

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE DE LA NORME DE
TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE (TJE) AU REGARD DES
PRÉROGATIVES SOUVERAINES DE L'ÉTAT

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT
CONCENTRATION DROIT INTERNATIONAL

PAR
JULIEN HAMEL-GUILBERT

JUILLET 2017

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 - Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

À l'issue de ce mémoire, je tiens à souligner l'apport rigoureux de mon directeur, M. Rémi Bachand, pour son temps et sa contribution. Ce travail a été rendu possible grâce à sa clairvoyance et sa patience.

Je remercie tout particulièrement mes parents pour leur soutien indéfectible et la confiance qu'ils m'ont accordés. Merci également à mes amis (« les Invincibles») pour votre solidarité. Famille et amis, vous êtes mon vrai grand bonheur !

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENT	ii
TABLE DES MATIÈRES.....	iii
RÉSUMÉ.....	v
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : HISTOIRE ET ÉVOLUTION.....	11
1.1. Histoire d'une expression devenue normative	11
1.2. L'expansion des traités commerciaux du 20e siècle.....	17
1.3. Conclusion du chapitre.....	24
CHAPITRE II	
LA RÈGLE DU « TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE » : LA RECHERCHE D'UNE SIGNIFICATION EFFECTIVE.....	26
2.1. Le traitement «juste et équitable » : Quelle signification?	27
2.2. Le libellé du TJE combiné à la protection et la sécurité complètes.....	32
2.3. Le libellé du TJE combiné à la protection des droits de propriétés	36
2.4. Le traitement minimal requis par le droit international	41
2.5. Le standard minimal de traitement et le droit international coutumier..	46
2.6. Conclusion du chapitre.....	53
CHAPITRE III	
APPLICATION DE LA RÈGLE DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE: LA QUESTION DES ATTENTES LÉGITIMES	57
3.1. Introduction à la notion des « attentes légitimes »	57
3.2. L'environnement juridique de l'État hôte	60
3.3. L'interprétation extensive des déclarations et des représentations de l'État	62
3.4. Les traités de libre-échange et d'investissement: Fondement matériel des droits consentis aux investisseurs étrangers.....	65
3.5. Les engagements spécifiques pris en droit interne	67
3.5.1. Les obligations contractuelles et autres engagements	68
3.5.2. Les clauses contractuelles de « stabilisation »	71

3.6. Des attentes fondées sur les principes de« justice naturelle»	76
3.6.1. Interprétation extensive des droits substantifs	76
3.6.2. Interprétation extensive des droits procéduraux	81
3.7. Conclusion du chapitre	86

CHAPITRE IV

LIMITATION DES POUVOIRS SOUVERAINS	89
4.1. La compétence des tribunaux internationaux d'arbitrage	89
4.2. La qualification juridique des« faits» attribuables à l'État..	91
4.2.1. La règle du TJE et l'interprétation des causes objectives de l'État..	92
4.2.2. La règle du TJE et l'interprétation de l'objectif d'intérêt public	96
4.2.3. La règle du TJE et l'interprétation des effets préjudiciables	101
4.3. L'interprétation subjective des motivations politiques de l'État..	106
4.4. Conclusion du chapitre	111

CONCLUSION

Retour sur le travail	113
Vers une réaffirmation des pouvoirs politiques et normatifs de l'État?	116

BIBLIOGRAPHIE.....	119
--------------------	-----

RÉSUMÉ

L'ordre économique international repose sur des accords de libre-échange souvent associés aux procédures d'arbitrage entre investisseurs et États. Alors que les règles formulées dans ces traités produisent des effets contraignants, les États ont parfois de la difficulté à exercer librement leurs compétences souveraines à l'endroit des investisseurs étrangers qu'ils accueillent sur leur territoire.

L'objectif de ce travail est d'examiner les effets juridiques produits par l'application de la règle du traitement *juste et équitable* (TJE). Trop souvent méconnue du grand public, cette règle économique joue un rôle absolument déterminant dans la protection juridique des flux d'investissements mondiaux. Historiquement associée à l'interdiction des actes discriminatoires ou arbitraires accomplis par l'État, l'application récente de cette règle produit des effets dont on parvient encore difficilement à saisir le sens.

À la faveur d'une analyse de la règle TJE, ce travail mettra en lumière le conflit qui oppose le cadre juridique favorable aux investisseurs étrangers et la question de l'autonomie réglementaire de l'État. Ce faisant, l'examen de la jurisprudence des tribunaux internationaux d'arbitrage occupera un rôle central. Puisque c'est par l'étude de la jurisprudence arbitrale que l'on parviendra à saisir l'influence réelle que posent les règles économiques internationales sur l'évolution du pouvoir normatif de l'État.

Mots clés : Investisseurs étrangers, traitement juste et équitable, interprétation juridique, tribunaux d'arbitrage, États.

INTRODUCTION

Il n'y a pas de liberté sans règles et il n'y a pas de règles sans une certaine restriction de la liberté¹.

L'investissement direct étranger est l'un des moteurs de la croissance économique de l'État et une condition essentielle de son développement². Avènements de nouvelles entreprises, exploitation des ressources naturelles, création d'emplois, hausse des exportations et de la productivité, rares sont les États qui peuvent se priver de l'apport et des retombées économiques de l'investissement international. Dans le but de favoriser le développement économique de leur nation, les États cherchent à attirer une partie des quelques 27 000 milliards de dollars d'investissements transfrontaliers qui circulent à travers le monde³. La viabilité économique et sociale des États dépend de leur capacité à attirer ces flux transfrontaliers.

Compte tenu de la multiplication des échanges transfrontaliers, les entreprises étrangères profitent des régimes juridiques mis en place par leur État d'origine. Suivant les droits qui leurs sont conférés par ces régimes, les acteurs économiques ont alors la possibilité d'engager directement la responsabilité juridique de l'État afin d'être indemnisées eu égard aux nombreux préjudices pouvant leurs être causés. Le droit international économique repose en grande partie sur les règles inscrites à l'intérieur des quelques 3 304 traités de libre-échange et d'investissement qui existent

¹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977 à la p 267.

² *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et d'autres entreprises commerciales*, Doc off AG NU 2009, Doc NU A/HRC/11/13 au para 28 [*Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général*].

³ Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York, United Nations, 2015 à la p 146. [*CNUCED 2015*].

à travers le monde⁴. Ces accords qui consistent à protéger la libre-circulation des biens et des investissements étrangers tout en favorisant le développement économique sont souvent associés aux « procédures de règlement des différends » entre investisseurs et États⁵. À la faveur des clauses d'arbitrage introduites dans ces traités, les « investisseurs étrangers »⁶ peuvent se soustraire aux voies de recours internes et être directement entendus par les tribunaux internationaux d'arbitrage⁷ pour toute contestation se rapportant à leurs « investissements »⁸. La compétence des tribunaux internationaux d'arbitrage est très large. La compétence s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État hôte (défendeur) et un investisseur étranger (demandeur). Les tribunaux doivent alors statuer sur les différends conformément aux règles de droit adoptées par les parties, à défaut de quoi ils peuvent appliquer le droit de l'État contractant partie au différend⁹.

⁴ En 2016, le nombre de traités de libre-échange et d'investissement s'élevait à 3 304 (2 946 traités bilatéraux d'investissement et 358 accords économiques régionaux et accords de libre-échange. Voir Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED), *Rapport sur l'investissement dans le monde. Nationalité des investisseurs : Enjeux et politiques*, Genève, Nations Unies, 2016 à la p 19. [CNUCED 2016].

⁵ La Commission des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) estime qu'il y a en moyenne une quarantaine de procédures juridiques qui sont portées annuellement devant les tribunaux internationaux d'arbitrage. CNUCED 2016, *supra* note 4 aux pp 19 à 21; CNUCED 2015, *supra* note 3 aux pp 115 et s.

⁶ Les investisseurs englobent les ressortissants ou les entreprises d'un État, qui réalisent un investissement sur le territoire d'un État hôte. Voir *Accord de libre-échange nord-américain entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, conclu le 17 décembre 1992 art. 1139, en ligne : Secrétariat de l'ALENA < <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>. [*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*].

⁷ *Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, conclue à Washington le 18 mars 1965, 1968, 1021 RTNU, (entrée en vigueur le 14 octobre 1966), Chapitre II « De la compétence du Centre » art. 25. Toutefois, en vertu de l'article 26 un État peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés comme condition à son consentement à l'arbitrage. [*Convention Washington CIRDI*]

⁸ Les investissements englobent : les biens immobiliers ou autres biens, tangibles ou intangibles d'une entreprise, ainsi que les prêts, les titres de créance et les sûretés sur les actions faits à une entreprise. Les investissements comprennent également les intérêts dans une entreprise qui donnent droit à leurs propriétaires de partager ses revenus et ses actifs. Enfin, les investissements incluent souvent toute forme de contrat impliquant la présence d'un bien investi sur le territoire d'un État. Voir *Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, *supra* note 6 art. 1139.

⁹ *Convention Washington CIRDI*, *supra* note 7 art 25 al. 1 et 42 (1). L'article 1 al. 1 du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)

En même temps, en raison du principe de souveraineté, l'État hôte possède le pouvoir absolu d'appliquer sur son territoire les mesures contraignantes qu'ils estiment être dans son intérêt¹⁰. Sa compétence territoriale lui confère le droit exclusif d'exercer un pouvoir contraignant à l'encontre des personnes ou des activités présentes sur son territoire. L'exercice de cette « compétence souveraine »¹¹ est toutefois limité face à l'étendue des obligations internationales que l'État s'impose afin de protéger les acteurs économiques qu'il accueille sur son territoire. Comme le rappelle l'Affaire Wimbledon, les obligations internationales apportent « une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État », en ce sens qu'elles impriment à cet exercice « une direction déterminée »¹². Dans ce contexte, d'importantes pressions sont exercées sur l'exercice des droits souverains de l'État. Alors qu'il s'identifie à la société internationale et contribue à son essor, l'État doit nécessairement limiter l'exercice de sa souveraineté ainsi que l'étendue de ses prérogatives. Cette idée est renforcée par le principe que chaque État peut réclamer des droits pour ses propres ressortissants nationaux qui s'établissent à l'étranger. Comme le rappellent certains auteurs, il existe une

[...] contradiction inhérente à l'idée d'une frontière entre la vie domestique et la vie internationale [...Ainsi] Malgré le fait que l'État domestique est légitimé et se voit donner une identité par sa participation à un monde international, l'existence d'un monde de souverains rend creuse l'idée de souveraineté absolue d'un seul corps souverain¹³.

renvoie plutôt aux différends d'ordre contractuel ou non contractuel. Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, Rés. AG 31/98, Doc off AG NU, (adoptée le 15 décembre 1976). [*Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*].

¹⁰ Affaire du « Lotus » (1927) Arrêt CPJI (sér A) n.70 à la p 19. [*Affaire Lotus*].

¹¹ Le terme « compétence souveraine » désigne le pouvoir juridique d'un État d'exercer ses fonctions et d'accomplir des actes (exécutifs, législatifs, judiciaires ou administratifs) dans l'espace qui constitue au sens large son territoire. Mais ce terme peut aussi être employé pour désigner la compétence vertu de laquelle l'État régit tous ceux qui se trouvent sur son territoire et tous les faits qui s'y produisent. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, *sup verbo* « Compétence territoriale » à la p 136 [*Dictionnaire de la terminologie du droit international*].

¹² Affaire du Vapeur « Wimbledon » (1923) Arrêt CPIJ (sér A) n.1 à la p 25.

¹³ David Kennedy, « Theses About International Law Discourse » (1980) 23 *German Yearbook of International Law* à la p 361. [David Kennedy].

Dans le contexte du droit international économique, l'État ne peut protéger les investissements et les droits de propriété des acteurs économiques étrangers présents sur son territoire, sans devoir restreindre une partie de ses « prérogatives souveraines »¹⁴. En d'autres mots, l'État ne peut remplir ses obligations s'il n'est pas en mesure de restreindre l'étendue de son autonomie souveraine; ce qui inclut l'horizon de sa propre volonté politique. Il en va de sa propre identité en tant que souverain participant à la vie économique internationale.

Alors que les États tentent de respecter leurs obligations économiques internationales, plusieurs auteurs questionnent la capacité qu'ils ont à exercer pleinement leurs compétences souveraines à l'endroit des acteurs étrangers présents sur leur territoire¹⁵. Cette situation met en scène un équilibre complexe. Il s'agit de l'équilibre entre d'un côté, la protection juridique des droits de propriété étrangère et de l'autre, la liberté d'action que les acteurs politiques tirent du principe de souveraineté¹⁶. En somme, l'équilibre demeure sensible entre les droits que l'État confère aux investisseurs étrangers et l'étendue de ses propres obligations en tant que souverain¹⁷.

¹⁴ On entend par « prérogatives souveraines » tout pouvoir juridique qu'un État ou un organe exerce avec la faculté de se fonder sur des motifs laissés à sa propre appréciation notamment en ce qui se rapporte aux considérations d'intérêt public. Les prérogatives souveraines de l'État renvoient au sens propre au pouvoir juridique de légiférer, de prendre une décision, de faire un acte, d'accomplir une action, que l'exercice de ce pouvoir soit ou non soumis à des règles de droit international ou laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'État. Ce terme renvoie également à la faculté d'adopter des règlements, décrets ou procédures administratives applicables à l'endroit des personnes présentes sur le territoire national. Voir « Prérogative souveraine » tel que cité dans *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, supra note 11 à la p 135.

¹⁵ Voir Tra T. Pham, « International Investment Treaties and Arbitration as Imbalanced Instruments: A Re-Visit » (2010) 13:2 *International Arbitration Law Review* aux pp 81-95; William W. Burke-White & Andreas von Staden, « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations » (2010) 35 *Yale Journal of International Law* 283 et s.; William Burke-White & Andreas von Staden, « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations » tel que cité dans Stephan W. Schill (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oup, 2010 aux pp 689-720.

¹⁶ Voir Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, OUP, 2007 p. 87 et s.

¹⁷ Voir Saida El Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51:1 *AFDI* aux pp. 549-563.

Les risques potentiels que font peser les obligations en matière de libre-échange sont bien connus des États¹⁸. L'expérience internationale montre que certaines obligations conventionnelles contribuent à restreindre les choix politiques que l'État pose en tant que souverain. Dans certains cas, il arrive que des normes économiques internationales – dont le but est d'assurer la protection des droits de propriété et des investissements étrangers – parviennent à désavouer l'application de mesures ayant pour but de répondre aux enjeux d'ordre public et d'intérêt général¹⁹. L'enjeu se pose comme suit : La protection des investissements et des droits de propriété étrangers ne peut se faire sans sacrifier l'autonomie des pouvoirs réglementaires de l'État²⁰.

Alors qu'elle joue un rôle absolument central dans la protection juridique des investissements internationaux, la règle du « traitement juste et équitable » (« TJE ») permet d'attester ce constat. En effet, cette règle constitue un élément absolument central dans l'ordre économique international et nombreux sont les chercheurs qui ont interrogé l'étendue des contraintes qu'elle impose sur l'exercice des compétences souveraines²¹.

¹⁸ *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général, supra* note 2 paras 30 et s.

¹⁹ Droits des populations autochtones: *South American Silver Limited c. Bolivie*, CNUDCI, CPA Affaire No. 2013-15; Règlements environnementales : *Lone Pine Resources Inc. c. Canada* (CIRDI Affaire No. UNCT/15/2); *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI CPA, Affaire No. 2009-04; Règlements de santé publique : *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA Affaire No. 2012-12; Règlements sur les ressources naturelles : *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (CIRDI Affaire No. ARB/15/6) (affaire pendante); Tarifs énergétiques: *Mesa Power Group LLC c. Gouvernement of Canada* CNUDCI CPA Affaire No. 2012-17). Application de politiques monétaires et économiques : *LG&E c. République d'Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/02/1, Décision (3 octobre 2006).

²⁰ Gus Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints, Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, OUP, 2015 aux pp 300-301. Voir aussi Dani Rodrik, *Has International Economic Integration Gone Too Far?*, Institute for International Economics, Washington, D.C, 1997.

²¹ Sur ce sujet, voir Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Benedict Kingsbury & Stephan W. Schill, « Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law » (2009) 6 *Institute for International Law and Justice*, aux pp 8 et s.; Stephan W. Schill, « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », tel que cité dans Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public*

La règle du « traitement juste et équitable » (« TJE ») est d'abord réputée par son contenu normatif des plus ambigus, comme l'attestent à ce sujet de nombreuses études²². Les termes *juste* et *équitable* ne disposent pas de contenu juridique clairement applicable au niveau international. Non seulement ces termes renvoient à des valeurs abstraites dont on saisit difficilement le sens mais ils traduisent également des principes juridiques qui peuvent avoir une signification toute relative. De manière générale, on observe que c'est au contact de l'exercice (circonstanciel) des pouvoirs de l'État que la règle du « TJE » parvient véritablement à se construire un sens juridique. En portant une attention particulière, la règle permet de qualifier juridiquement les « actes » et les « comportements » qui sont attribuables aux organes de l'État. On pense notamment aux actes « injustifiés ou justifiés », aux actions « *ultra vires* ou *intra vires* », aux « procédures régulières ou irrégulières », aux mesures « arbitraires ou raisonnables », aux comportements « diligents ou disproportionnés », etc. Or, au regard de l'exercice des compétences souveraines la règle du « traitement juste et équitable » appelle une prise de conscience quant à la direction déterminée qu'elle insuffle aux États.

Lorsqu'ils examinent la conformité des actes de l'État au regard de la règle du « traitement juste et équitable », les tribunaux d'arbitrage en viennent souvent à juger du caractère « acceptable » des actes politiques susceptibles de porter atteinte à l'investissement. C'est souvent le cas lorsque les investisseurs étrangers dénoncent la « politisation » ou le caractère « irrationnel » des actes accomplis par l'État²³. Pour qu'il puisse exercer « normalement » ses compétences souveraines, l'État doit ainsi

Law, OUP, Oxford, 2010 au pp 151 à 182; Jacob Stone, « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment » (2012) 25 *Leiden Journal of International Law* aux pp 77–107.

²² Voir M. Somarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge, CUP, 2015. V.a. Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²³ Voir *Mémoire du demandeur, (Lone Pine c. Canada)*, 10 avril 2015 aux paras 137 et s., en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4259.pdf>>.

parvenir à justifier de manière « suffisamment raisonnable » les politiques qu'il adopte et qu'il applique à l'endroit des investisseurs étrangers. En effet, le « traitement juste et équitable » exigerait notamment que les actes de l'État (ex: lois, réglementations, actes discrétionnaires, actes quasi-judiciaires, etc.) soient suffisamment « justifiés » ou « proportionnés »²⁴ à défaut de quoi l'État risquerait d'engager sa responsabilité juridique internationale.

En portant une attention particulière, on constate que la règle du TJE permet de démontrer la contradiction qui existe entre d'un côté, le droit qu'a l'État d'exercer ses compétences à l'encontre des personnes présentes sur son territoire et de l'autre, l'obligation qu'il a de contenir l'exercice de ses prérogatives souveraines afin d'assurer la protection et la promotion des activités économiques étrangères.

Le but du travail est le suivant : Il s'agit d'observer l'opposition conflictuelle qui existe entre d'un côté, le droit qu'a l'État de régler librement les activités économiques exercées sur son territoire et de l'autre, l'obligation qu'il a de garantir un « traitement juste et équitable » aux investissements étrangers²⁵. Pour ce faire, nous entendons montrer que la contradiction normative qui est dépeinte ne réside pas nécessairement dans la règle du traitement juste et équitable en elle-même mais plutôt dans la structure argumentative qui l'élabore à la lumière des circonstances entourant son application. Cette structure argumentative s'articule de différentes manières. Comme le font valoir certains auteurs, à chaque argument juridique peut être opposé

²⁴ Les mesures réglementaires doivent traduire « de manière raisonnable un rapport proportionnel entre le fardeau supporté par l'investisseur étranger et le but recherché ». *Tecnicas Medioambientales SA (Tecmed) c. Mexique*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/00/2, Décision rendue le 29 Mai 2003 au para 122.

²⁵ En théorie, le TJE n'empêche pas l'État d'adopter ses politiques nationales quelles qu'elles soient. L'État a le pouvoir absolu et exclusif d'adopter et d'appliquer les politiques qu'il estime être de son intérêt. Toutefois, l'État est responsable juridiquement advenant la violation de l'obligation du TJE. L'État aura alors l'obligation d'accorder une compensation monétaire conformément au droit international. C'est cet équilibre complexe que nous tenterons de mieux comprendre entre d'un côté, le fait que les investisseurs ne doivent pas être privés de leurs droits sans être compensés adéquatement et de l'autre, le caractère non compensatoire des mesures adoptées par l'État.

un argument ou un principe juridique contraire servant à la partie adverse²⁶. Par exemple, à un argument juridique fondé sur le respect d'une obligation issue d'un consentement (*pacta sunt servanda*) pourra être opposé un autre argument tout aussi justifiable, tel que le changement exceptionnel de circonstance (*rebus sic stantibus*)²⁷. Au même titre, à un argument fondé sur les obligations contractuelles et commerciales (*acta jure gestionis*) pourra s'opposer un argument justifié par des raisons impérieuses d'intérêt public (*acta jure imperii*). Cette structure argumentative qui s'élabore au sein des tribunaux internationaux d'arbitrage permet de faire valoir différents intérêts, raisonnements et valeurs opposés sur la base de leur validité respective²⁸. Alors qu'ils doivent trancher parmi les différents arguments qui leurs sont proposés, les tribunaux internationaux d'arbitrage jouent nécessairement un rôle de premier plan dans l'évolution de cette structure argumentative. Au regard de l'interprétation juridique que font les tribunaux d'arbitrage, nous tenterons d'examiner cette structure argumentative à la fois intersubjective et conflictuelle.

De façon à ordonner notre réflexion, il importe de diviser notre travail en quatre chapitres. D'abord, dans un premier chapitre, nous introduirons le lecteur à l'histoire de l'expression du « traitement juste et équitable » des ressortissants étrangers. Comme nous le verrons, cette expression normative remonte aussi loin qu'au 17^e siècle. Mais ce n'est que dans la seconde moitié du 20^e siècle, qu'elle sera progressivement formulée en tant qu'obligation internationale à la charge des États. Pourtant, malgré son évolution progressive, la norme de traitement juste et équitable ne parviendra jamais réellement à bénéficier d'un contenu normatif clair. Au terme d'un contenu juridique tout aussi vague qu'inachevé, cette expression normative reflète l'évolution des relations entre États et commerçants étrangers.

²⁶ David Kennedy, *supra* note 13 à la p 353.

²⁷ Rémi Bachand, « Réflexions autour de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19.2 Revue québécoise de droit international à la p 12.

²⁸ David Kennedy, *supra* note 13 aux pp 352 à 354.

Dans un second chapitre, nous chercherons à comprendre le sens de la règle du « traitement juste et équitable ». Cette démarche sera faite à partir d'une observation des différents libellés de la règle telle que formulée dans les traités de libre-échange et d'investissement. Cette démarche d'observation nous mènera à examiner le sens exact des différents types de formulations de la règle du TJE. Comme nous le verrons, l'objet exact des obligations qu'elle impose aux États est difficilement saisissable. Telle que rédigée, la règle du traitement juste et équitable entretient une grande ambiguïté. Compte tenu de l'indétermination de son contenu juridique, plusieurs interprétations seront alors possibles au regard des circonstances propres à chaque différend juridique. En outre, l'étendue des obligations de la règle du TJE sera laissée à l'appréciation des tribunaux d'arbitrage qui devront lui trouver un sens objectif lors de l'examen de la responsabilité juridique de l'État.

Dans un troisième chapitre, nous analyserons la notion dites des « attentes légitimes et raisonnables » développée par la jurisprudence des tribunaux d'arbitrage. À la faveur de cette notion, nous pourrions mieux saisir comment se structure le raisonnement des tribunaux d'arbitrage lorsque vient le temps d'appliquer et d'interpréter la norme de traitement juste et équitable²⁹. Ainsi, pour plusieurs auteurs, cette notion permettra de donner un sens concret et soi-disant objectif à la norme du TJE à la lumière des circonstances prosaïques qui entourent les différends entre investisseurs et États. Toutefois, certaines questions viendront alors à se poser quant à l'usage et la pertinence de la notion des « attentes légitimes et raisonnables » en droit international. Comme nous le verrons, cette notion ne constitue pas une véritable obligation juridique au sens du droit international. En réalité, elle s'apparente davantage à un coffre d'outils juridique permettant aux investisseurs étrangers d'y puiser ce dont ils ont besoin afin de faire valoir leurs droits. Néanmoins, cette notion

²⁹ L'un des arguments les plus notoires est l'idée selon laquelle les engagements spécifiques faits à l'endroit des investisseurs étrangers par les organes ou les agents de l'État sont assujettis à la protection juridique en vertu de l'objet de la norme du traitement juste et équitable.

aura un impact important sur les différentes étapes de la mise en œuvre de la responsabilité juridique internationale de l'État.

Dans un quatrième chapitre, nous observerons les effets juridiques de la règle du traitement juste et équitable sur l'exercice des prérogatives souveraines. Ce chapitre nous mènera à conclure à l'idée selon laquelle, sur le fond, la norme du traitement juste et équitable sert un objectif précis; celui de permettre aux tribunaux internationaux d'arbitrage de juger ce qui leur semble juste et légitime en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Mais lorsqu'il s'agit de qualifier les actes ou les décisions adoptés par les organes de l'État au regard de cette règle, les tribunaux ne pourront s'empêcher d'interpréter le « bien-fondé » des décisions politiques de l'État. En appliquant cette règle, les tribunaux d'arbitrage en viendront même parfois à imputer la responsabilité juridique de l'État sur les choix politiques et démocratiques de leurs organes.

CHAPITRE I

LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : HISTOIRE ET ÉVOLUTION

La norme du TJE constitue un élément essentiel dans les traités portant sur l'investissement étranger. Au fil des ans, elle est devenue le fondement juridique le plus invoqué et le plus profitable pour les investisseurs internationaux³⁰.

Ce chapitre a pour but de dresser un portrait de l'évolution historique de la règle du « traitement juste et équitable » (« TJE »); cette expression devenue normative. À la lumière de son évolution historique, la norme nous donne certaines indications quant à sa nature et son objet. Toutefois, comme nous le verrons, bien qu'elle se soit progressivement hissée au rang d'obligation internationale primaire, la règle du TJE n'est ni reconnue comme principe général de droit international, ni clairement définie dans la pratique juridique des États.

I.1. Histoire d'une expression devenue normative

L'expression « traitement juste et équitable » (« ci-après TJE ») a d'abord été imaginée comme un moyen de faire évoluer la protection juridique des commerçants étrangers, plus particulièrement comme un outil de la pénétration commerciale, voire du maintien de l'influence politique des États exportateurs de capitaux. Bien qu'elle

³⁰ Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (CNUCED), *Fair and Equitable Treatment : Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York : United Nations, 2012 à la p xiii.

soit l'une des obligations juridiques contemporaines les plus récemment codifiées³¹, on ne peut comprendre la norme du TJE sans jeter un œil sur son histoire.

Tout commence en 1674, alors qu'à l'issue de la troisième guerre anglo-hollandaise, le *Traité de Westminster* établit les bases d'une harmonisation des relations politiques et commerciales entre l'Angleterre et les Pays-Bas. Le traité stipule que les activités commerciales des marchands qui transitent à l'étranger doivent être soumises à une « régulation juste et équitable » par les deux Empires³². Ceux-ci doivent s'assurer que leur flotte marchande puisse circuler librement sur les mers et transiter dans les ports sans crainte d'être endommagée et sans que soit saisies ou taxées indûment leurs cargaisons. Loin de constituer une norme établie à l'époque, cette expression n'en constitue pas moins une obligation imputable aux autorités souveraines des deux Empires. Cette expression formera le point de départ du développement progressif des règles liées au traitement de la propriété étrangère.

Au 18^e siècle, à l'issue de la guerre d'indépendance américaine apparaissent, les premiers *Traités d'amitié et de commerce* conclus entre les États-Unis et l'Angleterre. Le *Jay Treaty* conclu entre la Grande-Bretagne et les États-Unis en 1794 reconnaît alors pour la toute première fois le droit des commerçants étrangers et de leurs biens de jouir de la « protection et de la sécurité la plus complète »³³ (« PSC »).

³¹ Todd Weiler, *The Interpretation of International Investment Law, Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013 à la p 183. [Todd Weiler].

³² Frances Gardiner Davenport (dir.), *European Treaties bearing on the History of the United-States and its Dependencies*, « Traité de paix entre la Grande-Bretagne et les Pays-Bas unis, conclu à Westminster en 1674 : article 9 », vol II 1650-1697, Carnegie Institution of Washington 1929, à la p 239 en ligne : <<https://ia801409.us.archive.org/29/items/europeantreaties02daveuoft/europeantreaties02daveuoft.pdf>> [Traité de 1674].

³³ Hunter Miller, *Treaties and Other International Acts of the United-States of America*. vol. 6 1711-1785. Washington: U.S. Government Publishing Office « Treaty of Amity, Commerce and Navigation between His Britannic Majesty and the United-States of America, 19 Novembre 1794: art 14 » tel que cité en ligne : Yale Law School <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jay.asp> [*Jay Treaty*]; V.a. *Treaty of Commerce and Navigation between the United-States and Japan*, 31 Mars 1854. en ligne : Yale Law School <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/japan002.asp>.

