pour une durée de deux ans, et ainsi de suite.

(2) En cas de dénonciation, les dispositions des art. 1 à 12 du présent Accord continueront de s'appliquer pendant une période supplémentaire de dix ans aux investissements effectués avant son expiration.

(3) Le présent Accord remplace l'Accord entre la Confédération suisse et la République arabe syrienne concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements³, signé à Berne le 22 juin 1977 et entré en vigueur le 10 août 1978.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, ont signé le présent Accord.

Fait à Damas, le 9 mai 2007, en deux originaux, chacun en français, en arabe et en anglais, chaque texte faisant également foi. En cas de divergence, le texte anglais prévaut.

Pour le Conseil fédéral Suisse:
Jean-Daniel Gerber

Pour le Gouvernement de la République arabe syrienne:
Amer Housni Lutfi

TABLES ET FIGURES

Tables :

- Table 1 Evolution du nombre d'arbitrages connus en fonction du Centre (Source : CNUCED, IIA – Issues Note n° 1, mars 2011) 239
- Table 2 Nombre d'affaires relatives aux investissements par Etat sur le fondement d'un traité (Source : CNUCED, IIA – Issues Note n° 1, mars 2011). 241
- Table 3 Classement des Etats en fonction du nombre de traités bilatéraux d'investissement et des autres accords relatifs aux investissements conclus (Source : CNUCED, *World Investment Report 2012*). 243

Figures :

- Figure 1 Nombre d'arbitrages rendus sous l'égide du CIRDI en fonction du fondement de l'action (Source : CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1 et UNCTAD Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases). 238
- Figure 2 Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire (reproduit de CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1, p. 10) 240
- Figure 3 Classement des Etats en fonction du nombre d'accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements auxquels ils sont parties (Source : CNUCED, *World Investment Report 2012*). 242
- Figure 4 Représentation géographique du nombre d'affaires relatives aux investissements par Etat dans le cadre du CIRDI (Graphique conçu à partir des données de : CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1, p. 10). 246
- Figure 5 Représentation géographique du nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par Etat (Graphique conçu à partir des données de: CNUCED, IIA – Issues Note n° 1, mars 2011). 247

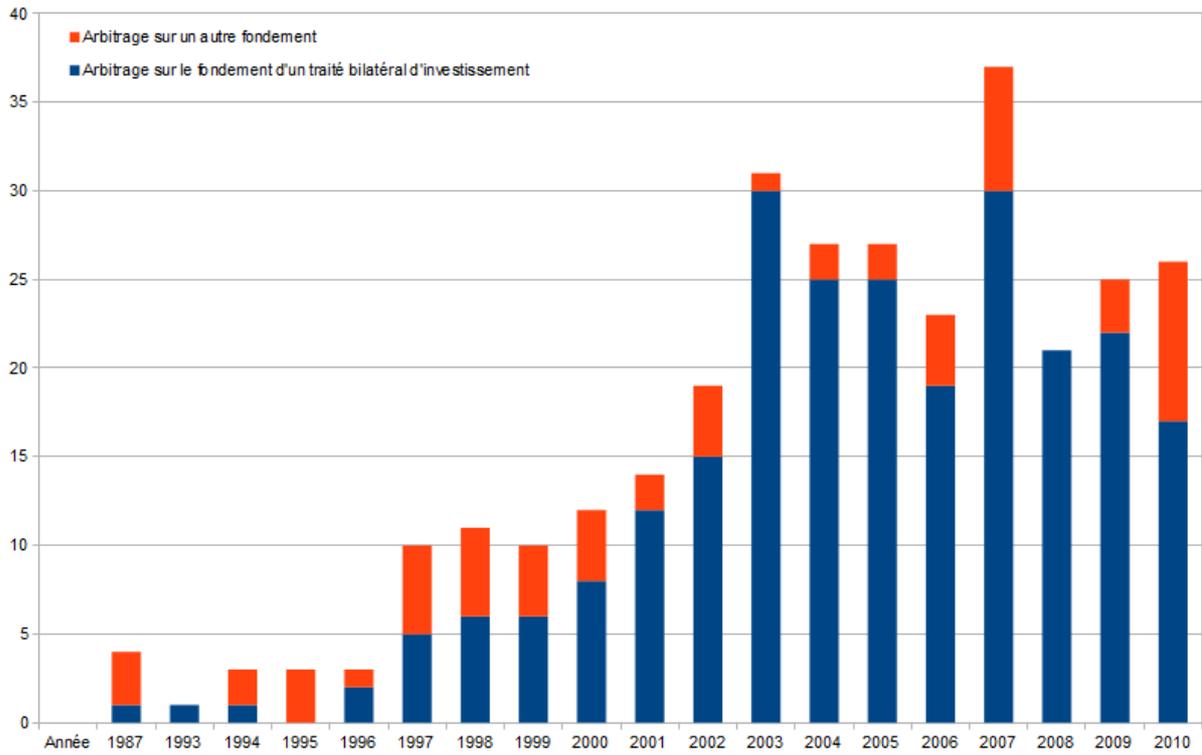


Figure 1 Nombre d'arbitrages rendus sous l'égide du CIRDI en fonction du fondement de l'action (Source : CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1 et UNCTAD Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases).