Cette forme de protection juridique aura plusieurs objets : droit d'admission et libre circulation sur un territoire, prohibition des dommages matériels, des emprisonnements, des saisies, de la dépossession ou détentions des biens, etc. Les États s'imputent alors la responsabilité de garantir des recours juridiques « prompts et impartiaux »³⁴ et de compenser « équitablement » les commerçants étrangers lésés³⁵. Le *Jay Treaty* introduit alors la notion de l'arbitrage moderne qui prévoit que les différends d'ordre juridique relatifs aux « pertes ou dommages » des commerçants étrangers doivent être soumis à la compétence de « Commissaires », nommés par les deux États en litige afin que ceux-ci puissent régler pacifiquement leurs différends « interétatiques »³⁶. Dépositaires du respect des obligations relatives au traitement des étrangers et de leurs biens, ces Commissaires doivent trancher de manière impartiale les différends, conformément au « droit des nations » et aux principes du droit international « de justice et d'équité »³⁷. Au fil du temps, ces Commissaires seront appelés à préciser le contenu et la portée des normes formulées par les États conformément à « l'esprit des accords internationaux » mais en tenant compte également des « principes généraux du droit des gens »³⁸.

³⁴ *Ibid.*, *Jay Treaty*, art. 3.

³⁵ Ces termes seront repris plus tard : *Traité d'amitié et de commerce États-Unis-Prusse*, 11 Juillet, 1799, art. XVI; *Traité de paix, amitié, de navigation et du commerce, le 13 décembre 1846, États-Unis-Nouvelle-Grenade*, art. VIII, *Traité d'amitié, de navigation et du commerce États-Unis-San Salvador*, 2 janvier 1850, art. VIII; *Traité d'amitié, de commerce et privilèges consulaires États-Unis-République de Salvador*, 6 décembre 1870, art. VIII. Voir Wilson, « A Decade of New Commercial Treaties » (1956) 50 *American Journal of International Law* 928.

³⁶ *Jay Treaty*, *supra* note 33 articles 6 à 8.

³⁷ Voir par exemple, *Jay Treaty*, *supra* note 33 articles 6 et 7. V.a. Article 2 de la *Convention des revendications particulières pour le règlement des revendications des citoyens américains découlant de lois révolutionnaires au Mexique du 20 Novembre 1910 au 31 mai 1920*, N.U. Recueil des sentences arbitrales, vol IV 1923 aux pp. 772-927.

³⁸ Commission mixte d'arbitrage Grande-Bretagne-États-Unis Nations Unies, *Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna (États-Unis d'Amérique c. Russie)* (1902) N.U. Recueil des sentences arbitrales, vol IX aux pp. 51-78.

Les nations commerçantes formuleront leurs *Traités d'amitié et de commerce* en précisant que la conduite de leurs pouvoirs respectifs doit être en tout temps « conforme aux principes de justice et d'équité reconnus par le droit des nations civilisées »³⁹. Le contenu de la protection juridique du PSC sera conditionné par les principes de justice et d'équité et par le droit des nations commerçantes dites civilisées. Ces dernières seront alors naturellement en droit de s'attendre au respect de la protection et de la sécurité complètes au regard des principes qu'elles définissent elles-mêmes comme « justes et équitables »⁴⁰. Sans être explicités, ces deux principes seront invoqués lorsqu'aucune autre règle ne pourra faire consensus et les nations commerçantes se rabattront sur leur caractère indéterminé afin de faire valoir leurs intérêts tout en maximisant la justiciabilité de leurs traités. Fait intéressant, dans son livre, *Interpretation of Investment Law*, Todd Weiler prétend que les responsables américains auraient choisi l'expression « juste et équitable » non seulement parce qu'elle leur était familière, mais également parce qu'elle reflétait un axiome diplomatique à la fine pointe de l'art permettant de rallier différents intérêts⁴¹. En effet, le Département d'État des États-Unis reconnaîtra que le caractère extrêmement vague de cette expression permettait aux négociateurs américains de déterminer eux-mêmes le type d'action qu'ils jugeaient contraire à leurs intérêts commerciaux⁴².

³⁹ Hunter Miller, *Treaties and Other International Acts of the United-States of America*, vol 2 1776-1818, Washington: U.S. Government Publishing Office, « Treaty of Friendship, Limits, and Navigation Between Spain and the United-States: art XXI se référant à la «la justice, l'équité et le droit des nations », en ligne : Yale Law School <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/sp1795.asp>. L'Accord donne un pouvoir décisionnel sur la base des «principes du droit international et de l'équité».

⁴⁰ Historiquement reconnue comme prohibant les dommages physiques et matériels, la norme PSC recevra à partir du milieu du 20^e siècle une définition juridique de plus en plus large. Voir J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, aux pp 29-31. V.a Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 5^e Édition Dalloz, Paris, 2013 à la p 433. [Carreau et Juillard, *Droit international économique*].

⁴¹ Comme l'admet Weiler, l'expression du TJE est utilisée lorsque qu'aucune autre obligation formelle et plus stricte (telle la norme PSC) n'a pu être trouvée. Todd Weiler, *supra* note 31 à la p 191.

⁴² Les intérêts commerciaux américains sont définis par quatre grands objectifs : faciliter la circulation les flux d'investissements, éliminer graduellement les barrières qui entravent la croissance du commerce, promouvoir la stabilité des taux de changes et établir des pratiques commerciales favorables à l'investissement privé. U.S. Department of State, « United States-Unis Foreign Investment

Cette situation perdurera longtemps, puisqu'à l'époque, il n'existait pas encore de pratique et de norme coutumière établies permettant d'interpréter le sens exact d'une telle expression.

À partir des années 1920 et 1930, sous l'impulsion des travaux d'Alfred Verdross, émergera une idée selon laquelle les « actions arbitraires et abusives » de l'État sont prohibées par le droit international coutumier⁴³. Bien qu'à l'époque il n'existe toujours pas, comme tel, de norme acceptée prohibant ce type d'actions, les principes de justice et d'équité y seront assimilés progressivement. Cette conception trouvera son écho dans le contexte du premier *Projet de convention sur la responsabilité internationale des États* de 1930, à l'intérieur duquel les États formulent l'intention de responsabiliser le comportement de leurs agents au regard des principes de droit international en vigueur. Les États admettent ainsi pour la première fois l'idée selon laquelle il existe des obligations internationales dont l'assurance du respect suppose un « traitement »⁴⁴ conforme aux « principes acceptés par la communauté des nations »⁴⁵.

Il faut dire également qu'en 1926, la jurisprudence des *Commissions générales des réclamations américano-mexicaines* établira les bases d'un « standard minimal de traitement » (SMT) des ressortissants étrangers et de leurs biens afin

Policy », Dossier No. FIP D-23a (Working Paper), « originellement scellé top secret », 3 Mai 1946, tel que cité dans Todd Weiler, *supra* note 31 à la p 191.

⁴³ Pour Alfred Verdross, les actions arbitraires ou abusives sont généralement interdites en droit international coutumier. Alfred Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers » (1931) 37 *Académie de La Haye du droit international* 323.

⁴⁴ Pour la toute première fois le concept de « traitement » est défini de manière active par le fait d'adopter des mesures législatives incompatibles avec les obligations internationales de l'État (issues de traités, de la coutume ou des principes généraux de droit) et de manière passive par l'omission d'adopter des mesures nécessaires à la mise en œuvre des dites obligations. Conférence de codification de la Société des Nations, *Rapport de la deuxième Commission*, *ILM*, 1930.C. 9 (C.230, M. I 17), 1930 à la p. 236, art 6.

⁴⁵ « L'expression « obligations internationales » [dans la présente Convention] désigne les obligations (résultant du traité, de la coutume ou des principes généraux du droit) qui visent à assurer aux étrangers, en ce qui concerne leurs personnes et leurs biens, un traitement conforme aux règles acceptées par la communauté des nations.» *Ibid.*, art 2.

d'évaluer la conformité des actes accomplis par les organes des États au regard de leurs obligations internationales. Ainsi, c'est dans le cadre des différends entendus devant ces *Commissions d'arbitrage mixtes*, que sera notamment formulée la célèbre sentence *Neer*⁴⁶. Ce référant au « droit des nations civilisées », la jurisprudence *Neer* explicite alors pour la première fois les formes d'actions ou d'omissions contraires aux « principes d'équité et de justice » et aux « standards internationaux reconnus »⁴⁷. Dans leur décision, les commissaires formulent alors le principe selon lequel, en vue de déroger au « standard international minimal », le traitement d'un étranger et de ses biens doit équivaloir à un « outrage », une « mauvaise foi flagrante », une « négligence volontaire » ou une « insuffisance de l'action gouvernementale si éloignée des normes internationales que toute personne raisonnable et impartiale pourrait facilement reconnaître son caractère délictueux »⁴⁸. C'est également dans le cadre des *Commissions générales des réclamations américano-mexicaines* que sera énoncée la sentence *Roberts*⁴⁹. Cette sentence arbitrale aura pour effet d'assimiler le traitement des étrangers aux « standards ordinaires de la civilisation »⁵⁰ marquant ainsi l'évolution normale des critères d'acceptabilité internationale. En somme, les sentences *Neer* et *Roberts* poseront les bases d'un *standard minimal de traitement* des ressortissants étrangers et de leurs biens⁵¹.

Au niveau international et européen, on observera également l'influence du principe de non-discrimination établi par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Traitement des ressortissants polonais et d'autres personnes d'origine ou d'expression polonaise sur le territoire de Danzig*. La Cour posera ainsi

⁴⁶ *I. F. H. Neer & Pauline Neer (É-U) c. États-Unis mexicains*, N.U. Recueil des sentences arbitrales, vol 4, 15 Octobre, 1926. [*Neer & Pauline c. États-Unis Mexicains*].

⁴⁷ *Ibid* au para 4.

⁴⁸ *Ibid.*, aux paras 4, 60 et 62.

⁴⁹ *Harry Roberts c. États-Unis mexicains*; Décision du 2 novembre 1926, N.U. Rapport des décisions arbitrales internationales, vol 4, 2 Novembre 2016 [*Roberts c. États-Unis mexicains*].

⁵⁰ *Ibid.*, au para 8.

⁵¹ Comme nous le verrons plus bas (section 2.5.), ce standard sera toutefois interprété de différentes manières afin d'évaluer la conformité des actes accomplis par l'État au regard de l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable aux « investisseurs étrangers ».

le principe général relatif à l'interdiction des formes de discrimination fondées sur la nationalité, l'origine ou la langue. Le principe de non-discrimination devra être respecté en fait comme en droit. Ainsi, les mesures qui se présentent comme étant d'application générale mais qui, dans les faits, sont dirigées contre les ressortissants d'origine étrangère constitueront une violation du droit international. Les effets préjudiciables des législations nationales discriminatoires s'élèveront alors en tant que « faits illicites » et seront sanctionnés par le droit international.⁵²

Enfin, la jurisprudence du Tribunal arbitral mixte dans l'Affaire Goldenberg (*Allemagne c. Roumanie*) affirmera le principe fondamental de l'interdiction des « saisies discriminatoires » de la propriété étrangère. L'Affaire Goldenberg établira plus précisément l'idée selon laquelle le respect des droits de propriété est un principe du droit international coutumier incorporé dans la plupart des conventions internationales et appliqué par les systèmes juridiques des nations civilisées. Il s'ensuivra donc une prise de conscience à l'échelle internationale voulant que les « saisies discriminatoires » soient non seulement illicites au regard du droit international, mais que de tels actes impliquent également une réparation.⁵³

1.2. L'expansion des traités commerciaux du 20^e siècle

L'expression « traitement conforme aux principes de justice et d'équité » fera graduellement son apparition dans les traités commerciaux d'entre-deux guerres. En droit commercial, cette expression apparaîtra pour la première fois dans les dispositions réglementant les importations de biens et les monopoles d'État. Ainsi, l'article III de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Tchécoslovaquie

⁵² Affaire du « Traitement Des ressortissants polonais et d'autres personnes d'origine ou d'expression polonaise » (1932) Avis consultatif CPJI (sér A/B) n° 44 aux paras 23-25 et 28. [*Affaire des ressortissants polonais*].

⁵³ Voir « Affaire Goldenberg » (*Roumanie c. Allemagne*), 1949 2 U.N.R.I.A.A. 901, 909.

mentionne par exemple, que si l'un des deux pays établit une forme de restriction quantitative ou de contrôle sur l'importation, « celui-ci devra accorder un traitement juste et équitable au commerce de l'autre pays »⁵⁴. Au même moment, ce type de formulation trouvera un écho à l'article IV de l'Accord commercial de 1935 entre le Canada et les États-Unis dans lequel les Parties s'engagent à accorder un « traitement juste et équitable » advenant l'établissement d'un monopole sur l'importation, la production, la subvention ou la vente d'un produit de commodité⁵⁵. Loin de constituer une norme établie à cette époque, l'expression du traitement « juste et équitable » sera pourtant utilisée comme une forme de droit compensatoire afin d'encadrer la conduite des relations commerciales entre États.

Après la Seconde guerre mondiale, l'expression du traitement « juste et équitable » prendra son envol sous l'influence des négociations de la Charte de La Havane de 1947. Les États reconnaissent alors que les investissements internationaux privés peuvent favoriser dans une grande mesure le développement économique et le progrès social. En vue de réaliser cet objectif, les États s'engagent à accorder des « conditions équitables » et à assurer des « possibilités raisonnables » en vue de stimuler l'investissement international⁵⁶. De son côté, l'Organisation internationale du commerce pourra recommander que soient abolies les différentes barrières législatives obstruant la circulation des capitaux et du même souffle recommander que soient instaurées des mesures visant à « assurer un traitement juste

⁵⁴ *États-Unis Department of State / Foreign relations of the États-Unis diplomatic papers, US-Czechoslovakia Trade Agreement (1935)*, à la p 146, en ligne : University of Wisconsin <<http://digioll.library.wisc.edu/cgi-bin/FRUS/FRUS-idx?type=article&did=FRUS.FRUS1935v02.i0014&id=FRUS.FRUS1935v02&isize=M>>.

⁵⁵ *Accord de commerce Réciproque entre les États-Unis et le Canada*, 19 Novembre 1935, art 8-9, Washington Trade Report, en ligne Washington Trade Report <<http://www.washingtontradereport.com/RTAACanada.htm>>.

⁵⁶ Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, *Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi : Acte final*, 12 (1) a), E/CONF.2/78, 21 Novembre 1947 au 24 mars 1948, en ligne : Organisation mondiale du commerce (OMC) <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf>.

et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise »⁵⁷. Toutefois, la Charte de la Havane ne sera jamais ratifiée en raison d'un manque de soutien politique de la part du sénat américain. Elle aura néanmoins ouvert la voie à une expression qui sera introduite dans plusieurs autres accords, en particulier dans les traités bilatéraux d'investissement.⁵⁸

C'est ainsi qu'en 1951 le traité conclu entre les États-Unis et l'Éthiopie inclut la toute première obligation, dite de résultat, garantissant l'assurance d'un traitement juste et équitable rattaché aux personnes étrangères et à leurs biens. Son article VIII (1) se formule comme suit :

Chaque Partie contractante doit, en tout temps, accorder un traitement juste et équitable aux ressortissants et aux entreprises de l'autre Partie contractante, ainsi qu'à leurs biens et leurs propriétés; ne doit pas appliquer des mesures injustifiées ou discriminatoires qui porteraient atteintes à leurs droits et intérêts légalement acquis; et doit veiller à ce que leurs droits contractuels légitimes bénéficient des moyens efficaces de mise en œuvre, en conformité avec les lois applicables.⁵⁹

Pour la première fois de l'histoire, l'assurance permanente d'un traitement juste et équitable des ressortissants étrangers et de leur propriété est reconnue dans un traité international. La règle du TJE s'assimile dès lors à deux grandes définitions. En premier lieu, la règle interdit de manière permanente aux pouvoirs publics de l'État de recourir à des mesures injustifiées ou discriminatoires pouvant porter atteinte aux biens et aux propriétés des étrangers. Pour la première fois dans un accord international, la prohibition des « mesures injustifiées ou discriminatoires » est

⁵⁷ Cette expression traduit une certaine ambiguïté, notamment quant à savoir si le traitement juste et équitable doit être accordé dans le but de favoriser cet « effort d'entreprise » entendue comme étant une idée à atteindre, c'est-à-dire comme étant nécessaire à « l'effort d'entreprise ». À l'inverse, cette expression laisse entendre que le traitement juste et équitable doit être accordé en considérant ou en tenant compte de « l'effort de l'entreprise », c'est-à-dire que pour être accompli, le traitement juste et équitable implique un *a priori*, un présupposé qu'il y ait un « effort d'entreprise ». *Ibid.*, art 11 al. 2.

⁵⁸ Marcela Klein Bronfman, « Fair and Equitable Treatment : An Evolving Standard » (2006) 10 *Max Planck UNYB* à la p 614.

⁵⁹ *Traité d'amitié et de relations économiques (Éthiopie - États-Unis)*, 7 Septembre, 1951 : 206 U.N.T.S. 41.

directement assimilée à la règle du TJE. En second lieu, les États parties doivent veiller de manière permanente à ce que les personnes étrangères admises sur leur territoire puissent bénéficier des voies de recours efficaces advenant une violation de leurs droits légalement reconnus devant la loi. Ainsi, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique et le droit d'accès et de recours devant les tribunaux domestiques sont formellement associés à la règle du TJE⁶⁰.

Dans le contexte de décolonisation des années 1950 et 1960, et plus fondamentalement à partir des années 1970, un grand nombre d'États qui accèdent à l'indépendance formulèrent plusieurs revendications dans le but de corriger certaines inégalités économiques. À une époque où la norme de protection et de la sécurité complète (PSC) est fortement critiquée par les pays du Sud pour avoir contribué à la domination coloniale, certains concepts comme la « réciprocité », l'« équité » et la « justice » trouvent un écho plus favorable⁶¹. Alors que le consensus Nord-Sud est difficilement atteignable, la solution qui se démarque est celle de codifier sous forme normative les principes d'égalité de traitement, de réciprocité et de non-discrimination qui étaient jusqu'alors l'objet implicite de la majorité des traités commerciaux⁶². La codification du TJE est vue comme étant un compromis juridique permettant à la fois de dissuader les actes susceptibles d'empiéter injustement sur la propriété étrangère et d'éradiquer l'iniquité des échanges qui régnait entre les pays du Nord et ceux du Sud. La reconnaissance internationale de la règle du TJE aura alors une double fonction. D'abord, elle permettra d'assurer aux personnes étrangères la

⁶⁰ Un certain nombre d'accords commerciaux reprendront par la suite ce type de protection. *Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, with Protocol, between Ireland and the États-Unis of America*, Treaty series 1950 N° 7 signé le 21 janvier 1950; V.a. ÉU-Grèce (1954), ÉU-Israël (1954), ÉU-Corée (1956); ÉU-France (1960); ÉU-Pakistan (1961); ÉU-Belgique (1963); ÉU-Luxembourg (1963). Voir Todd Weiler, *supra* note 31 au chap 5 « Fair and Equitable Treatment: A True Story ».

⁶¹ Kenneth J Vandevelde, « The political Economy of a Bilateral Investment Treaty » (1998) 92 *AM. J. Int. L.L.* 621. Certains abordent la formulation souvent imprécise de la norme PSC rappelant que celle-ci reçoit le libellé de « protection et sécurité entière » mais également de « protection et sécurité complètes » dépendamment des traités. Voir Todd Weiler, *supra* note 31 aux pp 60 et s. et 216 et s.

⁶² Robert Wilson, « A Decade of New Commercial Treaties » (1956) 50 *Am. J. Int'l. L.* 928, tel que cité dans dans Todd Weiler, *supra* note 31 à la p 191.

réciprocité de traitement que les États confèrent normalement, dans leurs rapports économiques, aux nations les plus avantagées. Elle offrira également l'assurance qu'ont les personnes étrangères de se voir accorder un traitement non moins favorable qu'un État hôte accorde, selon des circonstances similaires, à ses propres nationaux.⁶³

Au même moment, les années 1950 sont marquées par la codification et le développement progressif des règles de droit international relatives aux ressortissants étrangers⁶⁴. Créée en 1947, la Commission du droit international instituée par l'Assemblée générale des Nations unies codifie progressivement les règles du droit international dans les domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique communément acceptée comme étant le droit⁶⁵. Il faut dire que les travaux de la Commission du droit international accordent une attention grandissante aux différentes règles et principes qui donnent naissance à la responsabilité internationale de l'État en ce qui concerne les préjudices causés aux ressortissants étrangers.

En 1957, la Commission du droit international adopte le *Deuxième rapport sur la responsabilité de l'État pour les dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers*⁶⁶ établira l'idée selon laquelle les organes de l'État peuvent être tenus responsables des préjudices causés aux ressortissants étrangers, notamment par le biais de la promulgation d'actes législatifs incompatibles

⁶³ *Ibid*, aux pp 115 à 128.

⁶⁴ En fait, dès la fin des années 1929, la Société des Nations commence la codification progressive des règles du droit international en adoptant le *Projet relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* dans lequel les États reconnaissent qu'ils doivent réparer à un autre État à propos des dommages causés sur leur territoire aux personnes ou aux biens des étrangers. Société des Nations (1929) C.75.M.69.Vol.3 Publications Ligue des Nations, Genève à la p 118.

⁶⁵ Statut de la Commission du droit international, Rés. AG 174/2, Doc off AG NU, (adoptée le 21 novembre 1947), art 15 (1).

⁶⁶ Voir Garcia Amador, *Deuxième rapport sur la responsabilité de l'État pour les dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Part I : Actions et Omissions*, Doc off NU A/CN.4/106, (1957) aux pp 115 et s.

avec ses obligations internationales ou par l'absence de mesures nécessaires à la réalisation de ces obligations⁶⁷.

À l'issue de ce rapport, les États reconnaîtront également l'importance de responsabiliser leurs organes publics afin de protéger et de promouvoir l'établissement des investissements étrangers sur leur territoire. Les États réaffirmeront le principe selon lequel l'inviolabilité de la propriété privée constitue un droit fondamental, en vertu duquel aucun ressortissant étranger ne doit être soumis à une interférence arbitraire ou illégale sous peine de pouvoir présenter une réclamation internationale et d'obtenir une réparation monétaire.⁶⁸

D'un autre angle, le début des années 1960 marquera un tournant historique majeur alors qu'apparaissent les premiers *Traités bilatéraux d'investissement* (ci-après « TBI ») exclusivement destinés à la protection et à la promotion de l'investissement étranger⁶⁹. Ainsi, trois ans après le premier TBI conclu entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan⁷⁰, la toute première disposition

⁶⁷ Inspiré de la Conférence de codification du droit international de La Haye de 1930. Voir art VI : « La responsabilité internationale de l'État se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte, soit du fait que l'État a adopté des dispositions législatives incompatibles avec ses obligations internationales, soit du fait que l'État n'a pas adopté les dispositions législatives nécessaires à l'exécution de ces obligations. ». Voir Conférence de codification du droit international de La Haye (1930), *Questions juridiques*, C.351.M.145, 3^e Comm.. Vol. 17 Publications de la SDN, art I, VI, VII, tel que cité dans *Annuaire de la Commission du droit international, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa neuvième session, A/CN.4/SER.A/1957/Add.1 Volume II Deuxième partie*, New York : Nations Unies (1957) aux pp 228 et s. [*Annuaire CDI 1957*].

⁶⁸ Garcia Amador, *Deuxième rapport sur la responsabilité de l'État pour les blessures causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Part I : Actions et Omissions*, Doc off NU A/CN.4/106, (1957) à la p 115. V.a. *Annuaire de la Commission du droit international, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa neuvième session, A/CN.4/SER.A/1957/Add.1 Volume II Deuxième partie*, New York : Nations Unies (1957) aux pp 228 et s.

⁶⁹ Il est possible d'établir un parallèle entre l'avènement cette pratique et l'influence considérable qu'a eu à l'époque le *Projet de convention sur les investissements à l'étranger* de 1959 (Projet Abs-Shawcross). Les décennies 1960 à 1980 incarnent une période d'émergence et de développement des TBI. Leur nombre total fera un bond important entre 1964 et 1989, passant de 37 à plus de 400. Voir *CNUCED 2015*, *supra* note 3 à la p 121.

⁷⁰ *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan pour la promotion et la protection des investissements*, 25 novembre 1959, 793 RTNU, art 1 23 (1959). Cet accord garanti pour la première fois le transfert du capital investit dans un État, le profit, les intérêts ainsi que les fonds

relative au traitement juste et équitable est insérée dans un TBI, celui entre la Suisse et le Congo. La notion de protection juridique de l'investissement est alors explicitée:

Les investissements ainsi que les biens, droits et intérêts d'une des Hautes Parties Contractantes dans le territoire de l'autre appartenant ou détenus indirectement par ces ressortissants fondations, associations ou sociétés, bénéficieront d'un traitement juste et équitable, au moins égal à celui qui est reconnu par chaque Partie à ses nationaux ou, s'il est plus favorable, du traitement accordé aux ressortissants, fondations, associations ou sociétés de la nation la plus favorisée.⁷¹

En portant attention on remarque que le contenu du traitement juste et équitable (TJE) est assimilé à la fois aux règles de « traitement national » (TN) et de « traitement de la nation la plus favorisée » (TNPF). Alors que la première règle englobe un traitement non moins favorable que celui que les États accordent dans des circonstances analogues à leurs propres investisseurs, la seconde règle établit les mêmes garanties de traitement que les États confèrent dans leurs rapports commerciaux aux tierces nations les plus favorisées.

Il faudra finalement attendre jusqu'au milieu des années 1990 pour que l'expression « traitement juste et équitable » s'établisse véritablement comme une disposition incontournable dans la plupart des TBI. Il faut dire que la grande majorité des accords internationaux portant sur l'investissement seront conclus à partir de cette

produits en cas de liquidation de ce capital (art 4). Fait nouveau également, la notion d'« investissement protégé » est définie par l'introduction sur un territoire de diverses formes d'actifs tels que des devises, des biens, des droits de propriété, des brevets ou des connaissances techniques détenus par une personne morale étrangère art 8 (1) (a) et art 8 4 (a) L'« investissement protégé » bénéficie alors de la « protection et de la sécurité la plus complète » (art.3) et d'une garantie de non-discrimination (art 1 (2) et art.2). Dans les années qui suivront, la République fédérale d'Allemagne conclura plusieurs autres TBI. Allemagne- Iran (1965); Allemagne-Équateur (1965); Allemagne-Zambie (1966); Allemagne-Indonésie (1968). Voir Todd Weiler, *supra* note 31 chap 5 « Fair and Equitable Treatment: A True Story ».

⁷¹ *Accord de commerce, de protection des investissements entre la Confédération suisse et la République du Congo-Brazzaville*, 18 octobre 1962, art 7, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/817>>.

décennie⁷². Au milieu des années 1990, la règle du TJE sera alors incorporée dans la majorité des traités bilatéraux et multilatéraux⁷³ et c'est à partir de cette période que les entreprises et investisseurs étrangers commenceront à l'invoquer de manière importante afin de faire valoir leurs droits⁷⁴.

1.3. Conclusion du chapitre

Depuis les années 1990, la règle du « traitement juste et équitable » (« TJE ») se caractérise par une phase de prolifération sans précédent. Elle est désormais formulée dans une grande partie des quelques 3 304 traités portant sur l'investissement étranger qui existent de par le monde⁷⁵. Malgré son omniprésence en droit international, l'obligation du « traitement juste et équitable » ne parvient pas à soulever une définition claire. Il faut l'admettre cette norme n'établit pas d'indications précises quant à la protection juridique accordée aux investisseurs étrangers et ne permet pas d'établir clairement les prescriptions à respecter ni le comportement à adopter de la part des États. Plusieurs études tendront alors à démontrer que le contenu de la norme peut être interprété de différentes façons au point où plusieurs juristes commenceront à critiquer son caractère indéterminé et malléable⁷⁶.

⁷² Le nombre d'accords internationaux portant sur l'investissement est passé de 404 en 1989 à plus de 3 304 en 2016. *CNUCED 2016*, supra note 4 à la p 19; *CNUCED 2015*, supra note 3 à la p 121.

⁷³ *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency* (1988) 27 ILM 1228 art 12(e)(iv); *Fourth Convention of the African, Caribbean and Pacific Group of States and the European Community (EEC) [Lomé IV]* (1989) 29 ILM 809 art. 258; *ASEAN Treaty for the Promotion and Protection of Investment* (1987) 27 ILM 612 Art. IV; *Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)* (1994) 33 ILM 1072 art. 159.

⁷⁴ C'est dans l'affaire *AMT* en 1997 que, pour la première fois, un tribunal arbitral discute de la possibilité qu'un État puisse violer l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. La décision renvoyait alors au traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et la République démocratique du Congo. Voir. *American Manufacturing & Trading, Inc c. Zaïre*, CIRDI ARB/93/1, Décision finale rendue le 21 février 1997 (Sucharitkul, Golsong, Mbaye). [*AMT c. Zaïre*, Décision finale rendue le 21 février 1997].

⁷⁵ *CNUCED 2016*, supra note 4 aux pp 19-20-21; *CNUCED 2015*, supra note 3 aux pp 115 et s.

⁷⁶ M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge, CUP, 2015. Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008. V.a. Todd Weiler, supra note 31.

Il importe désormais d'observer plus en détail la manière avec laquelle la règle du TJE est formulée à l'intérieur des accords de libre-échange et d'investissement. Le fait d'examiner les principales formulations de la règle telle que rédigée par les États permettra, nous l'espérons, de mieux comprendre son contenu normatif.