<i>Centre d'arbitrage</i>	<i>2004</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>
CIRDI	106	201	225	245
CNUDCI	39	83	91	109
Chambre de commerce de Stockholm	9	17	19	19
CCI	4	5	5	6
Arbitrage strictement <i>ad hoc</i>		5	4	4
Autres	2	6	13	7
Total	160	317	357	390

Table 1 Evolution du nombre d'arbitrages connus en fonction du Centre (Source : CNUCED, IIA – Issues Note n° 1, mars 2011)

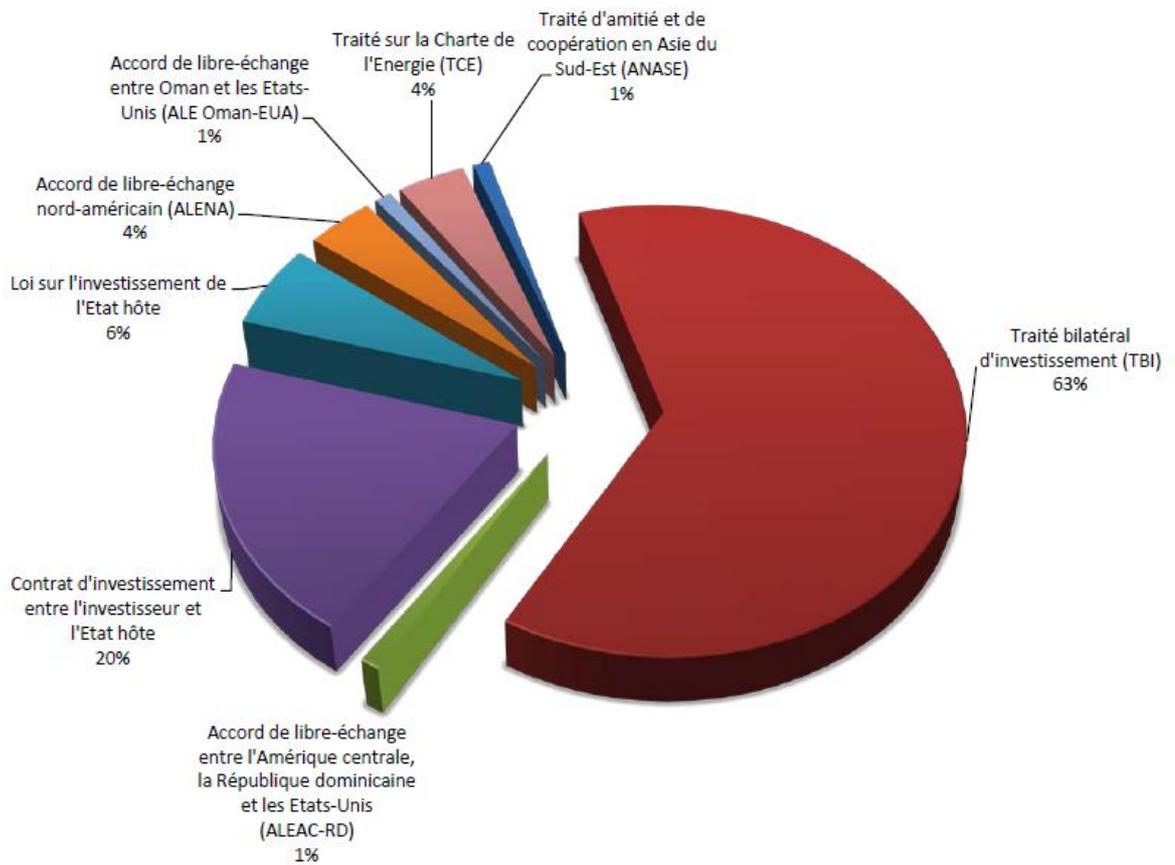


Figure 2 Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI dans les affaires enregistrées sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire (reproduit de CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1, p. 10)

<i>Pays</i>	<i>Nombre d'affaires</i>	<i>Pays</i>	<i>Nombre d'affaires</i>
Argentine	51	Kirghizstan	3
Mexique	19	Liban	3
République tchèque	18	Lituanie	3
Equateur	16	Pakistan	3
Canada	15	Paraguay	3
Venezuela	15	Sri Lanka	3
Ukraine	14	Turkménistan	3
Etats-Unis d'Amérique	14	Zimbabwe	3
Pologne	11	Albanie	2
Egypte	10	Azerbaïdjan	2
Kazakhstan	10	Bangladesh	2
Bolivie	9	Burundi	2
Inde	9	Croatie	2
Fédération de Russie	9	République dominicaine	2
Roumanie	8	Allemagne	2
Turquie	8	Ghana	2
Géorgie	7	Lettonie	2
Hongrie	6	Macédoine	2
Slovaquie	6	Malaisie	2
Jordanie	5	Maroc	2
Moldavie	5	Philippines	2
République démocratique du	4	Slovénie	2
Costa Rica	4	Tanzanie	2
Mongolie	4	Emirats Arabes Unis	2
Pérou	4	Ouzbékistan	2
Algérie	3		
Chili	3		
El Salvador	3		
Estonie	3		
Guatemala	3		

Table 2 Nombre d'affaires relatives aux investissements par Etat sur le fondement d'un traité (Source : CNUCED, IIA – Issues Note n° 1, mars 2011).