CHAPITRE II

LA RÈGLE DU « TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE » : LA RECHERCHE D'UNE SIGNIFICATION EFFECTIVE

[...] le traitement juste et équitable doit être compris comme un traitement équitable propice à favoriser la promotion de l'investissement étranger. Ses termes sont énoncés comme une déclaration proactive - «promouvoir», «créer», «stimuler» - plutôt que des prescriptions pour un comportement passif de l'État ou éviter un comportement préjudiciable aux investisseurs.⁷⁷

Ce chapitre a pour but de répertorier les principaux libellés de la règle du traitement juste et équitable (ci-après « TJE ») telle que formulée dans les traités de libre-échange et d'investissement. Dans le but de circonscrire le sens de la norme, il importe d'abord de distinguer les termes dont elle est constituée. Comme nous le verrons, les énoncés linguistiques généraux qui formulent la règle n'établissent que des lignes de conduite ambiguës et incertaines. Au centre d'un débat persistant quant à savoir si elle dispose d'un contenu autonome propre, si elle dérive des normes primaires reconnues ou des principes de droit international coutumier, la norme du TJE recevra différentes interprétations. Mais alors que du point de vue sémantique il est possible de distinguer différents types de formulation de la norme du TJE, on constate qu'au plan normatif, c'est bel et bien l'interprétation juridique mise de l'avant par les tribunaux internationaux d'arbitrage qui en détermine véritablement le sens.

⁷⁷ *MTD Equity c. Chili*, CIRDI, Affaire ARB/01/07, Décision rendue le 25 Mai 2004 au para 113 (Sureda, Lalonde, Blanco).

2.1. Le traitement « juste et équitable » : Quelle signification?

Tout d'abord, il faut reconnaître qu'il existe, dans tout ordre juridique, un ensemble de principes universels, conformes à la nature et à la conscience, qui représentent un idéal de « justice et d'équité »⁷⁸. Cet ensemble de principes permet de protéger les droits fondamentaux des investisseurs étrangers dans le contexte de leurs interactions avec l'État. *A priori*, on distinguerait la nature de ces principes en tenant compte d'une lecture ordinaire de la règle du TJE telle que formulée par les États⁷⁹. La signification de la règle découlerait donc strictement d'un contenu expressément énoncé. En principe, il n'y aurait pas de condition qui sous-entendrait ou précéderait le sens donné à la règle. La signification « objective » de la règle ne se trouverait nulle part ailleurs que dans la règle elle-même.

Certains tribunaux affirment que l'obligation de traitement juste et équitable ne peut avoir un contenu prédéterminé; puisque celle-ci renvoie explicitement aux notions de justice et d'équité « entendues objectivement » au sens du droit international. La signification de la règle du TJE existerait donc d'elle-même, sans antécédent, ni prérequis.⁸⁰ Prenons le cas par exemple, de l'article 4 du traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Argentine et l'Australie qui se formule essentiellement comme suit : « Chaque Partie contractante doit en tout temps assurer un traitement juste et équitable aux investissements. »⁸¹ Ce type de formulation ne nous permet pas d'établir une définition très claire et exhaustive de la règle du TJE en elle-même. Dans le but de déterminer le sens objectif de la règle, il est donc nécessaire de lui soutirer une définition courante. Une telle définition permettrait de

⁷⁸ Définition du terme « droit naturel » cité dans Hubert Reid (dir.) *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e édition Wilson & Lafleur Montréal, 2015, *sub verbo* « droit naturel » à la p 229.

⁷⁹ Il est un principe fondamental selon lequel le consentement à être liée par une obligation découle uniquement de la règle qu'elle que formulée par ceux qui s'engagent à la respecter.

⁸⁰ Voir *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, CIRDI, Affaire ARB/00/6, Décision rendue le 22 Décembre 2003 au para 51 (Briner, Cremades, Fadlallah).

⁸¹ *Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement de la République argentine sur la promotion et la protection des investissements et protocole*, 23 août 1995, art 4 en ligne : CNUCED < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu> >.

dire qu'un traitement *juste* est « impartial » et « respecte le droit »⁸². D'un autre côté, on pourrait dire qu'un traitement *équitable* est celui qui « respecte les droits de chacun »⁸³. Cependant, ces définitions très générales ne nous permettent pas de circonscrire le sens réel de la règle « entendue objectivement » par les États. Comme nous le verrons, il est nécessaire de faire appel à une part d'interprétation, d'analogies ou de sous-entendus implicites dans tout raisonnement lié aux termes de la règle.

D'abord, on serait tenté de croire qu'un traitement *juste* renvoie à l'idée qu'une mesure applicable à un investisseur étranger soit d'abord « justifiable ». D'ordinaire, on pourrait prétendre que toute mesure justifiée par la loi ou conforme au droit interne est présumée « justifiable ». *A contrario*, on pourrait déduire qu'un traitement « injustifié » est celui qui s'exerce au-delà d'une compétence reconnue par la loi ou contraire au principe de la légalité. Tel serait le cas de l'usage *ultra vires* des pouvoirs reconnus par la loi⁸⁴. Toutefois, il ne faut pas croire que les mesures « injustifiées » renvoient uniquement à un manquement au principe de la légalité au sens du droit positif interne. Le fait qu'un acte étatique soit justifié au regard du droit interne ou de l'ordre public n'affecte en rien le fait que cet acte puisse être qualifié d'illicite en droit international⁸⁵. En effet, il n'est pas exclu de croire qu'un acte d'apparence arbitraire puisse être tout à fait justifié ou légal au sens de la loi⁸⁶. C'est

⁸² Voir *Siemens c. Argentine*, CIRDI, Affaire ARB/02/08, Décision rendue le 6 Février 2007 au para 290; *MTD Equity c. Chili*, supra, note 77 au para 113.

⁸³ *Azurix Corp c. République d'Argentine*, CIRDI Affaire No ARB/01/12, Décision finale rendue le 14 juillet 2006 au para 360 (Sureda, Lalonde, Martins). [*Azurix c. Argentine, Décision finale*]

⁸⁴ Selon le dictionnaire Black's Law, le terme « *ultra vires* » se définit comme une action prise « Au-delà de l'étendue d'une compétence ou d'un pouvoir ». Voir Bryan A. Garner, dir, *Black's law dictionary*, 9^e éd., St-Paul, West Publisher, 2009, *sub verbo* « *ultra vires* » à la p 1662.

⁸⁵ Commission du droit international (CDI), *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, vol. 1. Annuaire de la Commission du droit international, New York : Nations Unies, (2001) aux pp 77 et s. (art. 3). Il est un principe généralement reconnu que les dispositions législatives, voire même constitutionnelles ne sauraient prévaloir sur celles d'un traité de droit international. *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* (1932), CPIJ, (sér A/B) no 44 à la p 24; « *Communautés* » greco-bulgares, (1930), CPIJ (sér B) no 17 à la p 32; *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (1932), CPIJ (sér A) no 46 à la p 12.

⁸⁶ *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, Décision rendue le 3 septembre 2001 au para 214 (Briner, Cutler, Klein). L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui

souvent le cas lorsque la loi accorde un important pouvoir discrétionnaire aux officiers de l'État. C'est également le cas lorsqu'un officier de l'État agit de manière « arbitraire » en s'appuyant davantage sur des visées ou ambitions personnelles plutôt que sur la loi, la raison ou les faits⁸⁷. Mais tel est aussi le cas lorsque l'usage d'un pouvoir se fait de manière « disproportionné » ou « arbitraire » sans pour autant qu'il soit illégal ou sanctionné par la loi. On peut penser aux circonstances dans lesquelles un officier de l'État agit de manière « plutôt arbitraire » en justifiant ses actions sur des motifs politiques ou extrajuridiques à la limite de la légalité ou de la raison. Ainsi, certaines situations, une mesure pourrait être qualifiée d'« injustifiée » ou d'« arbitraire » car manifestement elle ne saurait être fondée sur des standards internationaux reconnus, tandis que dans d'autres cas, l'exercice de certaines prérogatives pourrait avoir un but légitime mais ne saurait être entièrement conforme aux procédures régulières de la loi.⁸⁸

De manière générale, les prérogatives souveraines appliquées à l'endroit des investisseurs étrangers doivent non seulement être « justifiées » mais doivent aussi être appliqués de manière « raisonnable » et « proportionnée » face au but légitime qui est recherché⁸⁹. En pratique cela signifie que les lois adoptées par les organes publics doivent avoir une « visée générale » et être appliqués de manière « uniforme et équitable »⁹⁰. On peut prétendre qu'afin d'être « équitables » les lois de l'État

s'oppose au règne de la loi. [*Ronald Lauder c. République tchèque*]; V.a. *Affaire de l'Electronica Sicula S.P.A. (Elsi)*, Arrêt du 20 juillet [1989], CIJ rec 15, para 128 [*Affaire Elsi*]; *Affaire du Droit d'asile*, Arrêt du 20 Novembre [1950], CIJ rec 11 p. 284 [*Affaire du Droit d'asile* 1950].

⁸⁷ Voir le terme « Arbitraire » tel que cité dans Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, 9^e éd., St-Paul, West Publisher, 2009, *sub verbo* « Arbitrary » à la p 119.

⁸⁸ De manière générale, pour qui une mesure arbitraire constitue : (i) une mesure qui inflige des dommages à l'investisseur sans servir un but légitime apparent; (ii) une mesure qui n'est pas fondée sur des normes juridiques mais sur la discrétion, le préjudice ou la préférence personnelle; (iii) une mesure prise pour des raisons différentes de celles proposées par les décideurs publics; (iv) une mesure prise dans le mépris délibéré de la procédure régulière et la procédure appropriée de la loi. *EDF c. Roumanie*, CIRDI Affaire ARB/05/13, Décision rendue le 8 Octobre 2009 au para. 303 (Bernardini, Rovine, Derains). [*EDF c. Roumanie*].

⁸⁹ Nous reviendrons sur ce point au chapitre 4.

⁹⁰ Les mesures doivent être promulguées de manière à ne pas viser un projet en particulier et être mise en œuvre de manière uniforme et équitable. Voir la décision *Settebello Ltd c. Setenave*, dans laquelle le

doivent être non-discriminatoires⁹¹. Les biens appartenant à des entreprises étrangères ne pourraient donc pas faire l'objet d'une législation discriminatoire, notamment en matière de saisie ou de restriction des droits de propriété⁹². Une mesure qui se présente comme étant d'« application générale » mais qui, dans les faits, est dirigée contre des ressortissants étrangers constitue alors une discrimination⁹³. Mais voilà, le caractère discriminatoire d'une loi ou d'un règlement n'est pas toujours évident à saisir au niveau juridique⁹⁴. Lorsqu'il s'agit de qualifier les actes discriminatoires⁹⁵, aucune règle statique ne peut être posée.⁹⁶ Dans certains cas, les tribunaux présument qu'une loi ou une réglementation est discriminatoire « si son intention est de discriminer » ou si elle a « un effet discriminatoire »⁹⁷. *A priori*, les tribunaux s'entendent pour établir qu'un État ne peut user de ses pouvoirs de manière à favoriser un ressortissant national et de façon à entraîner un préjudice à l'endroit de la

tribunal de La Haye avait refusé de donner effet au décret-loi no119/82. Le Tribunal avait refusé à l'unanimité de reconnaître un décret portugais promulgué dans le but de procurer des avantages contractuels à un chantier naval de l'État portugais au mépris des droits d'un acheteur étranger. Les arbitres avaient déclaré qu'agir ainsi était contraire aux « concepts d'ordre public et à la moralité commune à toutes les nations commerçantes » ; et ce, en dépit du fait que le contrat était en principe régi par le droit portugais. Voir Jan Paulsson, « La Lex Mercatoria dans l'arbitrage C.C.I. » (1990) 35 *Revue de l'Arbitrage* à la p 86 (nbp 64).

⁹¹ Les politiques appliquées par l'État sont non-discriminatoires si elles traitent des cas similaires de manière équitable. *Saluka c. République tchèque*, la CNUDCI, Décision partielle du 17 Mars 2006, para 313. (Watts, Fortier, Behrens) [*Saluka c. République tchèque*, Décision partielle rendue le 17 Mars 2006]

⁹² *Annuaire CDI* 1957, *supra* note 67 aux pp 42-46; V.a. Francis J. Nicholson S.J., *The Protection of Foreign Property Under Customary International Law* (1965) 6 *Boston College Law Review* aux pp 397-398.

⁹³ Voir *Affaire des ressortissants polonais*, *supra* note 52.

⁹⁴ Cela peut être le fait d'une distinction ou d'un refus d'accorder certains privilèges ou certains droits en raison de préjugés fondés sur le nationalisme, le chauvinisme, le favoritisme, la partialité, les préjugés sectionnels, etc. William P. Statsky (dir.) *Legal Thesaurus Dictionary*, New York, West Publishing Company, 1985 à la p 242.

⁹⁵ Le terme « Discrimination » se définit comme un « Traitement différent ou incapacité à traiter toutes les personnes de manière égale lorsqu'aucune distinction raisonnable ne peut être établie entre les personnes favorisées et celles qui ne sont pas favorisées ». Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, 9^e éd., St-Paul, West Publisher, 2009, *sub verbo* « Discrimination » à la p 534.

⁹⁶ Au regard du droit, le fait de déterminer si une mesure est ou non discriminatoire est une question qui mérite d'être tranchée au regard des mérites de chaque cas particulier. *Affaire des ressortissants polonais*, *supra* note 52 au para 28.

⁹⁷ *LG&E International, Inc. c. Argentine*, CIRDI, Affaire No.ARB/02/1, Décision sur la responsabilité, rendue le 3 Octobre 2006 au para. 146 (Bogdanowsky de Maekelt, van den Berg, Rezek) [*LG&E c. Argentine*, Décision sur la responsabilité].

personne étrangère (physique ou morale); préjudice qui ne se reproduirait pas sous des circonstances similaires à l'encontre d'un ressortissant national⁹⁸. Dans de tels cas, une mesure est « discriminatoire » dès lors qu'elle « traite des situations similaires de manière différente et sans justification raisonnable »⁹⁹. Mais en réalité, les mesures législatives ou réglementaires susceptibles d'affecter les droits consentis aux investisseurs étrangers sont souvent formulées en termes généraux. Dans certains cas, les actes qualifiés de « discriminatoires » prendront des formes beaucoup implicites, comme par exemple l'opacité ou la lenteur des procédures administratives, le refus d'accorder certains privilèges, l'absence de procédures d'appel, les pressions politiques, etc. Dans d'autres cas, les mesures législatives ou réglementaires susceptibles d'interférer avec les droits consentis aux investisseurs étrangers ne permettent pas toujours de conclure explicitement à un traitement discriminatoire.

En réalité, le caractère discriminatoire d'une loi ou d'une réglementation sous-entend des motifs économiques. On pense notamment aux questions entourant le « protectionnisme » ou les « restrictions déguisées »¹⁰⁰. En général, ces mesures comprennent des actes qui discriminent de manière indirecte les investisseurs étrangers dans le but de favoriser des entreprises ou des investissements locaux. Comme le suggèrent certains tribunaux, au regard de la règle du TJE, un traitement différencié ne doit pas être fondé sur des « distinctions et des exigences déraisonnables ». Tout traitement différencié doit être justifié de manière rationnelle et ne doit pas être motivé par une préférence en faveur d'un investissement ou d'une entreprise local au détriment d'un étranger¹⁰¹ (i.e. : subventions ou privilèges

⁹⁸ *Affaire Elsi*, *supra* note 86 aux paras 61-62.

⁹⁹ *Saluka c. République tchèque*, Décision partielle du 17 Mars 2006, *supra* note 91 au para 313. Voir aussi l'affaire *Goetz c. Burundi*, dans laquelle une discrimination suppose un « traitement différencié » appliqué à des personnes se trouvant dans des situations semblables. *Antoine Goetz and others c. République du Burundi*, CIRDI Affaire No. ARB/95/3, Décision du 10 février 1999 au para 121.

¹⁰⁰ Voir *Waste Management, Inc. c. Mexique* (Numéro 2), CIRDI Affaire No. ARB(AF)/00/3 au para 442 (Crawford, Civiletti, Gómez) [*Waste Management c. Mexique*].

¹⁰¹ En anglais : « that it is not motivated by a preference for other (local) investment ». *Saluka c. République Tchèque*, Décision partielle du 17 Mars 2006, *supra* note 91 aux paras 305 à 307.

accordés à des secteurs d'activités ou entreprises – majoritairement contrôlés par des investisseurs locaux – au détriment des entreprises étrangères¹⁰²).

2.2. Le libellé du TJE combiné à la protection et la sécurité complètes

Dans leurs traités de libre-échange et d'investissement, les États se réfèrent souvent à une formule qui conjugue la règle de traitement *juste et équitable* avec la règle de « protection et de sécurité complètes » (ci-après « PSC ») à l'intérieur d'une même disposition. C'est le cas notamment de l'article 2 (2) de la Convention sur la protection et la promotion de l'investissement conclu entre le gouvernement malaysien et la République du Chili qui stipule que :

Chaque Partie contractante accorde aux investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes.¹⁰³

En tenant compte du type de formulation précitée, il est impossible de déterminer avec certitude si les États attribuent un « contenu autonome » au traitement juste et équitable ou si ce dernier est « assimilé » au contenu de la PSC¹⁰⁴. En principe, ce type de formulation ne permet pas de déterminer le sens exact que les États entendent conférer aux deux normes combinées (TJE et PSC). La question demeure donc

¹⁰² Sur ce sujet voir Karl P. Sauvant, «FDI Protectionism Is on the Rise» (2009) World Bank Policy Research Working Paper 5052.

¹⁰³ *Convenio entre el Gobierno de Malasia y el de la Republica de Chile sobre la promocion y proteccion de las inversiones*, art 2 al. 2, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/41#iiaInnerMenu>>; V.a. *Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement du Japon sur la libéralisation, la promotion et la protection de l'investissement*, 22 mai 2002, art 10 al. 1, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1727>>.

¹⁰⁴ Notons que plusieurs juristes s'entendent pour dire que la question de l'entrave constitutive de dommage matériels demeure très vague au regard de la PSC. Voir J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002, aux pp 29-31. V.a Carreau et Juillard, *Droit international économique*, supra note 40 à la p 433.

entière sur la nature du comportement requis de la part des organes de l'État. À ce sujet, on observe plusieurs raisonnements contradictoires à propos de la nature et de l'objet du comportement attendu.

Dans l'affaire *AMT c. Zaïre*, le Tribunal a conclu que le traitement requis en vertu des deux normes combinées (TJE et PSC) doit être « conforme aux lois nationales applicables » de l'État hôte mais que ce traitement ne doit en aucun cas être inférieur au seuil requis par le droit international. Pour le Tribunal, les normes du TJE et de la PSC constituent ainsi « une obligation objective qui ne doit pas être inférieure à la norme minimale de vigilance et de diligence requise par le droit international ». Cette dernière exigence serait fondamentale pour apprécier la responsabilité juridique de l'État.¹⁰⁵ À la lumière de ce type de raisonnement, les organes publics de l'État doivent accepter une certaine limitation de leurs prérogatives souveraines. Cela signifie par exemple, que l'État qui accueille un investisseur étranger sur son territoire a l'obligation de prendre des mesures appropriées pour protéger l'intégrité des activités économiques qui en découlent.

Dans l'affaire *AAPL*, le Tribunal définit la diligence par rapport au principe de « prévention ». De l'avis du Tribunal, l'obligation de diligence n'est rien de plus ou rien de moins que « les mesures raisonnables de prévention » que les gouvernements bien administrés peuvent adopter dans des circonstances semblables¹⁰⁶. Inversement, dans l'affaire *AMT*, le Tribunal définit la diligence par rapport au principe de précaution, beaucoup plus large. En effet, le Tribunal prend soin de souligner que dans le but de respecter son obligation de diligence, un État doit utiliser « tous les moyens à sa disposition », c'est-à-dire qu'il doit « adopter toutes les mesures législatives nécessaires à la pleine réalisation de l'obligation »¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *AMT c. Zaïre*, Décision finale rendue le 21 février 1997, *supra* note 74 au para 6.06.

¹⁰⁶ *Asian Agricultural Products Ltd c. République du Sri Lanka* CIRDI, Affaire ARB/87/3, Décision rendue le 27 Juin 1990 au para 77.

¹⁰⁷ *AMT c. Zaïre*, Décision finale rendue le 21 février 1997, *supra* note 74 au para 6.05.

Dans l'affaire *SAUR*, le Tribunal s'est longuement demandé à quoi un traité fait-il référence lorsqu'il en appelle simultanément aux principes de TJE et de PSC. *A fortiori*, le Tribunal cherche à savoir quel type de « traitement » doit être accordé par l'État. Après avoir effectuée une longue analyse dans laquelle il souligne notamment que « le TJE et la PSC sont des concepts juridiques indéterminés »¹⁰⁸, le Tribunal retient l'idée selon laquelle la protection juridique requise par ces deux règles combinées n'entre en vigueur que lorsque la conduite de l'État – « de par la gravité et la transcendance de ses actes » – est « incompatible avec le standard minimal international ».¹⁰⁹ Ce type de raisonnement suggère en outre, que les normes TJE et PSC ne constituent rien de plus ou rien de moins qu'une obligation traditionnelle de protéger les investisseurs étrangers tel que l'a historiquement prévu le droit international coutumier.

En ce sens, une bonne partie de la jurisprudence des tribunaux arbitraux convient d'affirmer que la formulation de la PSC à du TJE à l'intérieur d'un même libellé impose rien de plus ou rien de moins qu'une obligation de vigilance et de diligence raisonnable pour les cas dans lesquels des actes dommageables ne peuvent être attribués au gouvernement mais plutôt à des tiers. Ce fut le cas dans l'affaire *El Paso*, dans laquelle le Tribunal estime que TJE et la PSC commandent aux organes de l'État d'adapter leurs conduites de sorte qu'ils préviennent que leurs ressortissants nationaux ne puissent porter atteinte injustement à l'intégrité physique et matérielle des activités commerciales étrangères¹¹⁰. Concrètement, la « diligence raisonnable » exige que l'État prévienne les actes préjudiciables causés à l'endroit des personnes étrangères (physique et morale) ou à leurs biens. Ainsi, dans les cas où ces actes injustifiés ne sauraient être attribuables aux agents de l'État mais bien à des personnes

¹⁰⁸ *SAUR International c. Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/04/4 Décision sur la responsabilité rendue le 6 juin 2012 au para 482 (Fernández-Armesto, Hanotiau, Tomuschat). [*SAUR c. Argentine*, Décision sur la responsabilité].

¹⁰⁹ *Ibid.*, para 482 à 484.

¹¹⁰ *El Paso c. Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/03/15 Décision rendue le 31 Octobre 2011 aux paras 522-523 (Caflich, Bernardini, Stern). [*El Paso c. Argentine*, Décision finale].

dont ils n'ont pas le contrôle, les organes de l'État auraient la responsabilité de punir ces actes afin d'en prévenir la répétition. À l'inverse, si l'État omet d'exercer au moins une diligence raisonnable pour prévenir ou punir de tels actes, il est responsable de cette omission et est responsable du dommage qui en résulte.¹¹¹ Mais voilà, la nature des « actes préjudiciables » ou le degré de « diligence raisonnable » attendu de la part de l'État dépend systématiquement des circonstances.

Plusieurs tribunaux arbitraux ont pris soin de souligner que l'obligation d'assurer une « diligence raisonnable » ne signifie pas que les organes de l'État doivent prévenir toute forme de préjudice à l'endroit de l'investissement¹¹². Mais il n'en demeure pas moins que dans le contexte de la libre-circulation des investissements étrangers, le sens exact du principe de « diligence raisonnable » est sujet à interprétation. Comme le confirment certains auteurs, il s'agit là d'un standard qui est susceptible de varier selon les circonstances¹¹³. L'obligation de diligence raisonnable est historiquement rattachée à la protection des « biens étrangers », à la sécurité « physique », ainsi qu'à la prévention des « dommages matériels ». Cependant, il semble que le concept de « diligence raisonnable » tende à recevoir une définition juridique de plus en plus large¹¹⁴.

Dans certains cas, les tribunaux n'hésitent pas à inclure les questions relatives aux « droits de propriété » des investisseurs étrangers à l'intérieur du champ d'application de la norme. Des raisonnements entretiennent l'idée selon laquelle la protection juridique « va au-delà » de la protection en matière de sécurité physique et

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.* Voir aussi *Vivendi c. Argentine II*, CIRDI Affaire No. ARB/03/19, Décision sur la responsabilité rendue le 30 juillet 2010 au para 162. [*Vivendi c. Argentine II*].

¹¹³ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press 5^e Éd, Oxford, 1990 à la p 454.

¹¹⁴ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002 aux pp 29-31. V.a. Carreau et Juillard, *Droit international économique*, *supra* note 40 à la p 433

matérielle, sous-entendant ainsi les obligations en matière contractuelles.¹¹⁵ Certains tribunaux vont même jusqu'à suggérer, dans leurs propres mots, qu'il est possible d'interpréter le sens de la règle du TJE comme « s'ajoutant » aux exigences déjà posées par le droit international¹¹⁶. Ainsi, ce genre de raisonnement laissera planer une ambiguïté à savoir que le sens du TJE doit peut-être tenir compte du seuil de traitement minimum requis par le droit international « en plus » de certaines règles et principes spécifiques applicable à chaque cas¹¹⁷.

2.3. Le libellé du TJE combiné à la protection des droits de propriété

Certains traités ont tendance à énoncer de manière plus explicite le type de protection devant être accordé aux investissements étrangers. C'est le cas notamment des formulations qui combinent explicitement le TJE et la PSC aux droits de propriété des investisseurs étrangers. Ce genre de disposition se retrouve notamment à l'article 2 al. 4 de l'Accord relatif à la protection des investissements conclus entre les États-Unis et le Zaïre ainsi qu'à l'article 2 al. 3 b) du Traité bilatéral d'investissement conclus entre les États-Unis et l'Équateur :

Les investissements des investisseurs de chaque Partie contractante bénéficient en tout temps d'un traitement juste et équitable et bénéficient d'une protection et d'une sécurité complètes sur le territoire de l'autre Partie contractante. Aucune des Parties contractantes n'entravera, par des mesures injustifiées [déraisonnables] ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la cession d'investissements sur son territoire d'investisseurs de l'autre Partie contractante.¹¹⁸

¹¹⁵ Voir *Azurix c. Argentine*, supra note 83 au para. 408. V.a. *Vivendi c. Argentine II*, supra note 112 aux paras 165 et s.

¹¹⁶ *Pope & Talbot c. Canada*, Décision rendue sur le mérite de la phase 2, rendue le 10 Avril 2001 au para 110. Cependant, cette approche a rapidement été contredite, notamment dans l'affaire *SD Myers c. Canada*.

¹¹⁷ *S.D. Myers c. Canada*, CNUDCI, Décision partielle rendue le 30 novembre 2000 au para 263 (Hunter, Schwartz, Chiasson) para 263 [*SD Myers c. Canada*]. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, ce type de raisonnement a été renversé par la Commission du Libre-échange de l'ALENA ainsi que par plusieurs tribunaux.

¹¹⁸ *Accord conclus entre les États-Unis et la République du Zaïre relatif à la protection réciproque des investissements*, art 2 al. 4, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le

Présent dans de nombreux traités d'investissement¹¹⁹, ce type de formulation interpelle les obligations contractuelles ou autres garanties commerciales faites par les organes de l'État à l'endroit des investisseurs étrangers (*acta jure gestionis*). En portant une attention particulière à ce type de formulation on constate que le traitement juste et équitable des investissements a pour objet de ne pas « porter atteinte » à « l'entretien », la « gestion », l'« utilisation », la « jouissance », l'« acquisition » ou la « vente » des activités économiques issues de l'investissement étranger¹²⁰. Tenant compte de ce type d'expressions, les tribunaux sous-entendent que la règle du TJE, si elle ne stimule pas de manière proactive le développement économique, doit à tout le moins prescrire une conduite qui ne dissuade pas la libre-circulation des capitaux étrangers et ne décourage pas les investisseurs à entreprendre des initiatives commerciales¹²¹. À la lumière d'un tel raisonnement, on conclut que des politiques « discriminatoires ou injustifiées » qui « entravent » l'acquisition le transfert ou la vente d'actifs, en « réduisent la valeur » ou en « trouble la jouissance » sont de nature à enfreindre le seuil de diligence attendu par la norme du TJE¹²². En outre, on peut croire que le type de formulation précitée interdit les actes

développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/828>> V.a. *Accord entre les États-Unis et l'Équateur concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements*, art 2 al. 3 b), en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1065>>.

¹¹⁹ Voir *Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République socialiste démocratique de Sri Lanka pour la promotion et la protection des investissements* (13 février 1980), London Treaty Series No. 14, art 2 al. 2; V.a. *Accord conclu entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque sur la promotion et la protection des investissements et protocole*, art 2 al. 2, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/993>>.

¹²⁰ Le terme « utilisation » se définit notamment comme l'usage continu des biens de la propriété que soit ou non à des fins lucratives, tandis que le terme « jouissance » signifie exercer ses droits de propriété, en percevoir les fruits et en disposer librement. Bryan A. Garner, *Black's law dictionary*, 9^e éd., St-Paul, West Publisher, 2009, *sub verbo* « utilisation » et « jouissance » aux pp 609 et 1681.

¹²¹ *Saluka c. République tchèque*, *supra* note 91 aux paras 301 302 et s.

¹²² Ce genre de raisonnement est sous-entendu par certaines organisations internationales. Voir Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du Conseil de l'OCDE relative au projet de convention*, Notes et commentaires relatifs à la p 16. [OCDE *Projet de convention sur la protection des biens étrangers*].

discriminatoires ou injustifiés susceptibles d'entraver la bonne gestion des activités économiques (gestion, entretien, utilisation, jouissance, cession, etc.) pouvant découler de l'investissement étranger.

Dans le contexte de la libre-circulation de l'investissement international, les concepts tels que l'« utilisation », la « jouissance » ou la « gestion » renvoient, de manière implicite, aux actes pouvant être qualifiés d'« interférence » ou de « déprivation » des droits de propriété. C'est le cas lorsqu'une action ou une série d'actions entrave les droits de propriété dûment consentis mais ne s'accompagne pas, dans les faits, d'un transfert formel de titre ou d'une confiscation réelle d'actifs. Dans les faits, ces termes sont généralement appliqués au regard des règles en matière d'« expropriation » ou de « mesures équivalentes »¹²³. Ces termes accordent une protection juridique à l'encontre des actes qualifiés de « déposssession »; actes qui doivent occasionner un préjudice matériel substantiel¹²⁴, permanent ou sévère¹²⁵ au point où la valeur d'une entreprise soit « pratiquement annihilée »¹²⁶. Contrairement aux règles traditionnelles en matière de saisies ou d'expropriation, la règle du TJE est susceptible de couvrir les actes qui « affectent » ou « portent atteinte » à l'investissement mais qui ne requièrent pas de degré « substantiel » de déprivation

¹²³ Alors qu'une expropriation s'accompagne d'un transfert formel de titre ou d'une confiscation réelle des actifs d'une entreprise ou d'une société, les « mesures équivalentes » ont un effet équivalent à une expropriation, c'est-à-dire que les mêmes effets doivent être démontrés, mais sans que s'accompagne, dans les faits, un transfert formel de titre ou une confiscation réelle des actifs de la propriété. Tel que reconnu dans plusieurs traités, on parlera alors de mesures « équivalentes à une expropriation » (« tantamount to expropriation » en anglais). *Pope & Talbot c. Canada* CNUDCI, Décision provisoire datée du 26 juin 2000 au para 104 (Dervaird, Greenberg, Belman) [*Pope Talbot c. Canada*].

¹²⁴ « L'impact doit être substantiel pour qu'une indemnisation puisse être réclamée en vertu de l'expropriation » : *BG Group c. Argentine*, CNUDCI, Décision du 24 décembre 2007 aux paras 258-266 (Álvarez, van den Berg, Garro) [*BG Group c. Argentine*]; V.a. *Enron c. Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/01/3, Décision rendue le 22 mai 2007 au para. 245 (Orrego Vicuña, Tschanz, van den Berg) [*Enron c. Argentine*].

¹²⁵ Sans une privation permanente et sévère des droits de propriété relatifs à l'investissement ou une privation presque complète de la valeur de l'investissement, il ne peut y avoir expropriation. *LG&E c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 97 au para 200.

¹²⁶ *Sempra Energy International c. Argentine* CIRDI, Affaire No. ARB/02/16, Décision rendue le 28 septembre 2007 au para. 285 (Orrego Vicuña, Lalonde, Morelli Rico) : « Pour qu'une expropriation indirecte soit démontrée, il doit plus qu'un effet négatif. Il faut que l'investisseur n'ait plus le contrôle de son activité ou que la valeur de l'entreprise soit pratiquement annihilée ».

pour tomber sous la protection juridique. Comme l'a observé le tribunal dans l'affaire *PSEG c. Turquie* :

La règle du TJE a acquis une grande importance en raison du fait que d'autres normes traditionnellement reconnues par le droit international [normes en matière d'expropriation et de mesures équivalentes] risquent, dans les circonstances de chaque cas, de ne plus être tout à fait appropriées. Ceci est particulièrement le cas lorsque les faits ou les circonstances ne supportent pas clairement les revendications concernant l'expropriation ou les mesures équivalentes.¹²⁷

Dans ce contexte, les entreprises étrangères semblent se rabattre sur la règle du TJE pour étayer leurs revendications. Lorsqu'ils ne sont pas en mesure de démontrer l'existence d'une expropriation ou d'une mesure équivalente, les investisseurs étrangers sont incités à invoquer la règle du TJE. Comme l'ont fait observer certains auteurs, cette situation risque d'avoir pour effet de transformer le TJE en une sorte de « clause refuge » abondamment invoquée dans le contexte de la violation des droits de propriété donnant ainsi droit aux règles en matière de compensation¹²⁸. Dès lors, lorsque la mesure équivalente à l'expropriation ne pourra être invoquée (c'est-à-dire lorsque la déprivation de la propriété ne sera pas suffisante pour équivaloir effectivement à une expropriation) les investisseurs pourront se tourner vers le TJE afin de faire valoir leurs revendications. Comme c'est souvent le cas, lorsque les faits en cause ne peuvent attester de l'existence d'une « expropriation », la démonstration d'un « préjudice financier substantiel » supporté par un investisseur justifie parfois l'application de la règle du TJE.

À ce titre, l'affaire *Occidental c. Équateur* offre une illustration intéressante. Dans cette affaire, les « faits » concernaient la résiliation (Caducidad decree) des engagements contractuels (Farmout Agreement) ainsi que la violation alléguée du « Contrat de participation » et du « Contrat d'opération » conclus entre la filiale

¹²⁷ *PSEG Global Ltd c. Turquie*, CIRDI, Affaire No.ARB/02/5, Décision rendue le 19 janvier 2007 aux paras 238-239 (Orrego Vicuña, Fortier, Kaufmann-Kohler).

¹²⁸ Voir *M. Sornarajah*, *supra* note 76 aux pp 242-243-245.

Petrocuador, la société Occidental Petroleum, et le Gouvernement de l'Équateur dans la région du « bloc 15 » de la forêt équatorienne¹²⁹. Dans le contexte de l'exploitation des hydrocarbures, les activités de l'investisseur étranger contribuèrent à l'une des pires catastrophes environnementales de l'histoire du pays. Plusieurs dizaines de millions de barils de pétrole lourd avaient contaminé les eaux et les sols de la forêt équatorienne. En raison de la contamination, la faune et la flore subirent des dommages sévères, portant ainsi atteinte à la vie des communautés environnantes¹³⁰. Après avoir invoqué des motifs d'ordre public et d'intérêt général, le Procureur général de la République équatorienne ordonna au Ministère des Mines et de l'Énergie de révoquer la licence d'exploitation délivrée à l'endroit de l'investisseur étranger. N'ayant pu démontrer l'existence d'une expropriation, l'investisseur invoqua la règle du TJE et eu gain de cause sur la base du préjudice financier « substantiel » qu'il dû supporter. Selon le Tribunal, en vertu de la règle du TJE, la révocation de la licence d'exploitation fut qualifiée de « disproportionnée » et contraire aux obligations conventionnelles de l'Équateur¹³¹, bien qu'un certain nombre d'éléments dont les infractions légales¹³² et contractuelles¹³³ eurent été pris en considération.

¹²⁹ *Occidental c. Équateur (II)*, CIRDI, Affaire no. ARB/06/11, Décision sur la juridiction rendue le 9 septembre 2008 aux paras 21 à 23. (Fortier, Williams, Stern). [*Occidental c. Équateur (II)*].

¹³⁰ Business & Human Right Resources Center, « Human rights impacts of oil pollution: Ecuador Impacts on health, livelihoods, environment », en ligne : Business & Human Right Resources Center <<https://business-humanrights.org/en/human-rights-impacts-of-oil-pollution-ecuador-22>>

¹³¹ Le demandeur se vu octroyer un montant de 1, 7 milliard de dollars notamment pour les dommages subis en raison des infractions à l'article II.3 a) (traitement juste et équitable) du traité bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et l'Équateur. *Occidental c. Équateur (II)*, *supra* note 129 aux paras 662 et s. et 876 et s.

¹³² Soit le (i) transfert des droits et obligations pris en vertu du contrat de participation à une filiale du nom de *City Investing Company Ltd* (devenue *AEC Équateur Ltd.*) sans approbation ministérielle; (ii) la création d'un consortium non-autorisé dans le but d'opérer des activités d'exploitation non-autorisée; (iii) le défaut d'investir le seuil minimum requis en vertu du contrat de participation; ainsi que (iv) les violations répétées de la *Loi sur les hydrocarbures*. Voir *Occidental c. Équateur (II)*, *supra* note 129 au para 18.

¹³³ Notamment de la clause 8.1 du Contrat de participation dans laquelle était stipulée que l'investisseur étranger avait diverses obligations y compris le paiement de tous les impôts et droits équatoriens; l'établissement de communications périodiques et la mise à jour de certaines informations à l'endroit de l'Équateur; l'établissement de bonnes relations avec la communauté; et la protection de

En lui-même, le contenu normatif de la règle du TJE ne lui permet pas d'engager la responsabilité juridique de l'État pour tout fait ou acte lui étant attribuable et qui entraînerait un préjudice (même de nature substantielle) à un investisseur étranger¹³⁴. Le fait qu'un investisseur étranger perde de l'argent en lien avec les actions accomplies par l'État n'indique pas nécessairement que ce dernier ait contrevenu à son obligation d'accorder un traitement juste et équitable¹³⁵. C'est pourquoi, la plupart du temps, les tribunaux ne qualifieront pas directement la règle du TJE par rapport aux « préjudices financiers » subis par un investisseur mais plutôt en fonction des atteintes à l'investissement ou aux droits de propriété pouvant être qualifiées de « disproportionnées », d'« injustifiées » ou d'« arbitraires »¹³⁶.

2.4. Le traitement minimal requis par le droit international

Dans leurs traités de libre-échange et d'investissement, les États associent souvent le traitement juste et équitable à l'expression « traitement requis par le droit international ». Ce faisant, ils reconnaissent l'importance que les investissements étrangers bénéficient d'un traitement qui se conforme à un certain seuil de traitement requis par le droit international; seuil au-dessous duquel la protection de l'investissement ne doit pas tomber. On retrouve ce genre de formulation dans un très grand nombre de traités (sinon dans la plupart). C'est le cas notamment de l'article 2 al. 2 de l'Accord bilatéral concernant l'encouragement et la protection réciproques de l'investissement conclut entre les États-Unis et l'Argentine, de l'article 4 al. 1

l'environnement. *Occidental c. Équateur (II)*, CIRDI Affaire no. ARB/06/11, Décision finale rendue le 5 octobre 2012 au para 116 (Fernández-Armesto, Feliciano, Oreamuno Blanco). [*Occidental c. Équateur (II) Décision finale*].

¹³⁴ Comme le rappellent certains tribunaux, il y a un monde de différence entre un préjudice financier résultant d'un « acte incident ou accessoire » et un préjudice financier résultant d'un acte « illicite ». Voir *RosInvestCo c. Fédération de Russie*, CCS, Affaire no.079/2005, Décision finale rendue le 12 septembre 2010 au para 580.

¹³⁵ *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 au para 291.

¹³⁶ *SAUR c. Argentine*, Décision sur la responsabilité *supra* note 108 aux paras 482 à 484.

de l'Accord bilatéral d'investissement conclu entre l'Espagne et le Mexique, de l'article 2 al. 3 de l'Accord bilatéral d'investissement conclu entre les États-Unis et l'Équateur ainsi que de l'article 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) qui stipulent que :

Chaque Partie contractante accorde aux investissements sur son territoire des investisseurs de l'autre Partie contractante un traitement juste et équitable, une protection et une sécurité complètes et ne doit en aucun cas bénéficier d'un traitement moins favorable que celui requis par le droit international.¹³⁷
[Nous soulignons]

Présent dans un grand nombre de traités de libre-échange et d'investissement, ce type de formulation permet d'éviter un écart trop grand entre le traitement réservé aux ressortissants nationaux et celui réservé aux étrangers. En formulant ce genre de disposition, les États reconnaissent que le traitement, la protection et la sécurité des investissements ne doivent pas être inférieurs à ce qui est exigé par le droit international. Ainsi, comme l'ont évoqué plusieurs tribunaux, ce type de formulation serait considérée comme établissant une norme générale, détachée et indépendante de la législation nationale de l'État hôte¹³⁸.

La jurisprudence internationale des tribunaux d'arbitrage a régulièrement étudié la question de la signification du « traitement requis par le droit international ».

¹³⁷ *Accord de libre-échange nord-américain entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, conclu le 17 décembre 1992*, Art 1105 « Norme minimale de traitement », en ligne : Secrétariat de l'ALENA <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>; *Accord bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et le Pérou*, 14 novembre 2006, art 5 al. 1, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/35/treaty/793>>; *Accord conclu entre les États-Unis et l'Argentine concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement*, art 2 al. 2, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127> >; *Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République de l'Équateur concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement*, 27 août 1993, art 2 al. 3 a), en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/1337>>.

¹³⁸ *Alex Genin and others c. République d'Estonie*, CIRDI, Affaire no. ARB/99/2, Décision rendue le 25 Juin 2001 au para 367.

Dans l'affaire *Pope Talbot*, le Tribunal s'est notamment demandé si cette expression (formulée à l'article 1105 de l'ALENA) soumettait les investisseurs à une « protection minimale » ou prévoyait plutôt une « protection supplémentaire », notamment en matière d'équité entre les investisseurs étrangers et les ressortissants nationaux¹³⁹. À l'issue de son raisonnement, le Tribunal a retenu l'interprétation selon laquelle la formulation de l'article 1105 sous-entendait un seuil de protection supplémentaire requis par le droit international, compte tenu que l'objet et le but de l'ALENA plaident en faveur d'une interprétation extensive de l'article 1105¹⁴⁰. Comme l'ont suggéré certains tribunaux, tenant compte de la manière dont les traités peuvent être rédigés, l'objet et le but de ces derniers permet de déterminer le seuil de protection requis par la norme de traitement juste et équitable¹⁴¹.

Toutefois, dans le sillage de l'affaire *Pope Talbot*, la Commission du Libre-échange de l'ALENA a senti le besoin de clarifier le contenu et la portée du traitement minimal requis par le droit international. L'interprétation donnée par la Commission du Libre-échange se lit comme suit :

Le concept de «traitement juste et équitable» [...] ne prévoi[t] pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par le standard minimal de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.¹⁴² [Nous soulignons]

En vertu de cette interprétation, le sens prescrit par le TJE ne prévoirait pas de traitement supérieur à celui exigé par le standard minimal de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. Cette interprétation vient donc renverser le raisonnement adopté dans l'affaire *Pope Talbot* (citée plus haut)

¹³⁹ *Pope & Talbot c. Canada*, Décision rendue sur le mérite de la phase 2, rendue le 10 Avril 2001 au para 109-110 (Dervaird, Greenberg, Belman). [*Pope & Talbot c. Canada*, Décision sur le mérite].

¹⁴⁰ *Ibid.*, aux paras 111 et 117.

¹⁴¹ *Azurix c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 83 au para 361.

¹⁴² Organisation des États Américains, Commission du libre-échange, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 et de l'article 1105 de l'ALENA*, Art. 2 al. 2, 31 juillet 2001, en ligne : Commission du libre-échange <http://www.sice.oas.org/TPD/ALENA/Commission/CH11understanding_f.asp>.

selon lequel la protection juridique du TJE s'ajouterait aux exigences déjà prévues par le droit international. Malgré tout, l'interprétation privilégiée par la Commission du libre-échange demeure pour le moins ambiguë compte tenu du sens donné à la protection coutumière des « investisseurs étrangers » dans le contexte prosaïque de la promotion et de la libre-circulation des capitaux étrangers¹⁴³.

Plus récemment, la jurisprudence a examiné la signification du « traitement requis par le droit international » dans l'affaire *El Paso*. Dans cette affaire, le Tribunal est amené à examiner la légalité d'une série de décrets et de résolutions adoptés par le gouvernement argentin dans le contexte de la crise économique des années 2000¹⁴⁴. Dans cette affaire, le Tribunal rappelle que le traitement juste et équitable ne doit pas être interprété au regard du traitement prévu par le droit national, auquel cas il pourrait être inférieur au seuil de traitement qu'exige le droit international. Le Tribunal considère plutôt que la règle du TJE – lorsque combinée au « traitement requis par le droit international » – doit être interprétée en référence au « standard minimal de traitement » exigé par le droit international et ce, quel que soit le type de protection offerte par les ordres juridiques nationaux¹⁴⁵. Il s'agit de prévenir les situations dans lesquelles les États traitent les investisseurs étrangers d'une manière injuste ou inéquitable sans pour autant être contraire à la législation nationale applicable. C'est le cas notamment lorsqu'un État accorde un traitement « arbitraire » mais qui, dans les faits, n'est pas différent du traitement qu'il accorde à ses propres ressortissants nationaux. Tel serait le cas par exemple, d'un État dont les prérogatives exécutives ou les pratiques administratives seraient justifiées au sens de

¹⁴³ Les investisseurs étrangers englobent les personnes morales et physiques auxquelles la législation d'un État reconnaît la personnalité juridique et qui ont des activités d'investissement. Cela inclut les filiales et les succursales des sociétés transnationales étrangères, les sociétés anonymes, les divers types de consortium, associations et autres entités reconnues. Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *OCDE Projet de convention sur la protection des biens étrangers*, *supra* note 122 à la p 50 (« Notes et commentaires relatifs à l'article 9 »).

¹⁴⁴ Ces actes comprenaient notamment certaines restrictions sur le transfert, la pesofication et le rééchelonnement des dépôts en dollars américains.

¹⁴⁵ *El Paso c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 110 au para 337.

la loi nationale (voire même de la constitution) mais qui n'en demeureraient pas moins contraires aux principes du droit international.

Mais dans l'affaire *El Paso*, le tribunal nuance son raisonnement. Il ne faudrait pas que le « traitement requis par le droit international » soit compris comme une intention d'abolir les formes de différenciation qui existent entre les différents systèmes juridiques nationaux. Le Tribunal évoque par exemple, les cas où des États co-contractants contribuent déjà, par leur pratique, à établir des standards de traitements élevés. Dès lors,

[...] si le droit national ou le traitement accordé à certains étrangers dépasse la norme internationale minimale, c'est ce type de protection qui doit être accordée. En un sens, on pourrait dire que l'investisseur étranger a droit au traitement le plus favorable, que ce soit en vertu du droit national, des règles appliquées à certains étrangers ou du standard minimal de traitement tel qu'incarné dans le TJE.¹⁴⁶ [Nous soulignons]

Tenant compte du raisonnement retenu par le Tribunal dans l'affaire *El Paso*, on sous-entend que même lorsqu'ils sont assujettis au « standard minimal de traitement », les investisseurs étrangers ne peuvent pas s'attendre à ce que leur entreprise ou leur investissement soit traité de la même manière s'ils investissent dans un pays moyennement développé plutôt que dans un pays très développé. Dans les systèmes juridiques hautement développés qui disposent de ressources considérables et qui bénéficient d'une certaine stabilité au niveau institutionnelle – comme les États-Unis ou le Canada – le standard minimal de traitement exigerait alors une meilleure conduite que ce qui peut être nécessaire pour un pays moins développé comme l'Ukraine ou l'Argentine¹⁴⁷. En termes clairs, l'environnement ou le contexte particulier dans lequel est invoqué le standard minimal de traitement impliquent

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Generation Ukraine*, CIRDI Aff. NoARB/00/09 Décision, rendue le 16 septembre 2003 aux paras 20.37 (Salpius, Voss, Paulsson). [*Generation c. Ukraine* Décision finale]; V.a. *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis* (ALENA) CNUDCI, Décision rendue le 8 Juin 2009 48 ILM 1035, aux paras 564 (Young, Hubbard, Caron). [*Glamis Gold c. États-Unis*, Décision finale].

nécessairement « une prise en compte du niveau de développement de l'État au niveau national »¹⁴⁸. Le standard minimal de traitement juste et équitable doit être interprété en fonction du seuil requis par le droit international. Cependant, il ne faudrait pas présumer que cela signifie l'abolition de toutes les formes de distinction pouvant exister entre les systèmes nationaux en matière de traitement.

Enfin, plusieurs tribunaux considèrent le traitement juste et équitable comme un standard de conduite que l'État doit adopter vis-à-vis de l'investissement¹⁴⁹. Comme le suggèrent certains auteurs, l'idée d'un tel standard ne serait pas tant de prescrire une conduite précise à adopter mais plutôt d'indiquer « une direction à prendre » au niveau international¹⁵⁰. Cependant, cette « direction à prendre » n'admet pas de logique juridique clairement exprimée. Ainsi, comme l'affirment certains auteurs, alors que l'objet du standard minimal de traitement est d'échapper à une interprétation rigide, il en émane un concept plutôt général et indéterminé¹⁵¹.

2.5. Le standard minimal de traitement et le droit international coutumier

Il existe un consensus largement partagé par les États selon lequel le traitement et la protection juridique des investissements étrangers doivent être conformes aux lois nationales mais ne doivent pas être inférieurs à une forme de seuil minimum absolu ou incompressible de traitement exigé par le droit international. À ce titre, les États tiennent souvent la position selon laquelle l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable constitue une référence indirecte au standard minimal de traitement, tel qu'entendu dans le sens du « droit international coutumier » des

¹⁴⁸ *Glamis Gold c. États-Unis*, Décision finale au para 565.

¹⁴⁹ Voir *Vivendi c. Argentine II*, *supra* note 112 au para 20 (opinion séparée de l'arbitre Pedro Nikken): « Par essence, le traitement juste et équitable est un standard de conduite ou de comportement de l'État vis-à-vis de l'investissement ».

¹⁵⁰ Ioana Tudor, *supra* note 76 la p 121.

¹⁵¹ *Ibid.*, aux pp 115 et 120.

États¹⁵². Puisqu'en droit international public, seules les nations créent le droit international coutumier, la définition d'un tel standard dériverait donc d'une pratique générale et constante des États et de l'acceptation du caractère contraignant et du sens de l'obligation (*opinio juris*)¹⁵³. Conformément au droit international coutumier, l'exercice normal des prérogatives souveraines renverrait donc à un certain nombre de principes juridiques expressément admis par les États et qui, en réalité, traduiraient l'opinion politique de ceux-ci¹⁵⁴.

La véritable question qui demeure est celle de déterminer quelle est la protection substantielle à accorder aux investisseurs étrangers en vertu de la norme du TJE, tel que combinée au standard minimal de traitement coutumier. Cette question est complexe compte tenu de la variété des textes juridiques qui permettent de donner un sens réel à une telle expression. Bien qu'il n'existe pas de définition universelle en ce qui concerne le lien entre le standard minimal de traitement coutumier et la règle du traitement juste et équitable, on retrouve parfois à l'intérieur de certains modèles de traités une définition plus ou moins explicite. Ainsi, dans le nouveau modèle de traité américain (largement repris par la plupart des pays occidentaux) on peut lire :

Il est entendu que [le TJE] en tant que norme minimale de traitement à accorder aux investissements ne nécessite pas de traitement en plus ou au-delà de ce qui est requis par le standard minimal du droit international coutumier de traitement des étrangers, et ne créent pas de droits fondamentaux supplémentaires. L'obligation de fournir (a) un «traitement juste et équitable» comprend l'obligation de ne pas refuser la justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives en conformité avec le principe d'une procédure régulière incarnée dans les principaux systèmes juridiques du monde.¹⁵⁵

¹⁵² Dans l'affaire *Glamis Gold*, les États-Unis ont argué que «Seules les nations, dans leur ensemble, créent le droit international coutumier au moyen d'une pratique générale et constante suivie d'une reconnaissance d'obligation juridique ou d'*opinio juris* » : *Glamis Gold c. États-Unis*, *supra* 147 au para 543.

¹⁵³ *Plateau continental de la mer du Nord (Federal République d'Allemagne c. Pays-Bas / Danemark)*, Arrêt [1969] CIJ rec 3 au para 74.

¹⁵⁴ Voir le débat sur la relation entre la norme minimale de traitement et le droit international coutumier dans : *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis*, *supra* note 147 aux paras 542-543.

¹⁵⁵ United States Trade Representative, *Modèle de Traité bilatéral d'investissement des États-Unis 2012*, art 5, en ligne United States Trade Representative <

En vertu de cette définition¹⁵⁶, on peut affirmer que le traitement requis par le droit international coutumier renvoi, dans les faits, aux exigences relatives à la primauté du droit ainsi qu'aux principes de justice naturelle. On peut également comprendre que la règle de traitement juste et équitable ne prévoit pas de traitement « supplémentaire ou supérieur » à celui qui est exigé par le standard minimal de traitement à l'égard des étrangers, tel que requis par le droit international coutumier¹⁵⁷. Cependant, alors que l'on comprend clairement qu'un traitement juste et équitable ne peut conférer une protection juridique allant au-delà ou en-deçà du droit coutumier, on s'entend difficilement sur le sens accordé à l'expression « standard minimal de traitement requis par le droit international coutumier ». On pourrait légitimement croire qu'un tel traitement doit se conformer aux « principes généraux du droit international », tels que reconnus par la pratique des États. Sans doute, on pourrait affirmer que les États sont convenus de respecter les principes de bonne foi, de justice naturelle ou d'équité procédurale.

En portant une attention à l'Annexe A du modèle de traité américain, on observe une interprétation selon laquelle « La norme minimale de traitement des étrangers se réfère à tous les principes de droit international coutumier qui protègent

<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. V.a. *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, supra* note 142 art. 2 al. 2. L'OCDE est également du même avis « L'expression 'traitement juste et équitable' désigne le régime que chaque État doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers [...] La norme exigée est conforme en fait au 'standard minimum' du droit international coutumier. » *OCDE Projet de convention sur la protection des biens étrangers, supra* note 122 à la p 15.

¹⁵⁶ La référence à la norme coutumière est notamment reprise à l'article 5 al. 2 du TBI conclu entre le Canada et le Pérou qui stipule que « Le concept de «traitement juste et équitable» ne nécessite pas de traitement en plus ou au-delà de ce qui est requis par le standard minimal du droit international coutumier de traitement des étrangers.». *Accord Canada-Pérou, supra* note 137 art 5 al. 2; V.a. *Traité de libre-échange et d'investissement conclu entre les États-Unis et le Pérou*, article 10.5 («Norme minimale de traitement»).

¹⁵⁷ Le fait d'assimiler la norme du TJE au standard minimal international doit permettre d'harmoniser un niveau de pratique juridique acceptable pour l'ensemble des États. Une norme coutumière est le résultat de la conjonction d'une pratique effective et de l'acceptation par les États du caractère juridique – et donc obligatoire – des conduites constitutives d'une telle pratique (*opinio iuris sive necessitatis*). Voir Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 284.

les droits économiques et les intérêts des étrangers. »¹⁵⁸. Ces principes généraux – une fois circonscrits à un contexte précis ou à une conjoncture nationale particulière – sont pourtant loin d’être clairs. Ils n’offrent pas toujours la précision requise par le droit relatif à la protection des investissements étrangers. On pourrait croire qu’en vertu des principes de droit international coutumier qui protègent les droits économiques et les intérêts des étrangers l’État est tenu d’assurer aux investisseurs étrangers des garanties en matière de contestations judiciaires devant les tribunaux domestiques tout en octroyant, le cas échéant, une compensation monétaire appropriée. Cependant, lorsque la norme du TJE est interprétée au regard du standard minimal de traitement du droit international coutumier cela n’accorde pas n’importe quelle protection aux droits économiques et aux intérêts des étrangers. À ce titre, le droit international coutumier ne contient pas un devoir général de « transparence » à l’égard des investisseurs¹⁵⁹ ni une prohibition contre toute forme de différenciation pouvant être produite par les réglementations fondées sur l’origine nationale¹⁶⁰. En soi, la coutume internationale n’aborde pas ces éléments. C’est d’ailleurs cette position qui est officiellement retenue par les trois pays membres de l’ALENA¹⁶¹.

Historiquement, comme c’est le cas dans plusieurs affaires arbitrales, les États s’appuient souvent sur les décisions prononcées à l’effet que la norme du TJE est un principe qui tire son origine et sa force obligatoire du standard de traitement évoqué

¹⁵⁸ *Modèle de Traité bilatéral d’investissement des États-Unis 2012*, supra note 155, Annexe A.

¹⁵⁹ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada* CNUDCI, Décision rendue le 31 Mars 2010 au para 231 (Orrego Vicuña, Dam, Rowley).

¹⁶⁰ *Methanex Corporation c. États-Unis* CNUDCI, Décision Finale du Tribunal sur la Jurisdiction et le fond, 3 Août 2005, Partie IV, Chapitre C, aux paras 14-16.