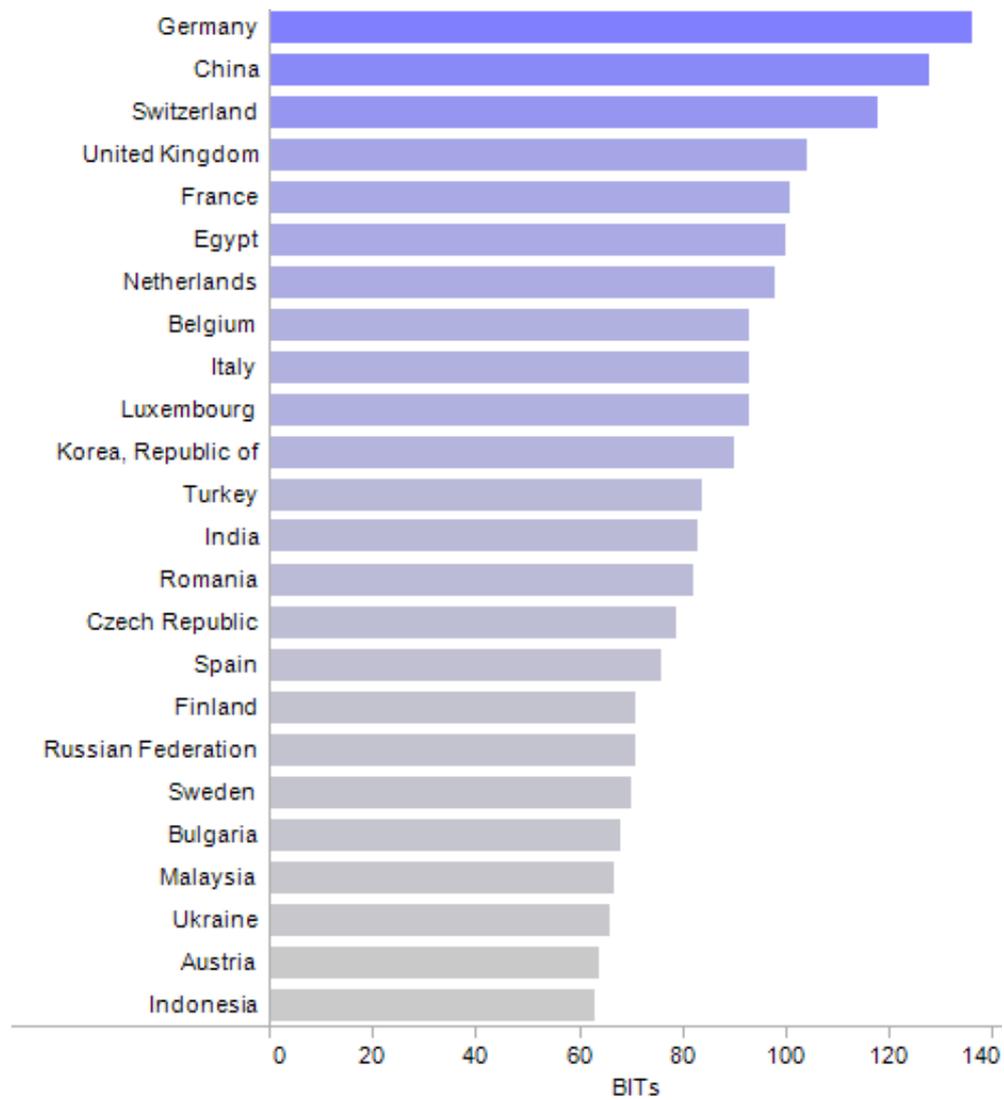


Figure 3 Classement des Etats en fonction du nombre d'accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements auxquels ils sont parties (Source : CNUCED, *World Investment Report 2012*).

Table 3 Classement des Etats en fonction du nombre de traités bilatéraux d'investissement et des autres accords relatifs aux investissements conclus (Source : CNUCED, *World Investment Report 2012*).