¹⁶¹ Dans l’affaire *Loewen*, le Canada soumet un mémoire à titre d’amicus curiae dans lequel il reconnaît (au même titre que le Mexique) que le libellé *du traitement équitable et équitable* formulé de manière autonome (tel que contenu dans d’autres traités) ne constitue pas une règle de droit international coutumier. *Loewen Group, Inc. c. États-Unis*, CIRDI Affaire ARB(AF)/98/3, Seconde soumission du Canada conformément à l’article 1128 de l’ALENA, 27 Juin 2002 au para. 18. Voir aussi les mémoires déposés par les États-Unis et le Mexique dans *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, CNUDCI Seconde soumission des États-Unis d’Amérique conformément à l’article 1128, 12 juin 2015 aux paras 10 à 20 et *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, CNUDCI Seconde Soumission du Mexique conformément à l’article ALENA 1128, 12 juin 2015.

dans l'arrêt *Neer* de 1926¹⁶². En l'espèce, cette sentence précise que pour constituer une violation du standard minimal de traitement le préjudice supporté par un ressortissant étranger doit être le résultat d'un acte ou d'une omission « suffisamment flagrant et choquant »¹⁶³. De cette façon, les États soutiennent souvent que, pour être considérée illicite au regard du standard minimal de traitement, une conduite doit représenter une « faute grave », une « injustice manifeste », ou dans les termes classiques de la décision *Neer*, « un outrage, une mauvaise foi, une négligence volontaire ou une insuffisance d'action si éloignés des normes internationales que toute personne raisonnable et impartiale pourrait facilement reconnaître son caractère délictueux »¹⁶⁴. À ce titre, cela pourrait être le cas des actes « délibérément mauvais » ou « réellement malveillants »¹⁶⁵ qui ne pourraient être défendables par un membre raisonnable de la communauté internationale. En tenant compte des principes coutumiers du droit international, le seuil de violation de l'obligation du TJE semble très élevé puisque l'acte illicite et le préjudice subis doivent être le résultat d'un « acte suffisamment grave et choquant pour être reconnu comme tel par l'ensemble des États »¹⁶⁶. On sait que pour être valide, une obligation coutumière doit être acceptée et reconnue par la société des États dans son ensemble et ce, sur une longue période de temps. Compte tenu que la norme coutumière évolue à partir d'un processus sociologique long et complexe propre à la société internationale, pour qu'un acte soit considéré comme une « violation coutumière » son caractère illicite ou répréhensible doit être à ce point « flagrant ou manifeste » qu'on pourrait croire qu'il

¹⁶² *Neer & Pauline c. Mexique*, *supra* note 46 au para 4. *Glamis Gold*, *supra* note 147 aux paras 620 à 622. Dans les affaires *Pope & Talbot c. Canada* et *Glamis Gold c. États-Unis* ce fut la position défendue par les États défendeurs. Voir *Pope & Talbot Inc c. Canada*, CNUDCI, Décision sur les Dommages rendue le 31 Mai 2002 aux paras 57 à 60 (Dervaird.Greenberg. Belman). Dans l'affaire *Pope Talbot*, toutefois, le Tribunal a rejeté cette conception et a déclaré qu'il y avait eu une évolution des concepts de droit international coutumier.

¹⁶³ *Neer & Pauline c. Mexique*, *supra* note 46 aux paras 4, 60, 62.

¹⁶⁴ *Ibid.*, *Pope & Talbot Inc c. Canada* (dommages) aux paras 57 à 60. *Neer & Pauline c. Mexique*, *supra* note 46 aux paras 4, 60 et 62.

¹⁶⁵ *Saluka c. République tchèque*, Décision partielle, *supra* note 91 au para 290.

¹⁶⁶ En référence au plaidoyer du Canada dans *Pope & Talbot Inc c. Canada* (dommages), *supra* note 116 aux paras 57 à 60. En l'espèce, le tribunal a toutefois rejeté cette conception et a déclaré qu'il y a eu une évolution des concepts de droit coutumier international qui doit être prise en compte.

soit difficile de statuer au non-respect des mesures promulguées par l'État à l'encontre des investisseurs étrangers¹⁶⁷. En vertu de ce raisonnement, on présume donc qu'une violation coutumière survient uniquement lorsqu'un traitement est suffisamment grave aux yeux de la communauté des États que l'on pourrait considérer que cela ait atteint un « seuil d'inacceptabilité » du point de vue international¹⁶⁸. Toutefois, ce n'est pas là l'opinion partagée par la majorité des tribunaux.

Pour la majorité des tribunaux, il n'est pas exclu de croire que le sens réel du « standard minimal de traitement » soit évolutif au regard de l'évolution du droit de l'investissement et du droit international¹⁶⁹. Selon plusieurs tribunaux arbitraux, afin d'interpréter le sens donné au standard minimal de traitement il faut retenir l'arrêt *Roberts* de 1926¹⁷⁰. Dans l'affaire *SAUR*, le Tribunal est explicite à cet égard. Selon lui, la décision *Roberts* définit mieux le niveau minimal exigé en « conformité avec les standards d'aujourd'hui » puisqu'elle donne une meilleure idée du fait qu'avec le temps, les niveaux de protection du droit coutumier peuvent « évoluer et se perfectionner »¹⁷¹. D'autant plus que, dans le contexte mondial actuel, l'intensité et la rapidité des relations internationales font en sorte que la durée nécessaire pour la formation d'une règle coutumière est considérablement réduite. Comme le reconnaissent certains, dans notre monde contemporain, les normes coutumières doivent répondre aux changements sociaux et économiques rapides, mais aussi à

¹⁶⁷ Pour constituer une violation du standard minimal de traitement coutumier un acte étatique doit constituer un « déni de justice flagrant ou manifeste, une injustice flagrante, une absence totale de procédure régulière, une discrimination évidente, une absence manifeste de bonne foi ». *International Thunderbird c. Mexique*, Décision, 26 Janvier 2006 (van den Berg, Wälde, Portal Ariosa) au para 194. [*Thunderbird c. Mexique*]. Todd Weiler, *supra* note 31 à la p 183.

¹⁶⁸ *SD Myers c. Canada*, *supra* note 117 au para 263. V.a. *Pope Talbot c. Canada*, *supra* note 139 au para 108.

¹⁶⁹ *El Paso c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 110 au para 336.

¹⁷⁰ *Roberts c. Mexique*, *supra* note 49. C'est également ce genre de position qui a été retenu par les arbitres dans l'affaire *Mondev International Ltd. c. États-Unis*, CIRDI, Affaire No. ARB(AF)/99/2 aux paras 116 et 125 (Stephen, Crawford, Schwebel) [*Mondev c. États-Unis*].

¹⁷¹ *Saur International c. République argentine*, *supra* note 108 aux paras 493-494.

l'accélération du progrès et des techniques contemporaines¹⁷². On retient donc que la norme minimale coutumière est loin d'être figée ou dépassée. Après tout, comme le rappellent plusieurs tribunaux, ce qui était outrageux, flagrant ou injuste en 1920 n'est peut-être plus considéré de la même façon aujourd'hui¹⁷³. En substance, comme le témoigne l'interprétation retenue dans l'affaire *Pope & Talbot*, la norme coutumière de traitement peut très bien constituer, de manière concrète, une sorte de protection internationale contre les abus ordinaires et relativement fréquents de l'État et sujets à être qualifiés par des actes plus sournois comme par exemple des pratiques administratives déloyales¹⁷⁴. C'est d'ailleurs cet argument qui est régulièrement invoqué par les investisseurs étrangers. Ainsi, en s'appuyant sur le fait que le droit international coutumier est évolutif au regard de la réalité contemporaine des échanges économiques, les investisseurs étrangers soutiennent l'idée selon laquelle la norme minimale de traitement englobe des obligations « interdépendantes et dynamiques » prévoyant, entre autres, une protection contre les actes qualifiés d'« arbitraires » ou de « discriminatoire » de même que certains droits en matière de transparence voire même de prévisibilité du cadre juridique national¹⁷⁵. Loin de donner raison à ce type d'argument, les tribunaux arbitraux s'entendent néanmoins pour établir que la norme minimale de traitement international inclut désormais une protection à l'endroit des « attentes légitimes et raisonnables » sur lesquelles se fondent les investisseurs pour réaliser leurs investissements¹⁷⁶.

¹⁷² J Charpentier, «Tendances de l'élaboration du droit coutumier international public », dans SFDI (éd), *L'élaboration du droit international public*, Paris: Pedone, 1975, à la p 109.

¹⁷³ Voir *Mondev c. États-Unis*, *supra* note 170 aux paras 108, 116 et 123.

¹⁷⁴ *Pope Talbot c. Canada*, *supra* note 139 au para 181

¹⁷⁵ *Glamis Gold c. États-Unis*, *supra* note 147 aux paras 542, 561 à 564.

¹⁷⁶ *Ibid.*, au para 621.

2.6. Conclusion du chapitre

À l'issue de nos observations, nous avons étudié la signification courante des termes « traitement juste et équitable ». La « texture ouverte » de ces termes fait en sorte que, sur le plan normatif, une large gamme d'interprétations est possible. Il est inévitable de faire intervenir une certaine part de déduction afin de donner un sens à la règle du traitement juste et équitable. Ainsi, les tribunaux d'arbitrage présument souvent que la règle du TJE a pour corollaire plusieurs principes du droit international dont la prohibition de l'arbitraire et de la discrimination. Mais voilà, comme nous l'avons vu, dans le contexte de la libre-circulation des investissements, le caractère « arbitraire » ou « discriminatoire » des prérogatives de l'État n'est pas toujours évident à saisir.

Nous avons identifié plusieurs formulations de la règle du traitement juste et équitable (« TJE ») telle qu'énoncée à l'intérieur des traités de libre-échange et d'investissement. À l'issue de nos observations on constate que la règle du TJE n'est pas définie de manière précise dans les traités. Comme l'affirment certains, « La reconnaissance du caractère clair ou obscur d'un texte implique toujours une interprétation implicite de celui-ci »¹⁷⁷. Le fait que les investisseurs étrangers puissent bénéficier d'un traitement juste et équitable dépend nécessairement de la signification particulière que l'on donne à un tel traitement compte tenu des circonstances en l'espèce. En réalité, l'application de la norme du TJE dépendra de la qualification des « faits » qui seront reprochés à l'État et surtout du sens qui leur sera donné par les tribunaux d'arbitrage¹⁷⁸.

Nous avons également examiné les formulations qui combinent la règle du TJE à la règle de protection et de sécurité complètes (PSC). Comme nous l'avons

¹⁷⁷ Michel van Kerchove, dir, *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Faculté universitaires St-Louis, Bruxelles, 1978 à la p 37.

¹⁷⁸ Voir Christoph Schreuer & Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2^E Éd. Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 3. [Christoph Schreuer & Rudolf Dolzer].

observé, la jurisprudence internationale s'entend généralement pour reconnaître que la norme PSC prescrit une obligation de diligence raisonnable à la charge des organes de l'État. Le type de protection accordée aux « biens » étrangers laisse toutefois planer une certaine ambiguïté compte tenu que l'« investissement » se caractérise par différents facteurs intangibles et immatériels. Cela nous a amené à analyser les formulations qui combinent le TJE aux « droits de propriété » et à la bonne gestion des activités économiques (gestion, entretien, utilisation, jouissance, cession, etc.). Ce faisant, nous avons étudié certains types de formulations qui tendent à accorder une protection juridique plus étendue où il semble que, comme l'ont observé certains, « L'accent n'est plus mis sur la sécurité de l'opérateur, mais sur la rentabilité de l'opération »¹⁷⁹. On voit notamment que l'obligation de diligence ne s'étend plus uniquement aux droits de propriété mais aussi aux avantages que les investisseurs peuvent en retirer, notamment en ce qui concerne leur jouissance et leur cessibilité.

Enfin, nous avons analysé les types de formulations qui conjuguent la règle du TJE au traitement « requis par le droit international ». Ce type de formulation permet d'apprécier le degré de conformité entre les pratiques internes et les exigences internationales. C'est donc en comparant les actes d'un État avec le « standard minimal de traitement international » que l'on peut établir s'il y a violation ou non d'accorder un traitement juste et équitable. Cependant, le sens exact du traitement juste et équitable des « investissements étrangers » fait toujours débat au regard des principes de droit international coutumier qui protègent les droits économiques et les intérêts des étrangers.

Il faut l'admettre, il est complexe, voire impossible, de soustraire un contenu normatif clair et prévisible à la règle du traitement juste et équitable. Cette norme générale n'établit pas d'indications précises quant à la protection juridique devant être accordée à l'investissement étranger et ne permet pas de préciser les obligations

¹⁷⁹ Carreau et Juillard, *Droit international économique*, supra note 40 à la p 433.

devant être respectées ni le comportement à adopter par les organes de l'État. En soi, la règle du TJE n'a pas de définition juridique proprement objective; elle réclame plutôt une grande part d'interprétation. En conséquence, lorsqu'elle est appliquée au regard des faits propres à chaque différend, la norme du TJE est souvent qualifiée par son caractère flexible et imprévisible. Comme le rappellent certains tribunaux, « l'étendue précise de la règle du TJE est laissée à l'appréciation de chaque tribunal arbitral »¹⁸⁰. En tenant compte des nombreuses significations de la norme plusieurs interprétations seront possibles. Alors que certains tribunaux internationaux soulignent le caractère à la fois imprévisible et asymétrique de la règle, nombreux soutiennent que sa signification objective relève des circonstances entourant chaque différend¹⁸¹ : Ainsi, dans l'affaire *Waste Management*, le Tribunal reconnaît que la norme est « flexible » et « doit être adaptée aux circonstances de chaque cas »¹⁸² ; dans l'affaire *Lauder*, le Tribunal souligne que la norme du TJE « demeure subjective et dépend fortement du contexte factuel »¹⁸³ ; et dans l'affaire *National Grid*, le Tribunal considère ni plus ni moins que cette règle consiste à examiner tous les faits d'un cas particulier pour aboutir à une solution jugée juste et légitime¹⁸⁴. Sans aller jusqu'à prétendre que la règle du traitement juste et équitable n'a pas de signification en elle-même, on doit néanmoins admettre que sa signification dépendra fortement des circonstances dans lesquelles elle sera invoquée.

¹⁸⁰ *Biwater Gauff Ltd c. Tanzanie*, CIRDI Affaire No ARB/05/22, Décision, 24 Juillet 2008 aux paras 593-95 (Hanotiau, Born, Landau).

¹⁸¹ *Idem* : « La notion de traitement juste et équitable n'est pas définie de manière précise dans les traités d'investissement (TBIs), mais semble donner à chaque tribunal arbitral beaucoup de latitude ». V.a. *Glamis Gold*, *supra* note 147 aux paras 542-543.

¹⁸² *Waste Management Inc c. États-Unis mexicains*, *supra* note 100 au para 99 (Crawford, Civiletti, Gómez). [*Waste Management c. Mexique*]. V.a. Le tribunal dans l'affaire *Total* ayant reconnu la « flexibilité inhérente » du traitement juste et équitable. *Total c. Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/04/1, Décision sur la responsabilité rendue le 27 Décembre 2010 au para 164 (Zuleta, Castellanos Howell, Cheng). [*Total c. Argentine*, Décision sur la responsabilité].

¹⁸³ *Ronald S Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 au para 292. Comme l'a conclu le Tribunal dans l'affaire *Lauder*, la norme de traitement juste et équitable servirait à prévenir ou à empêcher le type de discrimination qui équivaut à une injustice ou à une inégalité « dans les circonstances ».

¹⁸⁴ *National Grid c. Argentine*, CNUDCI, Décision 3 Novembre 2008 au para 168 (Rigo Sureda, Kessler, Garro).

Alors que l'on convient d'établir que la règle du traitement juste et équitable n'a pas de définition juridique claire, les tribunaux d'arbitrage ont, malgré tout, cherché à lui donner un « sens concret » au regard des circonstances propres à chaque différend. Par conséquent, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir comment la règle du TJE est-elle appliquée de manière concrète et surtout quel type de protection accorde-t-elle, dans les faits, aux investisseurs étrangers.

CHAPITRE III

APPLICATION DE LA RÈGLE DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : LA QUESTION DES ATTENTES LÉGITIMES

Il est devenu évident qu'au cours des dernières années le point tournant du contenu normatif de la norme du traitement juste et équitable réside dans les attentes légitimes et raisonnables des investisseurs¹⁸⁵.

Dans ce chapitre, nous examinerons les différentes interprétations de la règle du traitement juste et équitable (ci-après « TJE ») qui tendent à ériger la notion des « attentes légitimes » en tant que raisonnement juridique incontournable. Bien que cette notion ne constitue pas une obligation internationale, elle est souvent appliquée par les tribunaux internationaux d'arbitrage pour donner un sens à la règle du TJE. Par conséquent, deux questions fondamentales se posent. La première est celle de déterminer quels sont les fondements juridiques sur lesquels s'appuie la notion des attentes légitimes? La seconde est celle de savoir dans quelle mesure les tribunaux d'arbitrage donnent-ils effet à une telle notion?

3.1. Introduction à la notion des « attentes légitimes »

L'essor de la notion des « attentes légitimes » témoigne de l'évolution progressive du discours jurisprudentiel. Comme l'a d'abord démontré l'affaire *Metalclad c. Mexique*, les tribunaux ont historiquement accordé une importance à la « confiance légitime » que porte un investisseur étranger à l'endroit des organes du gouvernement¹⁸⁶. Reprenant les arguments qui leur étaient soumis par les

¹⁸⁵ *El Paso c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 110 au para 339.

¹⁸⁶ *Metalclad c. États-Unis du Mexique*, (ALENA) CIRDI Affaire No. ARB(AF)/97/1, Décision 30 août 2000 au para 108 : «The Tribunal paid particular regard to the investor's justified reliance on the Government's representations regarding the permit ». [*Metalclad c. Mexique*].

investisseurs, les tribunaux en sont venus à examiner de manière attentive les « ententes légales » et les « arrangements antérieurs » pris par l'État à la faveur de la réalisation de certains investissements. Certains en sont venus à prohiber la subrogation ou l'« éviscération » de telles ententes, lorsqu'un investisseur démontrait qu'il s'était fondé sur celles-ci pour investir sur le territoire d'un État.¹⁸⁷

Mais c'est dans le cadre de l'affaire *Tecmed c. Mexique* que le discours jurisprudentiel qualifie pour la première fois la norme de traitement juste et équitable au regard de la notion des « attentes légitimes ». Au moment où il examine les circonstances entourant le non-renouvellement d'un permis nécessaire à l'exploitation d'une décharge de produits dangereux, le Tribunal porte une attention particulière sur les relations juridiques entretenues entre l'investisseur *Tecmed* et un organe de la Municipalité d'Hermosillo dans l'État de Sonora¹⁸⁸. Aux fins de l'interprétation de la règle du TJE, le Tribunal tient compte de certains principes du droit international, tel que la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* qui, à son avis, lui permettent d'apprécier la conformité des actes de l'État mexicain. Dans un raisonnement qui deviendra célèbre, le Tribunal considère qu'en vertu du principe de bonne foi,

L'investisseur étranger s'attend à ce que l'État hôte agisse de manière cohérente, sans ambiguïté et de manière totalement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger afin que ce dernier puisse connaître, au préalable, toutes les règles et règlements qui régiront ses investissements ainsi que les objectifs des politiques et des pratiques administratives pertinentes pour pouvoir planifier son investissement et se conformer aux réglementations qui lui seront applicables¹⁸⁹.

¹⁸⁷ *Ronald Lauder c. République tchèque*, supra note 86 au para 290. V.a. *CME c République tchèque*, CCS, CNUDCI, Décision partielle rendue le 13 Septembre 2001 au para 611(Kühn.Schwebel.Händl.) [*CME c. République tchèque*, Décision partielle].

¹⁸⁸ Il est une règle bien établie du droit international selon laquelle le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle revêt un caractère coutumier. *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Arrêt [1999] CIJ rec 87, par. 62.

¹⁸⁹ *Tecnicas Medioambientales SA (Tecmed) c. Mexique*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/00/2, Décision rendue le 29 Mai 2003 au para 154. [*Tecmed c. Mexique*].

En portant une attention particulière à ce raisonnement nouveau, on comprend que le Tribunal énonce certains critères qui fondent implicitement une partie de l'obligation juridique du TJE. À la faveur d'une interprétation extensive, le Tribunal introduit l'idée selon laquelle, en vertu de la règle du TJE et du principe de bonne foi, un investisseur étranger s'attend à ce que les pouvoirs publics de l'État hôte agissent de manière cohérente, prévisible, sans ambiguïté et de manière totalement transparente afin que celui-ci soit en mesure de planifier son investissement et de respecter les réglementations qui lui seront applicables. Bien que de tels critères ne soient aucunement requis pour constituer ou non une violation du TJE, le Tribunal n'hésite pas à justifier leur importance afin d'interpréter le « sens objectif » de la norme.

À la faveur du raisonnement posé par le Tribunal dans l'affaire *Tecmed*, la jurisprudence arbitrale développera rapidement la notion des « attentes légitimes » des investisseurs étrangers. À l'instar de plusieurs tribunaux d'arbitrage¹⁹⁰, nombreux sont les auteurs qui admettront que la protection des « attentes légitimes » constitue l'une des principales composantes de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable¹⁹¹. Pourtant, sur le plan normatif, le droit international ne lui confère aucune valeur juridique. Néanmoins, cette notion deviendra un raisonnement juridique incontournable lorsque vient le moment d'appliquer la règle du TJE. Comme nous le verrons dans les prochaines sections, les « attentes légitimes » seront souvent interprétées de manière extensive autant par les investisseurs qui entendent faire valoir leurs droits que par les tribunaux d'arbitrage qui doivent les appliquer. Mais

¹⁹⁰ *EDF c. Roumanie*, supra note 88 au para. 216; *Suez c. Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/03/17, Décision sur la responsabilité rendue le 30 juillet 2010 aux paras. 222-223 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken) [*Suez c. Argentine*, Décision sur la responsabilité]; V.a. *Saluka c. République tchèque*, supra note 91 au para 302.

¹⁹¹ Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, Boston, Kluwer Law International 2009, à la p 279 ; Rudolf Dolzer, « Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties » (2005) 39 *The International Lawyer* 87-106; Christoph Schreuer, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice » (2005) 6 *Journal of World Investment & Trade* 357 aux pp 374-380. Moshe Hirsch, « Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law », (2011) 12 *Journal of World Investment & Trade* à la p 783 et s. [Moshe Hirsch].

voilà, la première question qui se pose est celle de savoir sur quels fondements juridiques s'appuie la notion des attentes légitimes? La seconde est celle de savoir dans quelle mesure les tribunaux d'arbitrage donnent-ils effet à une telle notion?

3.2. L'environnement juridique de l'État hôte

L'essor de la notion des « attentes légitimes » témoigne en grande partie de l'attention particulière qu'accordent les tribunaux d'arbitrage à l'égard du contexte juridique de l'État. D'abord, comme l'a énoncé le tribunal dans l'affaire *Saluka c. République Tchèque*, il faut comprendre que la décision de réaliser un investissement sur le territoire d'un État repose sur une évaluation approfondie de l'environnement juridique et de l'ensemble des lois applicables aux activités économiques¹⁹². Compte tenu de l'importance des investissements et du nombre de formalités administratives à remplir, la prise en compte de l'« environnement juridique » de l'État hôte – tel qu'il est au moment d'investir – constituerait une préoccupation fondamentale.

Lorsqu'un investisseur décide d'investir sur un territoire, les gouvernements par leurs lois, leurs règlements, leurs politiques ou leurs déclarations créent « délibérément » dans l'esprit de l'investisseur, certaines attentes quant à la nature du traitement qu'il peut anticiper de la part de l'État. Les « attentes légitimes et raisonnables » qui en découlent sont des facteurs « importants » qui influencent le choix initial d'investir ainsi que la façon dont l'investissement pourra être traité.¹⁹³ En ce sens, le contexte juridique est non seulement un facteur déterminant, mais il constitue « la base d'attentes légitimes étroitement liée à la norme de traitement juste et équitable ».¹⁹⁴

¹⁹² *Saluka c. République tchèque*, Décision partielle 2006, *supra* note 91 aux paras 301 et 302.

¹⁹³ *Suez c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 190 aux paras 222-223.

¹⁹⁴ *Ibid.*, au para 223. V.a. *Saluka c. République tchèque*, *supra* note 91 aux paras 301 et 302.

Aux yeux des investisseurs, les transformations soudaines ou imprévisibles du cadre juridique (législatif et réglementaire) entraînent des effets négatifs sur les droits de propriétés et nuisent à la protection essentielle de l'investissement. Pour certains tribunaux, au moment d'investir, les investisseurs s'attendraient ainsi à ce que certaines conditions soient normalement respectées pour qu'il puisse y avoir une réelle planification de l'investissement sur le long terme. Comme le suggère le tribunal dans l'affaire *Total c. Argentine*, la stabilité (i), la cohérence (ii), la prévisibilité (iii) ainsi que la transparence (iv) de l'ordre juridique constituent des facteurs « importants » sur lesquels se fondent les plans d'affaires qui s'étendent sur un certain nombre d'années¹⁹⁵. Les autorités étatiques qui décident de conclure des traités relatifs à la protection des investissements doivent donc « être conscientes de l'importance qu'a pour les investisseurs le maintien d'un cadre juridique favorable à leurs activités »¹⁹⁶. Tenant compte de ce genre de raisonnements, il n'en fallait pas plus pour que la plupart des investisseurs entretiennent l'idée selon laquelle le traitement juste et équitable de l'investissement renvoie précisément à l'idée d'un cadre juridique stable, cohérent, prévisible et transparent¹⁹⁷. Cependant, aucun investisseur étranger ne pourra « légitimement » s'attendre à ce que le régime qui lui est applicable demeure immuable. Une telle interprétation serait à la fois inappropriée et irréaliste.¹⁹⁸ C'est pourquoi les tribunaux prescrivent un niveau de « cohérence raisonnable » entre l'évolution de l'ordre juridique et les attentes pris en compte par l'investisseur au moment où l'investissement est réalisé. Ainsi, comme l'a reconnu le Tribunal dans l'affaire *Saluka*, les attentes seront considérées « légitimes » à condition que l'investisseur soit en mesure de démontrer qu'il a investi sur un territoire en se fondant de manière « raisonnable » sur la conduite de l'État à la

¹⁹⁵ *Total c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 182 aux paras 114-115.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Abengoa c. Mexique*, CIRDI Affaire no. ARB(AF)/09/2, Décision rendue le 18 Avril 2013 Mémoire du demandeur Post-audience présenté le 14 Janvier 2013, para 334 et 370; V.a. *Cargill c. Mexique* Décision rendue le 18 Septembre 2009, CIRDI Affaire no. ARB(AF)/05/Z au para 251.

¹⁹⁸ *Saluka c. République tchèque*, *supra* note 91 aux paras 304-305.

lumière des circonstances¹⁹⁹. Dans cette optique, les États devront être conscients que leur ordre juridique fait naître chez les investisseurs certaines attentes qui seront prises en compte au niveau juridique.

3.3. L'interprétation extensive des déclarations et des représentations de l'État

Les décisions d'investir dans un pays plutôt que dans un autre s'appuient souvent sur les déclarations ou représentations officielles de l'État. Lorsque, par ses représentations officielles, un État crée des « attentes raisonnables » qui amènent des investisseurs à investir, il est considéré contraire à un traitement juste et équitable que celui-ci prenne des mesures postérieures qui nieront ou frustreront fondamentalement celles-ci²⁰⁰. Une fois qu'elles ont influencé la réalisation d'un investissement, les promesses qui « perdent de leur sens » seraient considérées par certains tribunaux comme contraires à la norme de traitement juste et équitable²⁰¹. Ainsi, l'investisseur qui justifie, de bonne foi, s'être raisonnablement fondé sur certaines « promesses » est en droit de faire valoir ses intérêts devant les tribunaux d'arbitrage. Il est normalement reconnu, que de les représentations officielles de l'État doivent correspondre à une « affirmation non ambiguë » ou une « assurance définitive, sans ambiguïté et répétée » de l'État à l'endroit d'une personne spécifique ou d'une entité corporative identifiable²⁰².

Mais en réalité, compte tenu des différentes circonstances dans lesquelles les agents de l'État exercent leurs fonctions²⁰³, les représentations officielles faites par

¹⁹⁹ *Ibid.*, aux paras 301 à 307.

²⁰⁰ Jeswald W. Salacuse, *The Law, of Investment Treaties*, Oxford, Oup, 2010 à la p. 231.

²⁰¹ « law must target an investor in some way that would render the promises used to attract foreign investment meaningless » cite dans *BG Group c. Argentine*, *supra* note 124 aux paras 231-233; V.a. *Total c. République argentine*, *supra* note 182 aux paras 114 et 116.

²⁰² Newcombe & Paradell, *supra* note 191 aux pp 280 et s.

²⁰³ Quelle que soit la position qu'ils occupent dans l'organisation de l'État, les représentants de l'État sont présumés agir en leur qualité officielle pour autant qu'ils exercent leurs fonctions. Voir

l'État peuvent prendre différentes formes dont la valeur juridique n'est pas toujours évidente à saisir. À ce titre, on peut citer les publicités officielles²⁰⁴, les plans de marketing²⁰⁵, les lettres d'intentions, les réunions officielles, les déclarations et autres documents officiels²⁰⁶. Quelle que soit la nature exacte de ces éléments, leur caractère officiel est utilisé comme moyen complémentaire d'interprétation afin d'attester de l'existence ou inversement de la violation d'un traitement juste et équitable. La mesure exacte dans laquelle les tribunaux donnent effets à de tels éléments dépend des circonstances propres à chaque cas d'espèce.

On pense notamment à l'affaire *Total c. Argentine*, dans laquelle le Tribunal a examiné les déclarations officielles faites par un représentant du gouvernement argentin lors d'une séance au Congrès. Ces déclarations attestaient de l'idée selon laquelle l'objet des engagements du Gouvernement était de renforcer l'afflux de capitaux en adoptant des règles permettant de prévenir les incidences négatives sur la valeur ou le rendement des investissements contractés dans le pays. Selon les déclarations du représentant, les règles formulées dans les traités signés par l'Argentine devaient permettre de créer un environnement juridique pouvant satisfaire les exigences des investisseurs étrangers et atténuer leurs préoccupations liées au rapatriement de leurs capitaux.²⁰⁷ En outre, il faut reconnaître que les nombreuses déclarations ou représentations officielles de l'État sont parfois susceptibles d'engager sa responsabilité internationale.

Lorsqu'il s'agit d'interpréter le sens de la règle du TJE, les tribunaux admettent souvent en preuve les déclarations officielles faites par le représentant du gouvernement qui viennent confirmer un certain nombre d'attentes légitimes. Ce fut

Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité*, *supra* note 85 art 4 et commentaires y relatifs aux pp 90-95.

²⁰⁴ *Enron c. Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/01/3, Décision sur la juridiction rendue le 14 janvier 2004 au para 70.

²⁰⁵ *Generation c. Ukraine*, Décision finale, *supra* note 147 aux paras 18.65-18.66.

²⁰⁶ *Ibid.*, aux paras 18.47 à 18.49.

²⁰⁷ *Total c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 182 note de bas de page 114.

le cas notamment dans l'affaire *Clayton c. Canada*, dans laquelle les déclarations et les notes prises par le Ministre canadien des Pêches et Océans, de même que les notes du journal de bord du chef de la Direction du programme d'évaluation environnementale ont été examinées devant le Tribunal²⁰⁸. Les déclarations et documents écrits montraient que le Ministre cherchait à allonger le processus d'évaluation environnementale et d'octroi de permis alors qu'il avait déclaré à l'investisseur qu'il mettrait en œuvre tous les moyens à sa disposition pour accélérer ce processus²⁰⁹. De l'avis de plusieurs, ces éléments peuvent même être utilisés pour engager la responsabilité juridique de l'État sans qu'il soit nécessaire de se référer explicitement à la norme du traitement juste et équitable²¹⁰.

Comme nous le verrons, il existe un certain consensus, auprès des tribunaux et de la doctrine, selon lequel les « engagements matériels spécifiques » constituent le véritable fondement juridique qui permet de donner effet à la norme du TJE²¹¹. Or, de tels engagements amèneront les tribunaux à scruter avec une plus grande vigilance la conduite de l'État.

²⁰⁸ *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, CPA Affaire no. 2009-04, Décision sur la juridiction rendue le 17 mars 2015 aux paras 169, 211 et 391.

²⁰⁹ Il s'agissait en l'espèce des notes de journal de M. Bruce Hood, chef de la Direction de l'évaluation environnementale et des grands projets du Ministère. *Idem*.

²¹⁰ *El Paso c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 110 au para 376.

²¹¹ *EDF c. Roumanie*, *supra* note 88 au para 217. V.a. *AES c. Hongrie*, CIRDI Affaire no. ARB/07/22, Décision rendue le 23 Septembre 2010 au para 9.3.31; *EnCana c. Équateur*, LCIA Affaire no. UN3481, CNUDCI, Décision rendue le 3 Février 2006 au para. 173. SW Schill, « Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law », dans SW Schill (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oup, Oxford, 2010 aux pp 151 à 175. V.a. Moshe Hirsh, *supra* note 191 aux pp 790 et s.

3.4. Les traités de libre-échange et d'investissement : Fondement matériel des droits consentis aux investisseurs étrangers

Les 3 304 traités portant sur l'investissement étranger qui existent de par le monde²¹² confèrent une base juridique inépuisable aux quelques 100 000 entreprises multinationales qui existent de par le monde²¹³. Compte tenu de son omniprésence en droit international, l'application de la règle du traitement juste et équitable reflète en grande partie l'essor de la notion d'« attentes légitimes et raisonnables ». Mais en réalité, l'essor de cette notion témoigne de l'attention particulière qu'accordent les tribunaux d'arbitrage à l'égard des nombreux arguments juridiques développés par les investisseurs étrangers. Comme c'est souvent le cas, les investisseurs réfèrent leurs « attentes » au contenu des traités qui leur accordent une protection juridique par l'entremise de la norme du TJE. À ce titre, on peut citer l'affaire *Eli Lilly c. Canada* dans laquelle le demandeur s'est appuyé sur le préambule de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) justifiant le fait que ce dernier reconnaissait le fait « d'assurer un environnement commercial prévisible propice à la planification d'entreprise et à l'investissement »²¹⁴. Dans cette affaire instituée sur le fondement de la règle du TJE²¹⁵, l'investisseur a allégué que ses droits de propriété avaient été affectés de manière particulièrement dommageable après que ses brevets d'olanzapine et d'atomoxetine eurent été autorisés et que le gouvernement eut modifié la *Loi sur les brevets*²¹⁶ afin d'abolir certaines subventions préalablement octroyées à ses produits²¹⁷. Le demandeur a notamment soutenu que les « changements imprévisibles et spectaculaires » de la loi avaient causé un préjudice substantiel à son

²¹² *CNUCED 2016*, supra note 4 aux pp 19-20-21; *CNUCED 2015*, supra note 3 à la p 115 et s.

²¹³ *CNUCED 2015*, supra note 3 à la p 146.

²¹⁴ *Eli Lilly and Company c. Gouvernement du Canada*, CNUDCI, Affaire Case No. UNCT/14/2, Mémoire du demandeur 29 septembre 2014, aux paras 272 et s. [*Eli Lilly c. Canada*, Mémoire du demandeur].

²¹⁵ Telle que formulée dans le chapitre 11 de l'ALENA article 1105 « Norme minimale de traitement ». *Eli Lilly and Company c. Canada*, CNUDCI Affaire No. UNCT/14/2 [van den Berg, Born, Bethlehem].

²¹⁶ *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.

²¹⁷ En l'occurrence, les produits Zyprexa et Strattera propriétés du demandeur.

investissement et a invoqué la protection de la règle du TJE formulé à l'article 1105 de l'ALENA (« Norme minimale de traitement »).²¹⁸ En ce sens, il est fréquent que les investisseurs fassent une interprétation extensive des objectifs énoncés dans les traités de libre-échange et d'investissement qui leur accordent une protection juridique. On n'a qu'à penser à l'affaire *ADF c. États-Unis* dans laquelle le demandeur soutenait que l'article 1105 (1) de l'ALENA devait être interprété « de manière à éliminer les obstacles au commerce des biens et des services ». Afin d'atteindre les objectifs de l'ALENA, l'investisseur alléguait que la norme de traitement devait être comprise « d'une manière large et libérale ». Au fond, les « attentes » de l'investisseur portaient sur l'abolition des barrières commerciales puisqu'à son avis, cela se conformait aux « objectifs de l'ALENA »²¹⁹. Bien qu'il soit important de souligner le fait que les « objectifs » conventionnels ne constituent pas des obligations juridiques au sens du droit, ils n'en demeurent pas moins pertinents au sens de l'interprétation de la norme du TJE.

Plusieurs tribunaux reconnaissent que le traitement juste et équitable peut être violé dans les cas où les organes publics agissent de manière « incohérente » ou « imprévisible » en appliquant la législation nationale et ce, de façon à causer un « préjudice matériel » à l'investisseur²²⁰. Comme nous le verrons, dans les prochaines sections, les préjudices naissent généralement de la violation des contrats ou autres ententes contractuelles reconnus en droit interne. Concrètement, les « attentes légitimes et raisonnables » des investisseurs étrangers renverront principalement aux situations dans lesquelles il existe un « engagement spécifique » explicitement consenti par les organes internes de l'État²²¹.

²¹⁸ *Eli Lilly c. Canada*, Mémoire du demandeur, *supra* note 214 aux pp 117 et s.

²¹⁹ *ADF Group Inc. c. États-Unis*, (CIRDI Affaire No. ARB(AF)/00/1), Décision rendue le 9 janvier 2003 au para 69 (Feliciano, de Mestral, Lamm). Ce raisonnement fût rejeté par le tribunal d'arbitrage.

²²⁰ *Ronald Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 aux paras 290 à 298; *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 aux paras 42 et 58; *CME c. République tchèque* *supra* note 187 au para 611.

²²¹ *El Paso c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 110 au para 376.

3.5. Les engagements spécifiques pris en droit interne

En principe, la responsabilité de l'État est engagée par tout comportement incompatible avec ses obligations internationales²²². Or, dans la réalité, il semble que la violation des obligations contractuelles et des autres engagements spécifiques pris en droit interne soit couramment invoquée pour engager la responsabilité juridique internationale de l'État. Dans la plupart des différends, il semble même que les tribunaux viennent à interpréter la nature et l'objet des actes juridiques de l'État (permis d'exploitation, contrats d'État, contrat de distribution, engagements spécifiques, etc.). Le fait que des engagements contractuels de droit interne puissent voir leur licéité examinée au niveau international pose la question de la valeur juridique de ces engagements au regard du droit international. Comme le reconnaît la Commission du droit international, les obligations internes et les obligations internationales de l'État peuvent parfois se confondre et prendre effet conjointement. Ainsi,

[...] pour les cas où le droit international prescrit à un État de se conformer aux dispositions de son droit interne [...] la conformité avec le droit interne est pertinente sous l'angle de la responsabilité internationale. Mais il en est ainsi parce que la règle de droit international la rend pertinente, par exemple en intégrant la norme de conformité avec le droit interne dans la norme internationale applicable ou un aspect de celle-ci. En particulier en ce qui concerne les préjudices causés aux étrangers et à leurs biens, les dispositions et l'application du droit interne seront souvent pertinentes dans l'optique de la responsabilité internationale.²²³

Le fait que des engagements contractuels de droit interne puissent voir leur licéité examinée au niveau international soulève des questions en ce qui concerne le chevauchement des ordres juridiques nationaux et internationaux. La première question qui se pose est notamment celle de savoir dans quelle mesure les engagements de droit interne permettent-ils d'engager la responsabilité juridique

²²² Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 85 art 3 et commentaires y relatifs à la p 85.

²²³ *Ibid.*, à la p 82.

internationale de l'État sur la base de la violation de la règle du TJE? Autrement dit, dans quelle mesure la règle du TJE pourra-t-elle donner effet aux engagements contractuels de droit interne? Comme nous le verrons, la règle du TJE et les engagements spécifiques reconnus en droit interne prendront souvent effet conjointement, ce qui rendra plus floue la distinction entre droit interne et droit international, et ce qui rendra également plus floue la distinction entre les obligations primaires (la règle du TJE) de l'État et les règles secondaires de sa responsabilité.²²⁴

3.5.1. Les obligations contractuelles et autres engagements reconnus par la loi

Dans la plupart des systèmes juridiques nationaux, les obligations naissent des contrats ou de tout autre acte auquel la loi attache les effets d'une obligation. Pour la plupart des tribunaux, la protection juridique internationale accordée par la norme du TJE s'étend aux cas dans lesquels l'État a « explicitement assumé une obligation juridique » ou a pris un « engagement particulier » en vertu duquel l'investisseur est en droit de justifier légalement ses droits²²⁵. En matière contractuelle on pense aux contrats d'États ou contrats publics (ex : contrats d'approvisionnements, contrats de distribution, contrats tarifaires, etc.). En matière légale, on se réfère principalement aux licences ou permis d'exploitation délivrés par les autorités étatiques.²²⁶ Règle générale, les tribunaux reconnaissent que les actions ou omissions ayant pour effet de rendre « ineffectifs des droits substantifs » sont présumées enfreindre l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable²²⁷.

Dans les faits, les organes de l'État sont présumés enfreindre la norme du traitement juste et équitable lorsqu'ils abrogent ou modifient (ex : par un décret ou

²²⁴ *Ibid.*, à la p 162.

²²⁵ *Total c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 182 au para 117.

²²⁶ *CNUCED 2015*, *supra* note 3 aux pp 115 et s.

²²⁷ *Total c. Argentine*, *supra* note 182 aux paras 114 et 116. V.a. *CME c. République tchèque*, *supra* note 187 au para 611.

par une loi) une obligation juridique ou un engagement particulier consenti à un investisseur étranger, de façon à porter atteinte à ses investissements²²⁸. À ce titre, les affaires arbitrales concernant l'Argentine offrent des exemples éloquentes de changements d'ordre juridique contraires à la norme du TJE. Alors qu'il traversait l'une des pires crises financières et monétaires de son histoire, l'État argentin s'attaqua au déficit de sa balance commerciale en adoptant une série de mesures destinées à résorber l'inflation²²⁹. Ainsi, on se rappellera sans doute des affaires *CMS c. Argentine*²³⁰, *Suez, Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*²³¹ et *Total c. Argentine*²³² (pour ne nommer que celles-ci) lors desquelles plusieurs obligations contractuelles et autres engagements spécifiques ont été substantiellement modifiés par le gouvernement argentin. Dans ces affaires, la violation des engagements contractuels pris antérieurement par l'État fut jugée en violation des « attentes légitimes et raisonnables » en vertu desquelles les investisseurs s'étaient fondés pour réaliser leurs investissements. Leurs « attentes » étaient notamment incarnées dans la *Loi No. 23.696* remontant à 1989 portant sur la privatisation des services publics d'aqueduc et dans la *Loi No 24.076* datant de 1992 portant sur la privatisation du secteur gazier. On se rappelle du contexte particulier dans lequel certaines « attentes » ont été refoulées. Pour résumer, dans le sillage de la crise sociale et économique des années 2000, le gouvernement argentin adopta des mesures légales²³³ et réglementaires²³⁴ qui imposaient certaines restrictions sur les transferts financiers qui furent appliquées parallèlement à une pesosification et à un rééchelonnement des dépôts en dollars

²²⁸ *Ronald Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 au para 290.

²²⁹ À ce titre, voir Rémi Bachand, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : Enjeux pour la gouvernance globale » Éditions Pedone, Paris, 2010.

²³⁰ *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/01/8, Décision rendue le 12 mai 2005 (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek) [*CMS c. Argentine*].

²³¹ *Suez c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 190.

²³² *Total c. Argentine*, Décision la responsabilité, *supra* note 182.

²³³ Loi n° 25.344 du 19 octobre 2000, Loi n° 25.561 du 6 janvier 2002, Loi n° 25.790 du 22 octobre 2003.

²³⁴ Décret No. 669/2000 du 4 août 2000, Décret n° 1570/01 du 3 décembre 2001, décret n°293/02 du 14 février 2002, décret n°1090/02 du 6 juin 2002, Résolution 308/02 du 20 août 2002, décret n° 311/03 du 4 juillet 2003.

américains. À la suite de ces mesures, les actes des organes publics furent jugés contraires à la norme du TJE compte tenu de la violation de certains engagements spécifiques contractés préalablement en faveur des investisseurs étrangers. Les mesures contestées renvoyaient plus spécifiquement aux dispositions formulées dans les contrats publics (contrats d'achat, contrats de distribution, contrats d'exploitation) stipulant entre autres, que certaines structures tarifaires ne seraient ni gelées, ni régulées par l'État.

Dans l'affaire *CMS*, le contrat de distribution spécifiait notamment que, dans l'éventualité où un mécanisme de contrôle des prix contraindrait le titulaire à ajuster le tarif à un niveau inférieur, ce dernier aurait droit à une indemnité²³⁵. Dans l'affaire *Suez, Vivendi S.A.*, l'article 5.1 du contrat de concession enjoignait notamment le gouvernement à « utiliser tous les moyens à sa disposition » pour maintenir l'exécution du contrat²³⁶. Enfin, dans l'affaire *Total*, les dispositions contractuelles des concessions cédées à l'investisseur étranger (Contact 19.944 et Contrat *Acta Acuerdo*) furent appliquées. Ces dispositions prévoyaient notamment le privilège de transférer librement les profits tirés de l'exploitation et de la commercialisation d'hydrocarbures et fixait une exemption de 70% des restrictions sur les transferts en monnaie étrangère. À défaut de respecter ces conditions une indemnisation intégrale s'appliquerait en fonction d'un prix prédéterminé par le marché.²³⁷

Les exemples précités confirment l'attention particulière que peuvent accorder les tribunaux d'arbitrage à l'endroit des engagements spécifiques pris par un État. Comme c'est souvent le cas dans l'examen des violations d'ordre contractuel, l'objet des engagements reconnus en droit interne est régulièrement interprété comme étant protégé par la norme du traitement juste et équitable sans pour autant qu'il soit démontré que l'État ait effectivement adopté un comportement contraire à un traité ou

²³⁵ *CMS c. Argentine*, *supra* note 230 au para 145.

²³⁶ *Suez c. Argentine*, *supra* 190 au para 233.

²³⁷ *Total c. Argentine*, *supra* note 182 aux paras 355 et s.

à un principe général de droit international. Mais voilà, en réalité, il semble plutôt que les tribunaux tendent à garantir l'immutabilité des *acta jure gestionis* pris en droit interne afin de statuer sur la violation de la norme du TJE. Pourtant, en substance, la violation d'un contrat n'est pas la même chose que la violation d'une obligation internationale inscrite dans un traité. C'est un exercice complètement différent d'attester de la violation d'un contrat ou d'un traité international. Comme le confirment certains tribunaux, la question des *acta jure gestionis* ne concerne aucunement l'exercice des « prérogatives publiques légitimes » de l'État. Il s'agit là de deux éléments complètement distincts. Les contrats commerciaux n'impliquent aucune obligation au-delà de l'application normale des contrats et de la conduite des parties contractantes, tel que le prévoit la loi actuelle de l'État hôte²³⁸. Mais voilà, la question est celle de savoir quel poids les tribunaux d'arbitrage accordent-ils aux obligations reconnues par la loi lorsque l'État procède à des changements législatifs ou réglementaires qui viendront en modifier la force obligatoire dans le temps.

3.5.2. Les clauses contractuelles de « stabilisation »

Souvent négociées dans une certaine indifférence, les clauses dites de « stabilisation » se retrouvent parfois dans les contrats d'exploitation contractés par les organes de l'État. Tandis qu'elles sont souvent négociées dans le cadre d'activités économiques qui s'échelonnent sur de longues périodes, ces clauses offrent aux entreprises étrangères la garantie la plus solide que leurs opérations seront à l'abri des pouvoirs publics pour une longue durée²³⁹. La plupart du temps, elles contiennent des

²³⁸ *Impregilo S.p.A. c. Islamic République of Pakistan*, CIRDI Affaire No. ARB/03/03, Décision sur la juridiction rendue le 22 Avril 2005 aux paras 266 et s. (Guillaume, Cremades, Landau).

²³⁹ Selon certains, ces dispositions offrent à l'entreprise étrangère la garantie théoriquement la plus solide que l'investissement sera rentable pour une longue durée : Ph Khan, « Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État » (1985) *Rec. Arb.* 641, 657.

droits imprescriptibles qui permettent d'assurer une certaine intangibilité du cadre juridique applicable à des activités précises²⁴⁰.

L'affaire *Tecmed c. Mexique* permet notamment d'illustrer cette réalité. Alors qu'il examinait les circonstances entourant le non-renouvellement d'un permis nécessaire à l'exploitation d'une décharge de produits dangereux, le Tribunal observa les engagements spécifiques pris entre la Municipalité de Hermosillo et la société Cytrar qui formulaient expressément la « durée indéterminée et irrévocable » du permis²⁴¹. Devant une telle disposition, le Tribunal donna gain de cause à l'investisseur. En vertu de l'engagement de l'organe municipal, le Tribunal estima que le demandeur était « légitimement en droit de s'attendre à des opportunités d'affaires et à des rendements sur le très long terme ». Ainsi, en raison de la violation des engagements spécifiques pris par l'organe local, ces attentes légitimes furent déçues et créèrent un préjudice économique à l'investisseur; préjudice qui demanda réparation²⁴². Face à de telles dispositions imprescriptibles, des questions se posent en ce qui concerne l'inopposabilité des nouvelles dispositions législatives ou réglementaires applicables à l'endroit des investisseurs concernés.

Comme le démontrent certains auteurs, les clauses de stabilisation sont souvent employées dans le but de mettre l'investisseur étranger à l'abri des changements législatifs ou réglementaires que l'État hôte peut obtenir de son droit interne²⁴³. Dans certains cas, ces clauses peuvent même aller jusqu'à stipuler expressément que les pouvoirs publics de l'État renonceront à réglementer certaines

²⁴⁰ En contrepartie, certaines clauses de stabilisation peuvent contenir des promesses en termes d'emplois et de développement économique local. Sur ce sujet, voir Robert Howse, « Freezing Government policy: Stabilization clauses in investment contracts » (2011) 3 : 1 Institut international de développement durable (IISD) 1. [Robert Howse 2011].

²⁴¹ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 aux paras 57, 170-171. Voir « cahier des charges » de l'acte notarié, para 11 (le permis du 4 mai 1994).

²⁴² *Ibid.*, aux paras 45 et 198.

²⁴³ Prosper Weil, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » (1974) *Mél. Rousseau, La communauté internationale*, Paris, Pédone à la p 308. [Prosper Weiler, 1974].

entreprises ou certains secteurs d'activités. En conséquence, l'État doit souvent restreindre l'exercice de ses compétences souveraines (législatives, exécutives ou administratives) et faire preuve de diligence dans le but de soutenir et de promouvoir les activités économiques en question.²⁴⁴

Plusieurs contradictions pourront apparaître dans le sillage de l'adoption de ces clauses de stabilisation. Estimant qu'elles sont isolées des réglementations contraignantes applicables à leurs activités, les sociétés commerciales pourront notamment être incitées à ne pas adopter les précautions nécessaires contre la survenance d'événements à risques (comme les catastrophes écologiques) et qui, en raison de leurs coûts économiques et sociaux importants, auraient autrement entraîné une réaction²⁴⁵. À ce titre, on peut citer l'un des différends les plus complexes et les plus longs : L'affaire *Chevron c. Équateur*²⁴⁶. Dans cette affaire, les tribunaux arbitraux ont examiné une série d'actions et d'omissions qui s'échelonnent sur de nombreuses années à la lumière des allégations selon lesquelles le gouvernement équatorien aurait violé l'Entente de règlement conclue en 1995 ainsi que celle conclue en 1998 entre le Ministère de l'Énergie et des Mines et l'entreprise TexPet (filiale de la société Chevron-Texaco). Ces engagements contractuels définissaient alors les termes de l'exploitation pétrolifère, ainsi que la protection juridique particulière à laquelle l'entreprise était assujettie. Les articles 5.1; 5.2; 9.3; et 9.4 de l'Accord de 1995, formulaient à l'époque le cadre légal applicable (pour le moins laxiste) concernant la responsabilité environnementale de l'investisseur américain. L'article IV de l'Entente de 1998 se lisait notamment comme suit :

²⁴⁴ Bernard Audit, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État : bilan et perspectives*, Centre d'étude et de recherche, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1988 à la p 24.

²⁴⁵ Robert Howse 2011, *supra* note 240 aux pp 5-6.

²⁴⁶ *Chevron c. Équateur* (II) CNUDCI CPA Affaire No. 2009-23, Décision Piste 1B rendue le 12 Mars 2015 (Veeder, Grigera Naón, Lowe).

« Le gouvernement équatorien et sa filiale *PetroEcuador* consentent à exempter et absoudre *TexPet* et *Texas Petroleum Company*, ainsi que tous leurs agents, employés, employés, dirigeants, administrateurs, bénéficiaires, successeurs, et filiales respectives de toute responsabilité et réclamation faites par le Gouvernement de la République de l'Équateur, pour les dommages environnementaux causés par *TexPet* ou pour toute obligation devant être assumée par *TexPet* en vertu du contrat de 1995. »²⁴⁷

Selon les termes des engagements de 1995 et 1998, les Parties convenaient que les droits du demandeur devaient être interprétés à la lumière de la législation équatorienne au moment où le contrat avait été réalisé. Face à de telles dispositions, la question qui se posait concernait l'inopposabilité des nouvelles dispositions législatives ou réglementaires applicables à l'endroit de l'entreprise étrangère. En ce sens, les effets de toute modification subséquente apportée à la législation équatorienne se trouvaient ainsi dénués de toute juridicité. Mais voilà, quelques années plus tard, dans un contexte où l'Équateur fut confronté à une série de catastrophes environnementales attribuables aux activités de la filiale *TexPet*, le Gouvernement promulgua successivement la *Loi environnementale* de 1999 (« Ley no. 37, 1999 »), la *Loi sur les forêts* de 2002 (« Ley forestal y de áreas naturales ») et la *Loi sur la biodiversité* de 2004 (« Ley de Biodiversidad ») afin de resserrer significativement l'encadrement juridique des activités pétrolières. C'est alors que le gouvernement équatorien demanda à la filiale *TexPet* d'assainir, de réhabiliter et de compenser l'État pour les actes de pollution des zones forestières et des cours d'eaux attribuables aux activités pétrolières.²⁴⁸ À la suite de l'imposition de ces nouvelles exigences, le demandeur déposa une requête en arbitrage invoquant la protection de la norme du TJE enchâssée à l'article 3 du TBI conclu entre les États-Unis et l'Équateur alléguant ainsi la valeur juridique de l'article IV de l'Entente de 1998 (ci-haut)²⁴⁹.

²⁴⁷ *Ibid.*, aux paras 33 et s.

²⁴⁸ Obligations en matière d'assainissement des eaux, des forêts et des sites pollués.

²⁴⁹ Voir *supra* notes de bas de page 118 et 137. Voir le traitement explicité en préambule, « le traitement désiré et souhaitable est celui du maintien d'un cadre juridique stable [...] qu'une utilisation maximale et efficace des ressources économiques ».

Les clauses de stabilisation sont souvent employées dans le but de mettre l'investisseur étranger à l'abri des changements législatifs ou réglementaires que l'État hôte peut obtenir de son droit interne²⁵⁰. Ces clauses stipulent que les pouvoirs publics doivent renoncer à réglementer certains domaines ou certaines activités, ce qui permet aux investisseurs étrangers de préserver l'environnement réglementaire favorable à leurs intérêts et ayant influencés leur décision d'investir sur le territoire d'un État. Cela crée un environnement légal relativement permissif et favorable à la compétitivité des entreprises concernées. Toutefois, le fait qu'un État souverain puisse s'engager à respecter de telles obligations imprescriptibles produit non seulement un coût politique très fort sur le long terme²⁵¹, mais soulève également certaines questions au niveau juridique. Ainsi, certaines voies s'élèvent pour affirmer que la violation d'un engagement spécifique pris en droit interne, même en présence de clauses de stabilisation, ne suffirait pas à elle-seule pour établir la violation de la règle du TJE et, de surcroît, la responsabilité juridique internationale de l'État. Comme le sous-entendent certains tribunaux et publicistes, en présence d'une violation contractuelle, il est nécessaire de démontrer l'existence de facteurs « supplémentaires » voire « exceptionnels » (par ex : déni de justice, méconnaissance ou application erronée des procédures judiciaires, abus de droit manifeste, etc.) afin d'appliquer la règle du TJE.²⁵² Comme nous le verrons dans la prochaine section, la jurisprudence suggère parfois la nécessité de tenir compte des principes de « justice naturelle » afin de donner un sens objectif à la règle du TJE ainsi qu'à la notion des « attentes légitimes et raisonnables » des investisseurs étrangers.

²⁵⁰ Prosper Weiler 1974, *supra*, note 243 à la p 308.

²⁵¹ Les gains en termes d'investissements et de création d'emplois que les gouvernements peuvent obtenir à court terme peuvent rapidement devenir illusoire à moyen terme. Les gouvernements doivent peser les avantages correspondants à de tels engagements et prévoir l'impact concernant le déclin de la confiance du public envers les institutions et le pouvoir politique en place

²⁵² *Ronald Lauder c. République tchèque*, *supra* 86 au para 29; *Glamis Gold c. États-Unis*, *supra* note 147 au para 620; *SD Meyers Inc c. Canada*, Décision partielle, *supra* note 117 au para 134.. V.a. Moshe Hirsh, *supra* note 191 aux pp 784, 806.

3.6. Des attentes fondées sur les principes de « justice naturelle »

A priori, il existe un certain nombre de sentences arbitrales qui laissent entendre que les principes de « justice naturelle » incarnent une part importante du contenu normatif de la règle du traitement juste et équitable²⁵³. Les attentes légitimes fondées sur les principes de « justice naturelle » s'inscriraient implicitement dans la norme de traitement juste et équitable. En ce sens, au moment d'investir sur le territoire d'un État, les investisseurs étrangers seraient légitimement en droit de s'attendre au maintien d'un ordre positif qui protège une idée plus large de « la justice et de l'équité ». Toutefois, comme nous le verrons, ces principes seront parfois interprétés de manière extensive par les tribunaux d'arbitrage.

3.6.1. Interprétation extensive des droits substantifs

De manière générale, les principes de justice naturelle renvoient à l'idée selon laquelle les investisseurs étrangers ne peuvent être privés arbitrairement de leurs investissements et de leurs droits de propriété sans avoir la possibilité de faire valoir leurs prétentions devant les tribunaux compétents (*audi alteram partem*)²⁵⁴. L'essentiel des principes de justice naturelle consiste dans l'idée que l'État doit offrir à un investisseur étranger l'occasion de faire valoir ses prétentions devant un tribunal indépendant et ce, en toute impartialité. L'impartialité des procédures judiciaires constitue une attente fondamentale. Cela signifie par exemple, qu'à la suite d'une révocation ou d'une déprivation des droits de propriété le processus de compensation monétaire doit être effectué de manière impartiale, sans égard à la nationalité du

²⁵³ *SD Myers Inc c. Canada*, supra note 117 au para 134. V.a. *Saluka c. République tchèque*, supra note 91 au para 307; *Waste Management*, supra note 100 au para 98; *Glamis c. États-Unis*, supra note 147 aux paras 762, 770, 788, 824. V.a. Ioana Tudor chap 5 « Actual Situations in which the FET Standard has been Applied » et Appendix VII « Situations in which FET has been Applied », dans Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²⁵⁴ Arnaud, André-Jean, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 aux pp 127-128.

demandeur. Les garanties d'accès et d'impartialité aux voies de recours internes ont d'ailleurs été rappelées par l'affaire *Waste Management II c. Mexique*, lors de laquelle le demandeur a invoqué la protection de la règle du TJE en alléguant que son investissement avait été assujéti à des « actes arbitraires » de la part de l'autorité municipale; actes qui étaient dépourvus à la fois de (i) légalité et de (ii) procédures d'appel²⁵⁵. Examinons quelque peu ces critères. D'abord, les actes de l'État doivent nécessairement être fondés sur une base juridique et légale. Les investisseurs auraient le droit de connaître les raisons et le fondement légal des mesures qui leur sont applicables, afin éventuellement de pouvoir les contester. Il convient alors que toute mesure adoptée par les organes de l'État (exécutif, législatif, administratif, judiciaire, municipal, etc.) doit être suivie des garanties de recours et d'épuisement des procédures d'appel conformément à un exercice « normal » d'un État de droit. Dans les faits, les investisseurs étrangers s'appuient souvent sur ces critères dans les cas où ils estiment qu'il leur est impossible d'épuiser de manière « effective » les recours judiciaires ou d'en appeler des décisions devant les plus hautes instances juridictionnelles du pays.