<i>Etats</i>	<i>TBI</i>	<i>Autres</i>	<i>Total</i>	<i>Etats</i>	<i>TBI</i>	<i>Autres</i>	<i>Total</i>
Allemagne	136	64	200	Mongolie	43	3	46
Chine	128	16	144	Albanie	42	6	48
Suisse	118	32	150	Kazakhstan	42	5	47
Royaume-Uni	104	64	168	Singapour	41	29	70
France	101	64	165	Syrie	41	6	47
Egypte	100	15	115	Bosnie- Herzégovine	39	4	43
Pays-Bas	98	64	162	Moldavie	39	2	41
Belgique	93	64	157	Thaïlande	39	23	62
Italie	93	64	157	Emirats Arabes Unis	39	11	50
Luxembourg	93	64	157	Slovénie	38	62	100
République de Corée	90	16	106	Israël	37	5	42
Turquie	84	21	105	Macédoine	37	5	42
Inde	83	14	97	Yémen	37	7	44
Roumanie	82	63	145	Arménie	36	2	38
République tchèque	79	64	143	Ile Maurice	36	9	45
Espagne	76	64	140	Philippines	35	16	51
Finlande	71	64	135	Oman	33	11	44

Fédération de Russie	71	4	75	Libye	32	10	42
Suède	70	64	134	Pérou	32	29	61
Bulgarie	68	62	130	Tadjikistan	31	4	35
Malaisie	67	23	90	Bahreïn	30	12	42
Ukraine	66	5	71	Bangladesh	30	4	34
Autriche	64	64	128	Uruguay	30	17	47
Indonésie	63	17	80	Zimbabwe	30	9	39
Maroc	62	7	69	Canada	29	21	50
Pologne	62	64	126	Ethiopie	29	5	34
République Islamique d'Iran	60	1	61	Géorgie	29	4	33
Koweït	59	13	72	Kirghizstan	28	5	33
Viet Nam	59	20	79	Mexique	28	19	47
Argentine	58	16	74	Sri Lanka	28	5	33
Biélorussie	58	3	61	Venezuela	28	7	35
Croatie	58	5	63	Chypre	27	61	88
Cuba	58	3	61	Estonie	27	63	90
Hongrie	58	64	122	Soudan	27	11	38
Danemark	55	64	119	Ghana	26	6	32
Portugal	55	64	119	Corée	24	-	24
Slovaquie	54	64	118	Mozambique	24	6	30
Tunisie	54	9	63	Paraguay	24	15	39

Jordanie	52	10	62	Sénégal	24	7	31
Lituanie	52	62	114	Australie	23	17	40
Chili	51	26	77	Laos	23	14	37
Liban	50	8	58	Panama	23	10	33
Qatar	49	11	60	Taiwan	23	4	27
Serbie	49	3	52	Turkménistan	23	5	28
Ouzbékistan	49	4	53	Bolivie	22	15	37
Algérie	47	6	53	El Salvador	22	11	33
Etats-Unis d'Amérique	47	63	110	Malte	22	61	83
Pakistan	46	7	53	Nigeria	22	6	28
Afrique du Sud	46	9	55	Arabie Saoudite	22	12	34
Azerbaïdjan	44	3	47	Cambodge	21	16	37
Lettonie	44	62	106	Costa Rica	21	15	36
Grèce	43	64	107				



Figure 4 Représentation géographique du nombre d'affaires relatives aux investissements par Etat dans le cadre du CIRDI (Graphique conçu à partir des données de : CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques, 2012-1, p. 10).

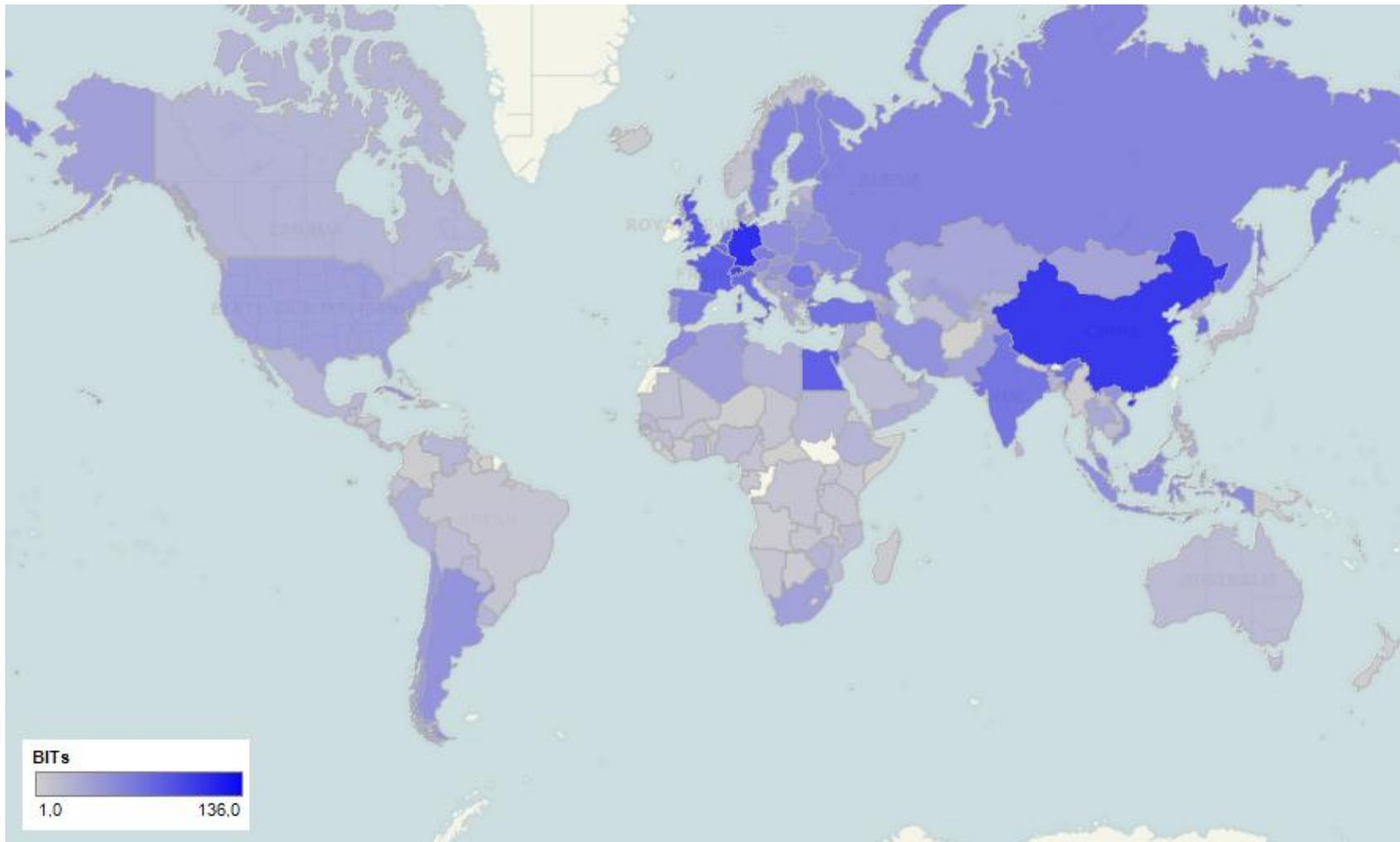


Figure 5 Représentation géographique du nombre de traités bilatéraux d'investissement conclus par Etat (Graphique conçu à partir des données de: CNUCED, *IIA – Issues Note n° 1*, mars 2011).

TABLE DES MATIERES GENERALE

Introduction	1
Paragraphe 1. Les interactions entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI	9
A. Deux phénomènes distincts	10
1°) Un régime fondé sur des traités bilatéraux	10
2°) D'une instance arbitrale à une juridiction internationale	16
B. « La rencontre des deux phénomènes »	21
1°) Une union favorable à l'apparition d'un droit international des investissements	22
2°) Une opposition révélatrice d'un doute sur l'évolution du droit	25
Paragraphe 2. Le résultat : l'émergence d'un droit international des investissements	28
A. L'existence d'un droit international des investissements	28
1°) Un droit	29
2°) La qualification du système	33
B. Un droit relevant de l'ordre juridique international	37
1°) Une dépendance au droit international	37
2°) Le dépassement du droit international	41
PREMIERE PARTIE UN JUGE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	49
<i>Titre 1 Une institutionnalisation croissante du droit international des investissements</i>	<i>55</i>
Chapitre 1 Le besoin d'un droit international des investissements	57
Section 1. La nécessaire création d'un nouveau régime des investissements	58
Paragraphe 1. Une réglementation difficile des investissements internationaux	58
A. De nouveaux défis pour les investissements à l'étranger	59
1°) L'absence de réglementation des investissements internationaux	59
2°) Un climat hostile à l'investissement international	62
B. A la recherche d'un droit des investissements internationaux	66
1°) Des projets à vocation universelle	68
2°) Des projets internationaux élaborés par une organisation régionale – l'exemple de l'OCDE	71
Paragraphe 2. La mise en place d'un nouveau système	76

A. L'apparition d'un nouveau droit international des investissements	76
1°) La prolifération des traités bilatéraux d'investissement.....	76
2°) L'utilisation de modèles conventionnels.....	80
B. Le besoin d'un nouveau mécanisme de règlement des différends.....	83
1°) Les insuffisances des modes traditionnels de règlement des différends	83
2°) L'arbitrage mixte, seule voie de recours satisfaisante	87
Section 2. La Convention de Washington et les conventions bilatérales d'investissement, supports conjointes de l'instauration du CIRDI	93
Paragraphe 1. L'apparition du système CIRDI.....	94
A. L'apparition d'une nouvelle institution sur la scène internationale	94
1°) La création du CIRDI	94
2°) Une institution moderne et efficace	99
B. Une institution de la Banque mondiale vouée au règlement des différends	104
1°) Un institution intégrée à la Banque mondiale	104
2°) Un mécanisme complet de règlement des différends	108
Paragraphe 2. La restauration d'un climat favorable aux investissements	114
A. Des efforts conjoints	114
1°) Une politique de développement fondée sur les investissements internationaux	115
2°) L'impact du CIRDI et des conventions bilatérales d'investissement.....	118
B. Une organisation commune du règlement des différends	124
1°) Des clauses classiques de règlement mixte	125
2°) Des modèles divergents.....	130
Chapitre 2 L'apparition d'un juge du droit international des investissements.....	139
Section 1. La « découverte » d'un consentement à l'arbitrage dans les conventions bilatérales d'investissement.....	140
Paragraphe 1. Des débuts étonnamment modestes	141
A. Les raisons de la faible activité initiale du CIRDI	141
1°) Le constat d'un relatif échec initial	141
2°) Des raisons empiriques	142
B. Le consentement à l'arbitrage CIRDI, entre classicisme et modernité	143
1°) L'exigence traditionnelle d'un double consentement	143
2°) Les modalités d'offre du consentement	148
Paragraphe 2. Les conventions bilatérales d'investissement, moteur du développement de l'arbitrage CIRDI	153
A. Un consentement révélé.....	154