Comme l'établit le Tribunal dans l'affaire *Tecmed*, au moment de réaliser leurs investissements, les investisseurs étrangers « s'attendraient » à ce que l'État exerce ses pouvoirs judiciaires conformément à un « exercice normal » des recours juridiques. Cela inclut le droit de contester la violation d'un engagement contractuel devant les tribunaux compétents afin d'obtenir une compensation appropriée.²⁵⁶ Dès lors, la révocation ou la modification des droits (internes) consentis aux investisseurs étrangers exigerait non seulement une voie de recours mais aussi une possibilité d'être indemnisé en fonction du préjudice subis²⁵⁷. Les attentes fondées sur une compensation monétaire adéquate et effective seraient alors assimilées, de manière implicite, à la norme du TJE dans les cas de déprivation ou de révocation des droits

²⁵⁵ *Waste Management*, *supra* note 100 au para 87.

²⁵⁶ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 154.

²⁵⁷ *Affaire Elsi*, *supra* note 86 aux paras 50 et 59.

de propriété. Or, le problème que posent la question de la compensation des droits de propriété déçus ou révoqués réside dans son application concrète au regard des circonstances propres à chaque différend. L'une des questions qui se pose est celle de déterminer si l'abrogation des engagements contractuels déroge ou non aux règles en matière de compensation monétaire, tel que le prévoit l'exercice normal des procédures prévues par la loi. À ce titre, la question fut notamment posée dans l'affaire *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*. En l'espèce, des permis d'exploration et d'exploitation de forage gazier avaient été consentis à un « investisseur étranger », ce qui influença celui-ci à engager des frais importants²⁵⁸. Quelques mois plus tard, des préoccupations sociales et environnementales avaient mené le Gouvernement du Québec à décréter un moratoire à la suite duquel fut adoptée la *Loi limitant les activités pétrolières et gazières*²⁵⁹ qui confirma alors l'extinction des droits de propriété²⁶⁰. Sur le fond, la question qui se posait était celle de savoir si les dépenses encourues par l'investisseur – fondées sur la délivrance des permis d'exploration et d'exploitation – justifiaient une compensation monétaire, en vertu de la règle du TJE. Cette question n'admet pas de réponse juridique claire aux yeux de l'État québécois car selon lui, le fait qu'aucune « activité ou dépense substantielle » n'eut été réalisée rend injustifiable que le fait que le gouvernement verse une compensation aux détenteurs de permis. Comme le rappelle la Ministre des Ressources naturelles,

« [...] il est difficilement défendable vis-à-vis des contribuables [...] de verser des sommes d'argent substantielles à des compagnies qui n'ont fait que détenir passivement des permis d'exploration pendant une courte période de temps et dont l'activité principale s'est limitée à payer une rente annuelle d'une valeur minime. »²⁶¹

²⁵⁸ Une indemnisation de 250 millions \$ est ainsi réclamée pour « frais encourus » et dépenses liées aux activités d'exploration gazière. Voir *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, CIRDI Affaire No. UNCT/15/2, Avis d'intention de soumettre une réclamation à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain, déposé le 8 novembre 2012 au para 49.

²⁵⁹ *Loi limitant les activités pétrolières et gazières*, L.R.Q., chapitre M-13.1.

²⁶⁰ *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, CIRDI Affaire No. UNCT/15/2, Gouvernement du Canada Contre-mémoire, déposé le 24 juillet 2015, aux paras 359 et s.

²⁶¹ *Idem*. [Ministre des Ressources naturelles de l'époque, Mme Nathalie Normandeau]

Tenant compte de ce type d'argument, on note que la définition de l'« activité économique protégée » ou de l'« investissement protégé » est parfois difficile à établir. De plus, dans cette affaire, le Gouvernement québécois estima que la révocation des permis délivrés à l'investisseur n'atteignait pas « le seuil nécessaire de gravité » pour contrevenir à la norme minimale de traitement juste et équitable et ainsi entraîner une compensation monétaire²⁶². En outre, cette affaire nous rappelle à quel point l'équilibre demeure sensible entre le fait d'accorder une valeur juridique au contenu des « engagements spécifiques » de droit interne tout en interprétant la règle du TJE à la lumière des lois et des réglementations de l'État.

Quoiqu'il en soit, le droit à une justice compétente et impartiale ne devrait pas être altéré ou entravé par des changements d'ordre juridique, aussi légitimes soient-ils. L'accès à une justice impartiale et le droit d'épuiser les voies de recours judiciaires (première instance et appel) seraient donc des critères fondamentaux de justice naturelle. Le défaut de les respecter serait susceptible d'enfreindre la norme du TJE²⁶³. Toutefois, en réalité, dans le contexte entourant les changements d'ordre juridique, le fondement matériel des droits allégués par les demandeurs est sujet à être renversé. Faut-il le souligner, le droit de faire valoir des droits dépend de leur existence. Or, dans les circonstances entourant les changements d'ordre juridique, la loi ne reconnaît pas toujours leur existence²⁶⁴. Un tribunal domestique compétent pourra alors conclure qu'il y a absence de fondement juridique applicable (par ex : abrogation d'un contrat), invalidation ou inopérabilité des droits (par ex : s'il y a loi contraire). Advenant une telle situation, l'État doit parvenir à « justifier » ses actions (lois, décrets, mesures administratives, etc.) à l'aide d'arguments « suffisamment raisonnables » ou « justifiables » aux yeux du droit international. En ce sens, il est clair que l'appréciation des droits substantifs d'un investisseur étranger renverra à

²⁶² *Idem*.

²⁶³ *SAUR c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 108 au para 503.

²⁶⁴ *Waste Management*, *supra* note 100 au para 164.

l'examen du « bien-fondé » des actes ou des changements juridiques de l'État²⁶⁵. C'est pourquoi l'État doit motiver ses actions de manière « satisfaisante ».²⁶⁶

La question juridique fondamentale sera de savoir si, au regard des normes généralement acceptées de l'administration de la justice, un État a agi de manière malveillante ou a délibérément ignoré les principes de procédures régulières²⁶⁷. En premier lieu, la question sera de savoir si l'irrégularité des procédures conduit à un résultat qui « offense un sens de la propriété judiciaire »²⁶⁸. En second lieu, la question sera de savoir si une décision de ne pas compenser un investisseur frustré est « sérieusement inadéquate », « manifestement incorrecte » ou « discréditable », auquel cas on pourra conclure qu'un investisseur a été soumis à un traitement injuste et inéquitable.²⁶⁹ Par conséquent, à défaut de pouvoir contester de manière effective la déprivation de leurs droits au sein des tribunaux domestiques, les investisseurs étrangers pourront également recourir aux tribunaux internationaux d'arbitrage afin d'obtenir réparation pour « déni de justice »²⁷⁰. Le déni de justice pourrait donc être invoqué si les juridictions compétentes refusent de saisir un procès ou si elles font

²⁶⁵ Le droit international renvoie expressément à l'examen des règles de droit interne applicables : *Ahmadou Sadio Diallo*, Arrêt, [2010] CIJ rec 639 aux paras 70 et s.

²⁶⁶ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 125. V.a. *Ahmadou Sadio Diallo*, Arrêt, [2010] CIJ rec 639 au para 72. : La Cour condamne la « motivation générale et stéréotypée » de l'État, laquelle serait d'une « nature tellement vague » qu'elle ne saurait être d'aucune manière regardée comme satisfaisant aux exigences du droit. Comme nous l'avons vu au chap. 2, il s'agit des cas où un traitement est suffisamment grave aux yeux de la communauté des États que l'on pourrait considérer que cela ait atteint un « seuil d'inacceptabilité » du point de vue international ». V.a. *S.D. Myers c. Canada*, *supra* note 116 au para 263; *Pope & Talbot c. Canada*, *supra* note 139 au para 108.

²⁶⁷ *Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 au para 291 « Une application clairement mauvaise et malveillante de la loi. ». V.a. *Affaire Elsi*, *supra* note 86 au para 128.

²⁶⁸ *The Loewen Group c. États-Unis d'Amérique*, CIRDI, Affaire no. ARB(AF)/98/3, Décision rendue le 26 Juin 2003 au para 132 (Mason, Mustill, Fortier, Mikva).

²⁶⁹ *Mondev c. États-Unis*, *supra* note 170 au par 27. V.a. *Affaire Elsi*, *supra* note 86 au para 128.

²⁷⁰ Voir notamment dans l'affaire *Amco c. Indonésie*, dans laquelle le tribunal a exigé que l'investisseur étranger obtienne réparation pour « déni de justice », *Amco Asia et al. c. République d'Indonésie*, CIRDI, Décision du 31 mai 1990 172 *JDI* 1991, p 178 à 180.

une « mauvaise application claire et malveillante de la loi » ou administrent la justice d'une manière « sérieusement inadéquate »²⁷¹.

3.6.2. Interprétation extensive des droits procéduraux

Le principe de justice naturelle renvoie également à l'équité des procédures administratives ou judiciaires de l'État. Essentiellement, l'équité procédurale vise à assurer que les autorités publiques suivent une procédure objective et impartiale lorsqu'elles rendent leur décision. Ce principe comprend le droit d'être traité de manière équitable, objective et impartiale (*nemo judex in sua causa*) et s'oppose à toute forme d'ingérence ou d'abus de la part des officiers de l'État (ministres, élus, hauts-fonctionnaires, etc.)²⁷². Généralement, la jurisprudence internationale en vient à appliquer ce principe dans les cas où les organes de l'État font preuve d'un « manquement manifeste », d'une « ingérence » ou d'un « abus flagrant » au cours d'une procédure judiciaire²⁷³. Dans l'affaire *Renco c. Pérou*, de tels comportements avaient notamment été allégués alors que le demandeur tentait de prouver l'ingérence des autorités nationales péruviennes dans le processus d'octroi du renouvellement des licences d'exploitation. Selon le demandeur, « l'interférence inhabituelle » du gouvernement péruvien dans les procédures de l'Institut national pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle (INDECOPI) attestait d'une

²⁷¹ *Azinian, Davitian & Baca c. Mexique*, CIRDI Affaire No. ARB (AF)/97/2), Décision rendue le 1 Novembre 1999 aux paras 102-103 (Paulsson, Civiletti, von Wobeser).

²⁷² L'ingérence du Gouvernement péruvien avait été alléguée dans l'affaire *Renco*. Selon le demandeur, l'interférence inhabituelle du gouvernement péruvien dans les procédures de l'Institut national pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle (INDECOPI) attestait d'un « comportement brutal et déloyal » duquel aurait résultait la perte de l'investissement. Voir *infra*. au para 340

²⁷³ *Renco c. Pérou*, CNUDCI Affaire NoUNCT/13/1, Mémoire sur la renonciation, para 32, citant le para 340 du Mémoire du demandeur. Dans *Elsi*, la Cour propose une définition à la violation du principe de justice naturelle entendue comme étant lorsqu'un acte ou comportement arbitraire se substitue au règne de la loi, relève d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières et surprend le sens de la correction juridique. Voir *Affaire Elsi*, *supra* note 86 au para 128.

« interférence brutale et déloyale » laquelle résultait par l'abrogation des droits de propriété et par la perte de l'investissement effectué par Renco²⁷⁴.

L'équité des procédures demeure un concept abstrait duquel peut découler toute sorte d'exigences en ce qui a trait au comportement de l'État. Dans de nombreux cas, les tribunaux prescriront une certaine « transparence des procédures administratives »²⁷⁵ ainsi que l'observance de « préavis raisonnables »²⁷⁶. Dans d'autres cas, des raisonnements exigeront que le processus administratif fasse preuve de « franchise »²⁷⁷. Certains tribunaux condamneront les « délais injustifiés » de même que les « prétextes de formes » pouvant servir aux États afin de dissimuler les conduites « inadéquates » et contraires à la norme du TJE²⁷⁸.

Dans la plupart des cas, le principe d'équité procédurale s'applique en lien avec la notion des « attentes légitimes et raisonnables » et avec le respect des engagements contractuels de l'État. Ce fut le cas notamment dans l'affaire *Duke Energy c. Équateur*, alors que l'investisseur réussit à démontrer que les garanties de paiements n'avaient pas été respectées selon l'échéancier fixé par les agents du gouvernement. Bien que le Tribunal reconnut qu'une crise énergétique et économique majeure (extérieure à la volonté du Gouvernement) avait contribué à ce retard, il conclut que les engagements contractuels pris par les agents de l'État avaient créé des « attentes raisonnables » sur lesquelles s'était légitimement appuyé le demandeur pour être payé de manière régulière et sans délais.²⁷⁹

²⁷⁴ *The Renco Group c. Pérou*, CIRDI Affaire No. UNCT/13/1/Mémoire du demandeur sur la responsabilité, déposé le 20 février 2014 aux paras 340 et s.

²⁷⁵ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 aux paras 218-221.

²⁷⁶ Dans l'affaire *Amco Asia*, le tribunal a retenu l'argument de l'investisseur et a fait observer que le *due process* constituait un « principe général et fondamental » et que celui-ci incluait les « préavis raisonnables ». Voir Décision du comité *ad hoc* CIRDI du 16 mai 1986, *Amco Asia et al. c. République d'Indonésie*, JDI 1987. 174, obs. E. Gaillard au para 180.

²⁷⁷ Définition tiré de *Waste Management c. Mexique*, *supra* note 100 au paras 98.

²⁷⁸ *Azinian, Davitian & Baca c. Mexique*, *supra* note 271 aux paras. 102-103.

²⁷⁹ *Duke Energy c. Équateur*, Décision CIRDI Affaire No. ARB/04/19, Décision rendue le 18 août 2008 aux paras 347-348, 361 et 364 (Kaufmann-Kohler, Gomez, van den Berg) [*Duke c. Équateur*].

Dans un nombre croissant de différends, les tribunaux favorisent souvent une interprétation extensive des attentes en matière de transparence en lien avec la règle du TJE. Cela nous rappelle l'affaire *Tecmed c. Mexique*, dans laquelle les fonctionnaires de l'État avaient omis de révéler, dans leurs « échanges » avec l'investisseur, qu'ils avaient déjà décidé de ne pas renouveler un permis d'exploitation. En l'espèce, le Tribunal avait admis que la règle du TJE garantissait l'idée d'une transparence procédurale²⁸⁰. Comme le suggère le Tribunal, les investisseurs étrangers s'attendent à ce que l'État hôte agisse sans ambiguïté et soit totalement transparent dans ses relations, afin qu'ils puissent connaître à l'avance toutes les politiques, réglementations ou directives qui régiront les investissements, afin de pouvoir planifier leurs activités²⁸¹. Ainsi, le principe d'équité procédurale supposerait l'idée selon laquelle les organes publics doivent informer les investisseurs étrangers « suffisamment » à l'avance de leur intention d'adopter une mesure susceptible de modifier le cadre juridique applicable ou de porter atteinte à leurs investissements. Ce type de raisonnement fut notamment appliqué dans l'affaire *Copper Mesa*, alors que le Tribunal a jugé que les agents de l'État avaient résilié les concessions minières (conformément au droit interne) sans préavis « raisonnable »²⁸². Ce fut également le cas dans l'affaire *Metalclad c. États-Unis*, alors que le Tribunal jugea que le défendeur n'avait « pas réussi à assurer un cadre transparent et prévisible pour la planification et l'investissement », éléments « opportuns » dans l'espoir que le demandeur soit traité de manière juste et équitable²⁸³. À la faveur de ce type de raisonnement, les investisseurs étrangers pourront donc invoquer que, par son manque de transparence de cohérence ou de prévisibilité, l'État est sujet à contrevenir à son obligation d'assurer un traitement juste et équitable.

²⁸⁰ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 aux paras 218-221.

²⁸¹ *Ibid.*, au para 154. Les investisseurs étrangers s'attendent du même coup, à ce que l'État hôte agisse de façon cohérente, c'est-à-dire sans révoquer arbitrairement permis ou engagements préexistants sur lesquels les activités économiques.

²⁸² *Copper Mesa Mining Corporation c. Équateur*, CNUDCI CPA No. 2012-2 Décision rendue le 15 mars 2016 au para 6.66 (Cremades, Simma, Veeder). [*Copper Mesa c. Équateur*, *Décision*]

²⁸³ *Metalclad c. États-Unis du Mexique*, *supra* note 186 aux paras 76 et 99.

À l'instar de l'examen du respect des droits substantifs de l'investisseur (voir section 3.6.1.), l'examen de l'équité procédurale coïncide souvent avec l'appréciation du processus décisionnel et discrétionnaire de l'État. En effet, bien qu'il soit un droit et un privilège indéniable que l'État puisse exercer les prérogatives de sa souveraineté, conformément à une certaine discrétion²⁸⁴, ce dernier n'est pas à l'abri du contrôle juridique des tribunaux internationaux d'arbitrage. Dans de nombreux cas, l'application du principe d'équité procédurale renverra directement à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dont les officiers de l'État sont légalement investis. Lorsqu'ils exercent les prérogatives discrétionnaires que leur confère la loi, les officiers de l'État sont fréquemment soumis à l'examen de la licéité internationale de leurs actes ou de leurs décisions au regard du principe d'équité procédurale. Cette question fut notamment examinée dans l'affaire *Clayton c. Canada* qui concerne la décision prise par le Gouvernement canadien de refuser un projet d'exploitation visant une carrière et un terminal maritime. Cette décision lève le voile sur l'usage de certains pouvoirs discrétionnaires conférés aux officiers de l'État. En effet, alors qu'il eut à prendre en considération les préoccupations locales de sa population, le Ministre fédéral des Pêches et Océans usa de son pouvoir discrétionnaire afin d'allonger le processus d'évaluation environnementale et d'octroi de permis. La question qui se posa alors était celle de savoir si le Ministre avait, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, fait un usage arbitraire d'une prérogative qui lui était conférée par la loi. La question consistait à déterminer si le Ministre avait, face au principe d'équité procédurale, le pouvoir ou non de ralentir le processus d'évaluation environnementale et d'octroi de permis. Après avoir attesté de l'exercice « indu » et « inopportun » des pouvoirs discrétionnaires, le Tribunal admit que le Ministre fédéral n'avait pas remplie l'obligation d'équité procédurale sous-entendue par la norme du TJE.²⁸⁵ Ainsi, l'affaire *Clayton* rappelle que lorsqu'un agent ou un officier de l'État exerce

²⁸⁴ *Fraport AG c. Philippines*, CIRDI Affaire No ARB/03/25, Décision sur l'annulation rendue le 23 Décembre 2010 au para 236; *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, CIRDI Affaire No. ARB/05/8, Décision rendue de 11 Septembre 2007 au para. 332.

²⁸⁵ *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada*, *supra* note 208 aux paras 169, 211, 391.

les prérogatives discrétionnaires que lui confère la loi, ce dernier n'est pas à l'abri du contrôle judiciaire de ses actes. Or, cette affaire soulève certaines questions, particulièrement en ce qui concerne l'interprétation des justifications invoquées par les autorités publiques. Certes, il revient aux tribunaux internationaux d'arbitrage le rôle d'examiner l'exercice des prérogatives discrétionnaires de l'État, mais ce rôle doit être exercé avec une certaine retenue lorsque les faits en cause ne sont pas clairement illicites au regard du droit international. Il importe de le mentionner, dans l'affaire *Clayton*, des justifications fondées sur les critères de raisonabilité avaient pourtant été avancées par l'État canadien. Faut-il le préciser, les actions du Ministre furent fondées sur le climat d'incertitude entourant les conséquences sociales et environnementales du projet d'exploitation d'une carrière et d'un terminal maritime piloté par l'investisseur étranger. Cette situation faisant notamment intervenir une dimension encore plus particulière; celle de la prise en compte des préoccupations d'ordre public et d'intérêt général.

3.7. Conclusion du chapitre

Alors qu'il exerce ses prérogatives souveraines, l'État doit toujours être conscient que son ordre juridique constitue la base d'« attentes » qui doivent être prises en compte pour toute réforme à venir²⁸⁶. À l'instar de ce type de raisonnement, la jurisprudence considère que l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable enjoint les États à accorder un traitement qui n'affecte pas les « attentes légitimes et raisonnables » qui ont été prises en compte par les investisseurs au moment de réaliser leurs investissements²⁸⁷.

Dans les faits, puisque l'État possède la mainmise sur l'ordre juridique interne, l'investisseur étranger n'est jamais vraiment à l'abri d'une modification des règles faites à son détriment. Aux yeux des investisseurs, les changements d'ordre juridique produisent souvent des effets négatifs sur leurs droits de propriétés qui nuisent à la protection essentielle de leurs intérêts. Comme c'est souvent le cas, les investisseurs étrangers s'attendent à ce que l'environnement juridique qui leur est applicable demeure stable, cohérent, prévisible et transparent²⁸⁸. En ce sens, la stabilité, la prévisibilité, la cohérence et la transparence du cadre juridique de l'État constituent la base des « attentes » pris en compte par les investisseurs. Pourtant, lorsqu'ils sont appliqués isolément, ces « attentes » n'ont aucune valeur juridique²⁸⁹. Certains tribunaux soutiennent qu'il s'agit là de facteurs « à considérer »²⁹⁰, tandis

²⁸⁶ *Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer*, *supra* note 178 à la p 146.

²⁸⁷ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 154.

²⁸⁸ Voir par exemple l'affaire *Global Telecom c. Canada*, dans laquelle une entreprise égyptienne de téléphonie réclame un montant de 1,3 milliards de dollars au gouvernement canadien pour avoir manqué à ses engagements. En l'espèce, les réclamations invoquées par l'investisseur étranger se fondent sur l'omission d'avoir créé un environnement réglementaire équitable, concurrentiel et favorable aux nouveaux investisseurs dans le secteur des télécommunications. Voir *Global Telecom Holding S.A.E. c. Canada*, CIRDI Affaire No. ARB/16/16.

²⁸⁹ La « stabilité », la « prévisibilité », la « cohérence » et la « transparence » de l'ordre juridique ne constituent pas des engagements pris de la part de l'État et encore moins des obligations susceptibles d'emporter leur responsabilité juridique.

²⁹⁰ *Merrill & Ring c. Canada*, Décision du 31 mars 2010, *supra* note 159 au para 232.

que d'autres postulent qu'ils constituent des facteurs « importants »²⁹¹, voire « essentiels »²⁹² afin de déterminer s'il y a ou non une violation du traitement juste et équitable. La manière avec laquelle les tribunaux d'arbitrage donnent effets à ces facteurs dépendra alors des circonstances propres à chaque différent.

L'attention particulière accordée aux « attentes » des investisseurs étrangers aura parfois pour effet de condamner les transformations du cadre juridique applicable aux activités commerciales étrangères. Bien qu'aucun investisseur ne puisse « légitimement » s'attendre à ce que le cadre juridique qui lui est applicable demeure totalement inchangé, il semble pourtant que les « engagements spécifiques »²⁹³ ou « très spécifiques »²⁹⁴ pris à son endroit constituent le véritable fondement matériel de l'obligation internationale d'accorder un traitement juste et équitable. Ainsi, certaines interprétations vont jusqu'à accorder une attention particulière aux nombres clauses contractuelles de stabilisation. Ces clauses de stabilisation seraient assujetties de manière implicite à la protection juridique en vertu de la règle du TJE et l'État se verrait contraint de les honorer. Puisqu'il n'existe pas, en droit international, de véritable distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle de l'État²⁹⁵, il ne faudrait pas s'étonner de voir que les contrats et autres engagements spécifiques permettent d'engager la responsabilité juridique de l'État.

Certaines voies s'élèvent néanmoins pour dénoncer le fait que les tribunaux réalisent parfois une interprétation « trop extensive » de la portée des engagements pris en droit interne²⁹⁶. La violation des actes de droit interne devrait plutôt être

²⁹¹ Voir « facteur important » dans : *Total c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 182 aux paras 114-115.

²⁹² Dans *Occidental c. Équateur*, le tribunal a retenu que « la stabilité du cadre juridique et commercial constituait un élément essentiel de la norme du traitement juste et équitable ». Voir *Occidental c. Équateur(I)*, LCIA, UN3467, Décision Finale rendue le 1^{er} Juillet 2004 au para 183 (Orrego Vicuña, Brower, Barrera Sweeney).

²⁹³ *Total c. Argentine*, *supra* note 182 au para 117.

²⁹⁴ *El Paso c. Argentine*, *supra* note 110 au para 374.

²⁹⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales, Rainbow Warrior*, vol. XX (1990), p. 25, par. 75.

²⁹⁶ Moshe Hirsch, *supra* note 191 aux pp 799 et s.

« arbitraire » ou contraires aux « normes généralement acceptées » en matière d'administration de la justice²⁹⁷, afin de constituer une violation de la norme du TJE. L'État devrait donc contrevenir directement aux principes de « justice naturelle » afin d'engager sa responsabilité juridique; ces principes donnant un sens « réellement objectif » à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Cependant, les principes de justice naturelle sont parfois interprétés de manière extensive par les tribunaux d'arbitrage au regard de l'« exercice normal » des prérogatives souveraines.

Lorsqu'ils exercent les pouvoirs que leur confère la loi, les organes de l'État ne sont pas à l'abri du contrôle juridique des tribunaux internationaux d'arbitrage. L'exercice des prérogatives souveraines demeure soumis au contrôle de leur licéité internationale au regard des normes généralement acceptées en matière de justice naturelle. Certes il revient aux organes publics le rôle de décider dans quelle mesure ils souhaitent exercer leurs prorogatives mais, l'étendue de ces pouvoirs n'en demeure pas moins soumis au contrôle de la norme de traitement juste et équitable.

Comme nous le verrons dans notre dernier chapitre, lorsqu'ils appliquent la norme du traitement juste et équitable, les tribunaux internationaux d'arbitrage finissent par interpréter l'objet des lois et des réglementations adoptées par l'État. Certains raisonnements en viennent parfois même à condamner explicitement les motivations politiques et les décisions démocratiques de l'État. En ce sens, l'application de la norme du TJE risque de contribuer à la transformation, voire à la « périphérisation » du rôle politique de l'État souverain.

²⁹⁷ *Affaire Elsi*, *supra* note 86 au para 128.

CHAPITRE IV

LIMITATION DES POUVOIRS SOUVERAINS

*La souveraineté est un fait politique qu'on ne peut appuyer sur une autorité strictement juridique*²⁹⁸.

Le droit international laisse aux tribunaux arbitraux une importante marge de discrétion quant à l'interprétation des actions ou des faits accomplis par l'État. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle du TJE, il existe une grande marge d'appréciation donnée aux « causes légitimes », aux « objectifs recherchés » par l'État ainsi qu'aux des « effets préjudiciables » induits sur les investissements protégés. Alors que l'État ne peut justifier ses actes politiques en raison de leur légalité en droit interne²⁹⁹, la question de savoir s'il a effectivement contrevenu à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable aux investisseurs étrangers présents sur son territoire cède souvent le pas à des jugements de valeurs extérieurs à la règle de droit elle-même. Au regard de la règle du TJE, la qualification des « actes » accomplis par l'État en vient ainsi à condamner le choix de ses actions souveraines.

4.1. La compétence des tribunaux internationaux d'arbitrage

A priori, l'État souverain possède la mainmise sur la qualification de ses actes juridiques³⁰⁰. Il détient également le pouvoir de régir et de qualifier les « faits » qui se produisent en permanence sur son territoire, y compris les faits qui découlent de ses propres actions. Il peut en outre, déterminer le bien-fondé de ses actes souverains et la

²⁹⁸ H WR Wade, « The Basis of Legal Sovereignty » (1955) 13 : 2 Cambridge Law Journal à la p 189.

²⁹⁹ Voir *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États*, 1980 RTNU 355, Vol. 1155.1-18232 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), art 27. V.a. Commission du droit international, *Projet d'articles, supra* note 85 art 3 et *commentaires y relatifs* à la p 81 et n.b.p. 95.

³⁰⁰ Voir *supra* notes bas page 11 et 14.

manière avec laquelle il les exercera³⁰¹. Cependant, lorsque l'État consent à l'autorité du droit international, il perd la « compétence exclusive » pour qualifier juridiquement les « faits » qui se produisent sur son territoire.

Lorsque l'État reconnaît l'autorité juridictionnelle des tribunaux internationaux d'arbitrage, il leur confère une compétence pour régir tout « différend d'ordre juridique » survenant avec un investisseur étranger; que ce différend soit d'ordre contractuel ou non³⁰². L'attribution d'une telle compétence implique *de facto* un contrôle sur l'exercice de ces prérogatives souveraines. Cette compétence implique le contrôle judiciaire des actes étatiques (actes législatifs, judiciaires ou administratifs) mais aussi et plus largement, le contrôle du sens propre du pouvoir souverain de légiférer, de prendre une décision ou d'accomplir un acte politique.