1°) La vérification de l'existence d'un consentement dans les conventions bilatérales d'investissement.....	154
2°) La « révolution » AAPL	158
B. Arbitrage consenti ou arbitrage forcé ?	167
1°) La surprise née de la découverte d'un consentement à l'arbitrage dans les traités bilatéraux d'investissement	168
2°) L'admission de l'arbitrage unilatéral.....	172
Section 2. L'apparition d'un nouveau système né de la relation entre les conventions bilatérales d'investissement et la jurisprudence du CIRDI	177
Paragraphe 1. Une évolution de l'arbitrage relatif aux investissements	177
A. Un recours systématisé au CIRDI	177
1°) Un recours organisé par les accords relatifs aux investissements	178
2°) Le succès du CIRDI.....	181
B. Le changement de configuration de l'arbitrage CIRDI	188
1°) Un consentement « en blanc »	188
2°) Un bouleversement de l'équilibre de l'arbitrage	191
Paragraphe 2. L'affirmation de la spécificité de l'arbitrage CIRDI	196
A. Le droit international des investissements, composante du <i>global administrative law</i> ?	196
1°) L'intégration du droit international des investissements au <i>global administrative law</i> ..	197
2°) Des doutes demeurant quant à l'existence du <i>global administrative law</i>	203
B. L'indéniable juridictionnalisation de l'arbitrage CIRDI.....	206
1°) Une juridiction au service des investissements internationaux.....	206
2°) Le développement d'une jurisprudence	209
<i>Titre 2 Un juge doté d'une compétence extensive.....</i>	<i>221</i>
Chapitre 3 Les conventions bilatérales d'investissement, un fondement déterminant de la compétence du Centre	229
Section 1. Le fondement de l'action, source d'influence sur la détermination de la compétence du CIRDI	232
Paragraphe 1. La difficile distinction entre réclamations contractuelles et conventionnelles	232
A. Une distinction incertaine mais nécessaire	233
1°) Des réclamations relevant d'ordres différents	233
2°) Une distinction pourtant incertaine.....	236
B. Une incertitude reflétée dans la jurisprudence	240
1°) Une jurisprudence indécise.....	240

2°) Vers une solution ?	245
Paragraphe 2. Une couverture conventionnelle favorable au CIRDI	252
A. Des clauses incertaines	253
1°) Des clauses conventionnelles	254
2°) Un objet de controverses.....	262
B. Une jurisprudence hésitante.....	269
1°) Une hésitation quant à leur domaine d'application	269
2°) Une opposition quant à leur effet.....	275
Section 2. L'influence des conventions bilatérales d'investissement sur la conduite de l'arbitrage CIRDI	284
Paragraphe 1. Des conditions classiques, issues des traités bilatéraux d'investissement.....	285
A. Un arbitrage international n'excluant pas nécessairement l'ordre interne	286
1°) Plusieurs options, un choix	287
2°) Un règlement alternatif	296
B. Une interprétation large du champ d'application <i>ratione temporis</i> des conventions bilatérales d'investissement	303
1°) L'application des principes du droit international	304
2°) Les liens entre compétence et applicabilité dans le temps du traité	308
Paragraphe 2. Une nouvelle organisation de l'arbitrage par les conventions bilatérales d'investissement	317
A. A la recherche d'une jurisprudence plus cohérente	318
1°) La consolidation des affaires.....	319
2°) L'introduction d'un mécanisme d'appel dans l'arbitrage international relatif aux investissements	326
B. Une plus grande ouverture de la procédure arbitrale	330
1°) La fin de la confidentialité dans l'arbitrage international sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement	331
2°) La participation des tiers à l'arbitrage CIRDI.....	336
Chapitre 4 La définition d'une compétence extensive	343
Section 1. Une définition extensive de la compétence <i>ratione materiae</i>	344
Paragraphe 1. La difficile délimitation de la compétence <i>ratione materiae</i>	346
A. Des critères de compétence demeurant flous.....	347
1°) La nécessaire existence d'un différend en relation avec un investissement	347
2°) L'impossible définition de la notion d'investissement dans la Convention de Washington	354
B. La recherche d'une définition de la notion d'investissement	360

1°) De nombreuses sources d'inspiration.....	360
2°) L'approche extensive des traités bilatéraux d'investissement	365
Paragraphe 2. La découverte d'une définition de l'investissement soumise à la volonté des Etats	371
A. La découverte de critères de définition	372
1°) Des critères de qualification	373
2°) Leur caractère encore incertain	382
B. Une définition extensive demeurant soumise à la volonté des Etats	390
1°) Une définition extensive de l'investissement	390
2°) Des Etats demeurant maîtres de la définition de l'investissement	399
Section 2. Une définition extensive de la compétence <i>ratione personae</i>	412
Paragraphe 1. La nature divergente des parties à l'arbitrage CIRDI	413
A. La soumission de l'Etat à l'arbitrage CIRDI.....	414
1°) Un recours conditionné par la ratification de la Convention de Washington.....	414
2°) La prise en compte des entités paraétatiques dans l'arbitrage CIRDI	420
B. L'admission de l'investisseur dans un arbitrage international contre l'Etat	425
1°) Un investisseur polymorphe	425
2°) La recherche de l'investisseur effectif	430
Paragraphe 2. La recherche de la nationalité de l'investisseur	442
A. Des critères larges.....	443
1°) La détermination de la nationalité des personnes physiques	444
2°) Les critères d'attribution de la nationalité des personnes morales.....	450
B. Une compréhension extensive.....	456
1°) Une interprétation libérale du critère du contrôle	456
2°) Une extension prétorienne	459
SECONDE PARTIE UN REGIME NORMATIF DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL	477
<i>Titre 3 La naissance d'un droit international général des investissements</i>	<i>485</i>
Chapitre 5 L'indétermination du droit international général des investissements	489
Section 1. La nature du droit applicable	490
Paragraphe 1. L'interprétation des clauses relatives au droit applicable	491
A. L'application des principes généraux de l'arbitrage	491
1°) Les limites liées à l'objet de l'instance	492
2°) L'autonomie des parties.....	493

B. La détermination du droit applicable.....	497
1°) La place incertaine du droit international.....	498
2°) L'internationalisation du droit applicable par les traités bilatéraux d'investissement	503
Paragraphe 2. Des ordres juridiques profondément entremêlés	509
A. Un investissement ancré dans l'ordre juridique interne	509
1°) Une place accordée au droit interne	510
2°) Un renvoi au droit interne	513
B. Un investissement soumis à l'ordre juridique international.....	522
1°) L'incertitude sur la réunion des conditions d'émergence de normes coutumières	525
2°) Un phénomène de cristallisation en action	531
Section 2. Traitement juste et équitable et pleine et entière sécurité et protection, standards	
ambivalents du droit international des investissements.....	539
Paragraphe 1. Une nature indéterminée	541
A. L'autonomie des standards.....	541
1°) Les liens entre les standards du droit international des investissements et le standard	
minimum	544
2°) La nature des standards.....	548
B. Des précisions conventionnelles	552
1°) Une formulation divergente	552
2°) Les relations entretenues par les standards	559
Paragraphe 2. Le recours nécessaire à la jurisprudence.....	564
A. Un contenu précisé	564
1°) Le contenu de la pleine et entière protection et sécurité	565
2°) Les composantes du traitement juste et équitable	569
B. De nouveaux doutes	579
1°) Des précisions conventionnelles.....	580
2°) Une convergence des différents standards	584
Chapitre 6 Le renouveau du droit des expropriations.....	593
Section 1. Une limitation générale du droit d'exproprier.....	596
Paragraphe 1. L'expropriation, un droit encadré.....	596
A. Le droit d'exproprier	597
1°) Une reconnaissance unanime.....	597
2°) La licéité des mesures d'expropriation	600
B. Des précisions du droit international des investissements.....	603
1°) La reprise de conditions classiques.....	603
2°) Des précisions jurisprudentielles	609

Paragraphe 2. Une compensation assurée	612
A. La recherche d'une formule d'indemnisation	612
1°) L'impossible restitution.....	613
2°) La préférence pour l'indemnisation, nouvelle source d'incertitudes	617
B. La mise en œuvre de l'indemnisation	623
1°) L'évaluation du montant de l'indemnité	624
2°) Le paiement de l'indemnité	629
Section 2. La variété des mesures d'expropriation, nouvelle actualité du droit	634
Paragraphe 1. Une conception extensive des expropriations	634
A. La diversité des modalités de l'expropriation	635
1°) Une variété de droits et biens pouvant être soumis à expropriation	636
2°) Une définition extensive des expropriations	640
B. Le caractère essentiel de l'opération de qualification	647
1°) Une pluralité d'indices	647
2°) L'effet de la mesure, unique critère de qualification	652
Paragraphe 2. La préservation de la liberté normative de l'Etat	658
A. La difficile distinction entre expropriation et simple exercice de la liberté normative	659
1°) Un risque grave de déséquilibre entre droits des investisseurs et droits des Etats	660
2°) Une limitation jurisprudentielle du champ des expropriations	665
B. Une préservation conventionnelle de la liberté normative de l'Etat.....	673
1°) Un effort de définition	674
2°) Une précision du champ des expropriations	677
<i>Titre 4 Le développement du droit international des investissements</i>	<i>685</i>
Chapitre 7 Un droit ancré par ses obligations conventionnelles dans l'ordre juridique international ...	689
Section 1. Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée, clés de voûte du droit international des investissements	690
Paragraphe 1. Un contenu extensif.....	692
A. Une extension du fait de la nature même des clauses	692
1°) Des règles par nature extensives	693
2°) Une variété de clauses dans les traités bilatéraux d'investissement.....	699
B. Une extension du fait de leur objet	708
1°) Les clauses d'encouragement	709
2°) Les clauses d'admission ou la libéralisation des investissements.....	715
Paragraphe 2. Une portée encore indéterminée.....	719

A. Des exceptions systématiques	719
1°) De nécessaires tempéraments.....	720
2°) De réelles exceptions	724
B. Une application large des tribunaux CIRDI, mais demeurant soumise aux Etats	729
1°) La vérification de la discrimination	730
2°) Une modulation jurisprudentielle des obligations.....	735
3°) Des Etats demeurant maîtres de la portée de leurs obligations.....	748
Section 2. Des autres obligations intégrant le droit international des investissements à l'ordre juridique international	751
Paragraphe 1. L'intégration du droit international des investissements au droit international économique	753
A. Des liens établis entre commerce et investissement.....	753
1°) La recherche d'un régime intégré de l'investissement et du commerce international	754
2°) La prise en compte d'aspects commerciaux dans les traités bilatéraux d'investissement	760
B. L'investissement international au cœur de la politique économique.....	766
1°) Le libre transfert, condition nécessaire à la rentabilité de l'investissement	766
2°) Une approche intégrée de l'investissement international	774
Paragraphe 2. De nouveaux standards, vecteurs d'influence de la politique des Etats	779
A. Une attraction naturelle des droits de l'homme dans le champ du droit international des investissements.....	781
1°) Un investisseur jouissant des droits de l'homme	781
2°) Une réaction face aux dérives des investissements internationaux.....	787
B. L'inclusion de nouvelles obligations dans le droit international des investissements.....	794
1°) L'émergence des droits de l'homme dans la jurisprudence des tribunaux CIRDI.....	794
2°) Une intégration progressive des droits de l'homme dans les traités bilatéraux d'investissement.....	798
Chapitre 8 Vers un droit international des investissements plus équilibré.....	805
Section 1. La crise de légitimité du droit international des investissements.....	808
Paragraphe 1. Les critiques à l'encontre du droit international des investissements	809
A. Des critiques idéologiques	809
1°) Une critique du libéralisme	810
2°) Intérêt public vs. droits des investisseurs	814
B. Une ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat ?.....	817
1°) Une atteinte perçue à la souveraineté	818
2°) Le rejet de l'arbitrage international	821
Paragraphe 2. Un possible rejet du système	827

A. Un désaveu partagé	827
1°) De nouveaux défendeurs dans l'arbitrage CIRDI	828
2°) Les crises économiques, menace au droit international des investissements	833
B. La dénonciation des traités relatifs aux investissements internationaux	836
1°) Les dénonciations de la Convention de Washington	837
2°) Une possible fin de l'ère des traités bilatéraux d'investissement	844
Section 2. Une réorientation du droit international des investissements	849
Paragraphe 1. Des droits à la faveur des Etats.....	851
A. Des moyens de défense des Etats.....	851
1°) Des moyens de défense tirés du droit international public	852
2°) L'affirmation de la liberté des Etats à agir en temps de crise dans les traités bilatéraux d'investissement.....	865
B. L'affirmation des droits des Etats.....	870
1°) Une affirmation juridictionnelle des droits des Etats	870
2°) Des précisions conventionnelles	879
Paragraphe 2. Des obligations imposées aux investisseurs	889
A. Des obligations découlant des traités bilatéraux d'investissement.....	890
1°) Des obligations classiques interprétées en vue d'un plus grand équilibre	890
2°) De nouvelles obligations nées d'un besoin d'équilibre.....	896
B. Des obligations découlant du droit international	900
1°) Des obligations internationales s'imposant aux investisseurs.....	900
2°) L'apparition d'un ordre public transnational	905
Conclusion générale	921
Table des matières	927

BIBLIOGRAPHIE ET ANNEXES

Bibliographie 1

 I. Recueil des cours de l’Académie de droit international 3

 II. Ouvrages et monographies 4

 III. Contributions 16

 IV. Articles 32

 V. Documents d’organisations internationales 55

Jurisprudence 59

 CIRDI 60

 CNUDCI 71

 CPJI / CIJ 73

 Autres 75

Traités et textes officiels 79

 Traités bilatéraux d’investissement 81

 Textes officiels 111

Modèles et exemples d’accords de promotion et de protection des investissements 115

Tables et Figures 237

 Tables 237

 Figures 237

Table des matières générale **249**