Comme nous le verrons dans ce chapitre, lorsqu'ils examinent si l'État a agi conformément à ses obligations internationales (règle du TJE), les tribunaux internationaux d'arbitrage en viennent non seulement à interpréter le sens des lois, des réglementations, ou même de la constitution³⁰³, mais ils posent également un jugement sur le « bien-fondé » des pouvoirs souverains de cet État. Comme nous le verrons, au regard de la règle du TJE les jugements sont relativement fréquents et soulèvent certaines interrogations quant aux limites qu'ont les pouvoirs souverains de s'exercer librement.

³⁰¹ Il est un principe fondamental selon lequel, les États souverains détiennent un pouvoir de juridiction exclusif et absolu à l'égard des personnes présentes sur leur territoire et des actes juridiques qui régissent leurs activités. Voir *Affaire des immunités juridictionnelles de l'État*, [2012] CIJ rec 15 au para 57.

³⁰² *Convention Washington*, *supra* note 7, art 25 al 1. Voir *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, *supra* note 9 art 1 al. 1.

³⁰³ Il arrive même que les tribunaux d'arbitrage interprètent le sens de la constitution d'un État. Ce fut le cas notamment dans l'affaire CMS, lorsque le Tribunal interpréta le sens des articles 17 et 28 de la Constitution afin de justifier sa décision. *CMS c. Argentine*, *supra* note 230 aux paras 201 et s.

4.2. La qualification juridique des « faits » attribuables à l'État

Comme le font valoir certains auteurs, une fois que les Parties se sont entendues sur les obligations qu'elles devront respecter, il est possible, sinon fréquent, qu'elles ne s'entendent pas sur les « faits » qui devront être qualifiés juridiquement au regard de celles-ci³⁰⁴. La démonstration du respect ou inversement de la violation de la règle de traitement juste et équitable dépend alors de l'interprétation des « faits » ou des « actes » attribuables à l'État. En pratique, c'est au contact de la « subjectivité des faits » propres à chaque différend que les règles prennent véritablement leur sens³⁰⁵. Mais alors qu'il ne fait aucun doute par exemple, que l'imposition d'un décret gouvernemental ou l'adoption d'une législation se qualifient comme des « faits » attribuables à l'État, le « sens juridique » des obligations liées à ces « actes » est sujet à interprétation. Lorsque les Parties (investisseurs et États hôtes) ne s'entendent pas sur le sens des obligations qui découlent de certaines mesures contraignantes, les tribunaux d'arbitrage doivent établir des critères qui leur permettront de conclure ou non à la violation de la règle du traitement juste et équitable.

Comme l'a reconnu le Tribunal dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, afin de qualifier les actes de l'État, il faut tenir compte essentiellement du contexte juridique dans lequel s'insèrent les actes politiques ou les mesures réglementaires applicables à l'endroit des investisseurs étrangers. Ce contexte juridique se définit par trois critères déterminants mais non cumulatifs que sont : (i) les causes objectives des actes promulgués, (ii) l'objectif d'intérêt public recherché, ainsi que (iii) les effets

³⁰⁴ Rémi Bachand, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XXe siècle » (2006) 39 *Revue belge de droit international* 242.

³⁰⁵ En réalité, l'objectivité du droit renvoie à la nécessité de référer le contenu des règles aux éléments factuels (concrétude) mais aussi à la nécessité de valider ces règles de manière neutre et impartiale (normativité). Martii Koskenniemi, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, CUP, à la p 58.

préjudiciables induits par de tels changements³⁰⁶. Cette démarche d'interprétation doit permettre de qualifier, du point de vue international, les actes qui correspondent à l'exercice normal des pouvoirs souverains et les actes qui se situent en contravention des obligations de droit international.

4.2.1. La règle du TJE et l'interprétation des causes objectives de l'État souverain

Dans le contexte de l'adoption de nouvelles lois ou réglementations applicables aux activités étrangères, les changements juridiques mis en œuvre par l'État doivent reposer sur des « causes objectives » afin que celui-ci puisse justifier leur application. Les tribunaux arbitraux évaluent alors si la « cause objective » du changement réglementaire est « suffisamment légitime » pour abroger les droits contractuels consentis aux investisseurs étrangers ou pour frustrer les promesses.

Nombreuses sont les « causes objectives » en vertu desquelles les États soumettent les investisseurs étrangers au respect de règles contraignantes motivées par le bien commun. Comme le rappellent certains auteurs, la protection de la propriété privée, qu'elle soit étrangère ou non, sert presque toujours des finalités plus larges comme la santé publique, la protection de l'environnement ou la moralité publique³⁰⁷. On pense par exemple au maintien de l'emploi local, à la promotion de l'actionnariat local, au transfert technologique, aux garanties en matière environnementale, etc. À titre d'exemple, on peut penser à l'adoption par le Parlement algérien d'une nouvelle loi destinée à ce que la participation étrangère soit limitée à 49% dans la production de biens ou de services destinés au marché intérieur³⁰⁸. On n'a aussi qu'à penser à la décision du Parlement indonésien d'adopter

³⁰⁶ *LG&E c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 97 au para 194.

³⁰⁷ Andrew Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law » (2005) 20:1 CIRDI Review: Foreign Investment Law Journal 21.

³⁰⁸ *Loi de finance complémentaire No. 09-01*, adoptée le 22 Juillet 2009. Cette mesure pourrait par exemple constituer une entrave à l'article 1 de l'accord ratifié entre les États-Unis et l'Algérie dans

un nouveau règlement exigeant la vente de 20% du capital des sociétés minières étrangères à des entités locales, dans un délai de cinq ans, afin de favoriser le transfert des actifs étrangers aux mains des ressortissants nationaux³⁰⁹. D'un autre angle, les « causes objectives » en vertu desquelles les États peuvent imposer certaines contraintes à l'endroit des investisseurs étrangers s'appuient parfois sur la négligence grossière ou la faute des acteurs économiques eux-mêmes. À ce titre, on peut citer les faits entourant l'affaire *Occidental c. Équateur* survenue alors après que plusieurs millions de barils de pétrole brut lourd eurent été déversés dans la forêt amazonienne. S'ensuivit la contamination sévère des rivières, des sols, des nappes phréatiques, de la flore et de la faune, en plus des atteintes à la santé humaine et du déplacement des populations locales. À la suite de cette catastrophe imputable à l'investisseur étranger, le gouvernement équatorien imposa un décret (Caducidad decree) afin de révoquer les permis d'exploitation de l'investisseur à l'origine de l'accident.³¹⁰ Enfin, on peut également citer l'affaire *South American Silver Limited c. Bolivie* dans laquelle la violation alléguée des droits fondamentaux des communautés autochtones et de leurs membres a forcé le gouvernement bolivien à intervenir pour révoquer les concessions

lequel les États Parties s'engagent à prendre « toutes les mesures appropriées pour encourager et faciliter l'échange de biens et de services et pour assurer des conditions favorables au développement et à la diversification des échanges commerciaux à long terme ». *Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le développement des relations commerciales et d'investissement*, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/3#iiiInnerMenu>>.

³⁰⁹ *Law concerning mineral and coal mining No. 4 of 2009 and Regulation No. 23 of 2010*. Cette décision est notamment susceptible d'enfreindre l'article 3 al. 2 du Traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu entre la Grande-Bretagne et l'Indonésie selon lequel les gouvernements contractants doivent accorder en tout temps l'assurance d'un traitement juste et équitable ainsi que d'une protection complète et veiller à ce que la gestion, l'entretien, la jouissance ou la cession des investissements ne soit en aucun cas compromis par des mesures discriminatoires. *Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République d'Indonésie pour la promotion et la protection des investissements*, art. 3 al. 2 en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1646>>.

³¹⁰ *Occidental c. Équateur (II)*, Décision finale, supra note 133 aux paras 529 et s.

minières concernant le projet Malku Khota précédemment accordées à la filiale du demandeur³¹¹.

Les préoccupations sociales, aussi diversifiées soient-elles, exigent en permanence que les pouvoirs politiques répondent aux enjeux d'intérêt public qui traversent leur territoire. En tenant compte de l'évolution de l'environnement social et économique de l'État, les décisions politiques menant aux changements d'ordre juridique pourront presque toujours être considérées comme étant « suffisamment légitimes ». Puisqu'en principe, c'est lorsqu'il reflète le plus fidèlement possible les préoccupations sociales que l'État exerce « objectivement » les attributs de sa souveraineté. Il est donc raisonnable de croire qu'il existera toujours des « causes objectives » motivées par le bien commun et à partir desquelles les pouvoirs politiques pourront justifier l'application de nouvelles lois ou réglementations applicables aux investisseurs étrangers.

Pourtant, dans les faits, nombreux sont les exemples qui attestent du pouvoir de persuasion somme toute « relatif » accordé aux raisons objectives qui mènent à l'adoption de mesures préjudiciables à l'endroit des activités étrangères. À ce titre, on peut citer les affaires *LG&E c. Argentine* et *Suez c. Argentine* qui font suite à l'une des pires crises financières et monétaires de l'histoire de l'Argentine. Alors que le pays faisait face à des troubles sociaux importants, le Gouvernement mis en œuvre une série de mesures réglementaires visant à renégocier les tarifs prohibitifs (consentis à certains monopoles) en matière de services publics et d'infrastructures sanitaires (acheminement de l'eau potable, gestion des égouts, aqueducs, etc.). Dans l'affaire *LG&E c. Argentine*, le Tribunal reconnu de manière explicite que la protection des services essentiels, les situations de chômage et de pauvreté ainsi que l'effondrement des infrastructures sanitaires constituaient bel et bien des causes réelles et objectives devant être considérées afin d'apprécier la responsabilité de

³¹¹ Voir *South American Silver Limited c. Bolivie*, CNUDCI, PCA Affaire n ° 2013-15.

l'État³¹². Pourtant, dans un cas presque identique s'inscrivant dans le contexte des mêmes mesures adoptées par le Ministère argentin de l'Économie³¹³, l'appréciation des motivations objectives ayant entouré la révision des contrats de traitement et de distribution des eaux n'empêcha pas le Tribunal de l'affaire *Suez c. Argentine* de déclarer que la renégociation des tarifs imposés par le gouvernement constituait un traitement « injuste et inéquitable » qui ouvrait la voie à des indemnisations³¹⁴.

Alors que les raisons d'« ordre public » ou d'« intérêt général » permettent de justifier un grand nombre de mesures contraignantes, il semble qu'une importante marge de discrétion soit accordée aux tribunaux d'arbitrage lorsque vient le temps d'interpréter les « raisons objectives » qui motivent les décisions politiques de l'État. Ainsi, au regard de la norme du TJE, les tribunaux d'arbitrage ne font pas que tenir compte des causes qui motivent l'adoption des mesures promulguées par l'État mais ils examinent également le fondement légal qui accompagne de telles mesures. Dans certains cas, compte tenu de son utilisation extensive, la règle autorise les tribunaux d'arbitrage à évaluer la « raison-d'être » voire la « licéité » des décisions prises par les autorités compétentes et ce, quitte à renverser certaines décisions adoptées par les organes publics compétents. À ce titre, l'affaire *Occidental Petroleum c. Équateur*³¹⁵ offre une illustration intéressante. Dans cette affaire, le Tribunal a examiné la légalité de cinq résolutions émises par l'administration fiscale équatorienne (Servicio de Rentas Internas : « SRI »). Ces résolutions avaient notamment été adoptées en vertu de la modification apportée à la taxe sur la valeur ajoutée des hydrocarbures. L'examen de la licéité de ces résolutions portait plus particulièrement sur le refus de certaines demandes de subventions et de remboursement, auparavant consentis à l'investisseur étranger. La question en litige portait plus spécifiquement sur l'interprétation des dispositions pour le moins ambiguës de la *Loi sur les*

³¹² *LG&E c. Argentine*, *supra* note 97 aux paras 231 à 234 et 238 et 239.

³¹³ Voir Résolution No. 38/02 du 10 avril 2002; Décret 311/03 du 4 Juillet 2003; Loi No 25.790 du 22 Octobre 2003.

³¹⁴ *Suez c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 190 aux paras 232-233, 241, 247-248.

³¹⁵ *Occidental c. Équateur (II)*, Décision finale, *supra* note 133.

hydrocarbures. Au terme de plusieurs années de délibérations, le Tribunal arbitral renversa finalement l'interprétation faite par les autorités nationales compétentes (la Chambre des impôts) afin de valider sa conclusion quant à la violation de la règle du TJE³¹⁶ et ce, malgré qu'il ait reconnu que l'investisseur étranger eut violé ses obligations contractuelles (article 16.1 du Contrat de participation) de même que ses obligations légales (article 74.11 de la *Loi sur les Hydrocarbures*)³¹⁷. Ainsi, après avoir examiné la légalité des actes promulgués par les autorités nationales équatoriennes, le Tribunal jugea que le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (« TVA »), destiné à l'importation et à l'acquisition locale de biens et services utilisés dans la production de pétrole pour l'exportation, n'était pas compris dans le calcul utilisé par les tribunaux domestiques compétents. Le Tribunal statua en outre, que le refus de la part des autorités équatoriennes de rembourser à l'investisseur étranger l'intégralité de la TVA (plus intérêts) n'était pas motivé de manière objective et constituait *de facto* un manquement à la norme du TJE en violation de l'article 2 (3) a) et b) du traité bilatéral d'investissement signé entre les États-Unis et l'Équateur.³¹⁸

4.2.2. La règle du TJE et l'interprétation de l'objectif d'intérêt public recherché

Au regard du contexte social et politique dans lequel s'insèrent les changements d'ordre juridique, il arrive parfois que les tribunaux d'arbitrage remettent en question le « bien-fondé » des mesures qui privent un investisseur de ses investissements ou portent atteinte à ses droits de propriété³¹⁹. Bien que les objectifs

³¹⁶ *Ibid.*, aux paras 560 à 570.

³¹⁷ *Ibid.*, aux paras 662 à 687.

³¹⁸ « Chaque Partie contractante doit assurer en tout temps un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante et ne doit pas porter atteinte à l'entretien, la gestion, l'utilisation, la jouissance, ainsi qu'à l'acquisition de biens et services ou à la vente de leur production, par des mesures injustifiées [déraisonnables] ou discriminatoires. ». *Supra* note 118.

³¹⁹ Règlements environnementales : *Lone Pine Resources Inc. c. Canada* CIRDI Affaire No. UNCT/15/2; *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) c. Roumanie*, CIRDI, Affaire No. ARB/15/31; *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, CPA, Affaire No.

d'« intérêt public » apparaissent *a priori* légitimes, les moyens utilisés afin d'y parvenir dépendent souvent de l'évolution des impératifs politiques de l'État. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle du TJE, la question qui se pose est celle de savoir s'il existe un lien rationnel entre « l'objectif d'intérêt public légitime » et les « moyens mis en œuvre pour y répondre ». Cette question est absolument centrale dans le raisonnement juridique. Comme l'a établi le Tribunal dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, pour être justifiables au regard de la règle du TJE, les mesures adoptées par l'État doivent à la fois (i) « poursuivre un but légitime dans l'intérêt public » et (ii) « démontrer un lien rationnel de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché »³²⁰. En outre, l'application de la règle du TJE fait reposer sur l'État le fardeau de démontrer le respect de ces deux critères.

Tout d'abord, l'idée de poursuivre un but légitime dans l'intérêt public renvoie à la question de savoir si le but recherché par l'État est « suffisamment légitime » et si ce but va dans le sens de l'intérêt général de la population. Dans le contexte de l'exercice des pouvoirs souverains, il faut reconnaître que les objectifs poursuivis au nom de « l'intérêt public » sont nombreux. Comme le reconnaissent certains auteurs, l'atteinte à la propriété privée sert très souvent des objectifs sociaux légitimes comme la protection de l'environnement, la santé humaine ou la moralité publique³²¹. On peut notamment penser aux réglementations dont le but est d'imposer des solutions en matière de recherche environnementale et de développement durable. Tel est souvent le cas dans le contexte de la mise en œuvre de nouvelles réglementations en matière d'exploration et d'exploitation pétrolière. À titre d'exemple, on peut citer le recours déposé par la société ExxonMobil à l'endroit du Canada concernant la décision de la

2009-04; Réglementations de santé publique : *Eli Lilly and Company c. Canada*, CIRDI Affaire No. UNCT/14/2. Réglementation sur les tarifs énergétiques: *Mesa Power Group LLC c. Canada*, CPA Affaire No. 2012-17). Chacun de ces différends interpelle la règle du TJE.

³²⁰ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 122. Le tribunal reprend la définition formulée par la Cour européenne des droits de l'homme dans *James v. United Kingdom*, ECtHR (21 Février 1986) European Court of Human Rights, Jugement rendu le 21 février 1986 aux paras 50 et 63.

³²¹ Andrew Newcombe, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law » (2005) 20:1 CIRDI Review: Foreign Investment Law Journal 21.

province de Terre-Neuve-et-Labrador d'instaurer un cadre réglementaire plus contraignant en matière environnemental pour les activités de forage en haute mer³²². On peut également citer les législations dont l'objectif vise à interdire l'exploitation des hydrocarbures dans les zones urbaines en raison des risques liés à l'environnement et à la santé humaine. À ce titre, on peut citer l'affaire *Lone Pine c. Canada* qui fait suite à l'imposition d'un moratoire sur l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures et à l'adoption de la *Loi limitant les activités pétrolières et gazières*³²³. Dans cette affaire, l'abrogation des droits contractuels consentis à l'investisseur étranger fut justifiée dans « un but de protection légitime du bien-être public » compte tenu de nombreuses études mettant en relief des incertitudes quant aux impacts du gaz de schiste sur l'environnement³²⁴. D'un autre angle, il est fréquent que les pouvoirs publics adoptent certaines lois afin d'encadrer plus strictement des problèmes de santé bien définis. À ce titre, on peut citer la décision des gouvernements d'Australie et d'Uruguay portant sur la réduction de la taille des logos de marques et sur l'imposition de nouvelles taxes sur les paquets de cigarettes dans le but de lutter contre le tabagisme³²⁵ ainsi que la décision du Parlement indien de proscrire l'entrée des investissements étrangers destinés à l'industrie du tabac³²⁶. Enfin, on peut également évoquer les réglementations visant à limiter sévèrement voire à bannir les activités jugées préjudiciables à l'environnement et à la santé humaine dans le contexte de certaines catastrophes environnementales. On se rappellera de l'affaire *Pac Rim c. République du Salvador* découlant du refus du gouvernement de délivrer les licences minières nécessaires pour le projet aurifère El

³²² *Mobil Investments Canada /ne. and Murphy Oil Corporation c. Canada* CIRDI, Affaire No. ARB(AF)/07 /4.

³²³ *Loi limitant les activités pétrolières et gazières*, L.R.Q., chapitre M-13.1.

³²⁴ *Lone Pine Resources c. Canada* CIRDI, Affaire No. UNCT/15/2, Contre Mémoire du Canada, 24 juillet 2015, en ligne : Investor-State LawGuide pp 40 à 67 et pp 182 à 196 <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7092.pdf>>.

³²⁵ Éric David et Gabrielle Lefèvre, *Juger les multinationales*, Éd. Margada, Bruxelles, 2015 à la p 58.

³²⁶ *Ministry of Commerce & Industry, Press Note No. 2 (2010 Series) and No. 3 (2009 Series)*. Voir Reuters, Philip Morris jolted by Indian proposal to ban foreign tobacco investment 16 janvier 2017, en ligne : CNBC <<http://www.cnbc.com/2017/01/16/philip-morris-jolted-by-indian-proposal-to-ban-foreign-tobacco-investment.html>>.

Dorado en raison des préoccupations environnementales de la population, en ce qui avait trait notamment à l'utilisation de certains produits chimiques incorporés dans le processus d'extraction³²⁷.

Bien que l'État parvienne souvent à démontrer qu'il poursuit un but légitime dans l'intérêt public, il est fréquent d'observer qu'il n'est pas en mesure de démontrer un « lien de proportionnalité raisonnable » entre ses décisions politiques et le « but social recherché ». À ce titre, on peut rappeler l'affaire *Occidental c. Équateur* survenue alors que l'État équatorien était confronté à un déversement de plusieurs millions de barils de pétroles. Bien qu'il fut reconnu que la négligence grossière de l'investisseur étranger eut entraîné la contamination sévère des rivières, des sols, des nappes phréatiques, de la flore et de la faune (en plus des atteintes à la santé publique), les « moyens utilisés » par l'État afin de répondre aux préoccupations sociales ont été condamnés par les tribunaux d'arbitrage au regard de la règle du TJE. En l'espèce, les faits en cause concernaient la décision d'imposer au nom de l'« ordre public » un décret (*Caducidad decree*) afin de révoquer les permis d'exploitation de l'investisseur à l'origine de l'accident. Bien qu'il ait rappelé le droit inaliénable de l'État de promulguer « les mesures qu'il estime nécessaire pour le bien-être public », le tribunal arbitral jugea que le fait d'invoquer l'ordre public « a des limites » lorsque les moyens utilisés, bien que d'apparence légitime, « ne sont pas proportionnés face à l'objectif recherché »³²⁸. Au fond, même s'il parvient à démontrer qu'il poursuit un objectif légitime au point de vue social ou politique, l'État doit également prouver l'existence d'un « lien rationnel suffisant » entre les préoccupations en question et les moyens qu'il utilise pour y répondre. En ce sens, l'application de la règle du TJE fait

³²⁷ *Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, CIRDI Affaire No. ARB/09/12; *Chevron c. Équateur* (II) CNUDCI CPA Affaire No. 2009-23.

³²⁸ *Occidental c. Équateur (II)*, Décision finale, *supra* note 133 aux paras 529 et s.

reposer sur l'État le fardeau de justifier de manière « suffisamment rationnelle » les mesures qu'il entend appliquer³²⁹.

Malgré la nécessité de démontrer un « lien rationnel » entre l'objectif social recherché et les moyens utilisés pour y parvenir, certains courants de pensées reconnaissent qu'un État ne pourrait être tenu responsable des préjudices économiques résultant de mesures qui peuvent être communément qualifiées comme étant d'« ordre public » et appliquées de bonne foi³³⁰. Cette opinion est effectivement partagée par certains tribunaux qui reconnaissent que le respect de la règle du TJE ne pourrait avoir pour effet de perturber l'« ordre public » ou de contrarier les décisions politiques appliquées de bonne foi dans l'intérêt général³³¹. Ce genre de raisonnements est toutefois « neutralisé » au regard de certaines interprétations qui semblent plus « attentives » aux questions portant sur les effets préjudiciables supportés par les investisseurs étrangers. En effet, en pratique il semble que la déférence des tribunaux à l'égard des « mesures appliquées de bonne foi » cède souvent le pas devant la question du « fardeau » ou de « l'impact économique » subis par l'investisseur. Ainsi, comme le rappellent certains tribunaux, lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle du TJE il est nécessaire d'évaluer l'objectif social recherché au regard de « l'impact économique » ou du « fardeau supporté » par l'investisseur³³². Dès lors, même si l'État parvient ultimement à démontrer l'existence d'un lien rationnel « suffisant » entre le but visé et le moyen choisi, l'équilibre approprié entre la déprivation de la propriété privée et l'objectif d'intérêt public ne sera pas atteint si l'investisseur (ou l'investissement) concerné doit supporter « une charge individuelle excessive »³³³. En ce sens, les mesures qui sont destinées à régler ou à limiter

³²⁹ *Saluka c. République tchèque*, *supra* note 91 au para 313.

³³⁰ À condition que ces mesure ne soient pas discriminatoires. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Vol.1, 1987, Section 712, Commentaire g.

³³¹ *EDF c. Roumanie*, *supra* note 88 au para 217. Voir aussi *AES c. Hongrie*, *supra* note 211 para 3.9.34. *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, *supra* note 284 au para 332

³³² *LG&E c. Argentine*, Décision sur la responsabilité, *supra* note 97 aux paras 190-194.

³³³ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 122.

les activités d'un investisseur en particulier et qui font peser sur celui-ci une charge disproportionnée, compte tenu des objectifs sociaux poursuivis, seront présumées être en violation de la règle du TJE.

4.2.3. La règle du TJE et l'interprétation des effets préjudiciables

Tout d'abord, il convient de rappeler qu'en droit international, il existe un principe clair selon lequel chaque État est responsable de réparer les préjudices qu'il peut causer³³⁴. L'État sera tenu d'indemniser tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est démontrable³³⁵. La plupart du temps, la question des « effets préjudiciables »³³⁶ est au cœur du raisonnement juridique et de la qualification des faits illicites attribuables à l'État. Cependant, puisque normalement la question du dommage causé doit être évaluée après avoir établi qu'il y ait effectivement eu commission d'un fait illicite attribuable à l'État, en suivant le raisonnement de l'impact économique on tend à abolir la distinction qui existe entre le fait de déterminer, d'abord, s'il y a une violation conventionnelle (TJE) et de statuer ensuite, sur l'enjeu secondaire du dommage causé.³³⁷ À ce stade, la question est donc de savoir si l'exercice des prérogatives souveraines – entraînant des impacts sur les droits de propriété des

³³⁴ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité*, supra note 85 art 34.

³³⁵ *Ibid.*, art 36.

³³⁶ Les « effets préjudiciables » comprennent tout dommage « matériel » ou « moral » causé. Par dommage « matériel », on entend les dommages causés à des biens ou à d'autres intérêts issus d'un investissement et susceptibles d'être évalués en termes pécuniaires. Dans certains cas, les tribunaux assimileront les « attentes contractuelles refoulées et désavouées » au préjudice supporté par l'investisseur (pertes de profits réels ou appréhendés) Voir *CME c. République tchèque*, supra note 187 au para 585. Voir *Ronald S Lauder c. République tchèque*, supra note 187 aux paras 234-235. Par dommage « moral », on inclut les autres formes d'atteintes à la propriété privée. Voir Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 85 à la p 242, art. 32 (2) : « comprend tout dommage, matériel ou moral, causé par le fait internationalement illicite d'un État ». V.a. *Azurix c. Argentine*, supra note 83 au para. 408 : « la protection va au-delà de la sécurité physique ». V.a. *Vivendi c. Argentine II*, supra note 112 aux paras 162 et s.

³³⁷ Voir Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 85 Partie I « Le fait internationalement illicite de l'État » et Partie II « Contenu de la responsabilité internationale de l'État ».

investisseurs étrangers – peut, en soi, contrevenir directement à l’obligation primaire du TJE. Comme nous le verrons, l’imputation d’un préjudice (ou d’une perte) à un « fait illicite » est un raisonnement qui dépend de l’appréciation des tribunaux d’arbitrage.

Il faut comprendre que dans la plupart des différends juridiques entre investisseurs et États, les « effets préjudiciables » induits par les actions de l’État s’assimilent à la violation, à la révocation ou à l’extinction des engagements spécifiques pris en droit interne. Dans le contexte entourant les objectifs d’intérêt public poursuivis par l’État, il arrive fréquemment que celui-ci adopte des mesures qui visent à régler ou à limiter les activités d’un investisseur ou d’un secteur d’activité en particulier. Dans de tels cas, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si les mesures contestées font peser sur un investisseur étranger une « charge disproportionnée » compte tenu des objectifs sociaux poursuivis³³⁸.

Bien qu’il soit fréquent que les tribunaux d’arbitrage qualifient les violations d’obligations contractuelles comme des « atteintes » ou des « préjudices »³³⁹ à l’investissement qui ouvrent la voie à des réparations³⁴⁰, la question qui se pose est celle de savoir si ces faits atteignent un degré de gravité suffisant pour enfreindre la règle du TJE. On peut donc présumer que les mesures adoptées dans d’intérêt général qui ne font qu’« interférer » dans les opérations des activités commerciales ou qui affectent très légèrement l’investissement ne sont pas susceptibles d’enfreindre la règle du TJE alors que d’un autre côté, les mesures qui ont un « impact significatif » sur la gestion des activités ou qui « affectent substantiellement » l’investissement sont plus susceptibles de transgresser la norme du TJE. Tout dépendra alors des

³³⁸ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 122.

³³⁹ Cela pourra être le fait de toute « perte » ou « dommage direct » ou de tout « autre préjudice direct » subis par des personnes physiques ou sociétés étrangères. Voir Commission du droit international, *Projet d’articles sur la responsabilité*, *supra* note 85 art 31 et commentaires y relatifs aux pp 245-247.

³⁴⁰ *CME c. République tchèque*, *supra* note 187 au para 585. V.a. *Ronald Lauder c. République tchèque*, *supra* note 86 aux paras 234 235.

circonstances et des faits en cause. Néanmoins, rappelons que, selon la Commission d'indemnisation des Nations Unies, l'idée de réclamer une indemnisation dans le contexte de la « baisse des opérations commerciales » (voir notamment l'affaire *Eli Lilly c. Canada*) ouvre le droit à la réparation et ce même si l'entreprise commerciale affectée est toujours en mesure de continuer ses opérations de manière courante³⁴¹.

Comme le reconnaît la Commission du droit international, l'imputation d'un préjudice (ou d'une perte) à un « fait illicite » demeure un processus juridique abstrait³⁴². *A priori*, il est un principe clair selon lequel la non-exécution d'un contrat par un État ne peut, en soi, constituer une violation du droit international³⁴³. Cependant, la conclusion ou la non-exécution d'un contrat n'en demeure pas moins un « fait » attribuable à l'État qui peut, dans certaines circonstances, constituer un « fait internationalement illicite »³⁴⁴. Dans de tels cas, il est absolument nécessaire de démontrer que le comportement de l'État peut effectivement être constitutif d'un « fait internationalement illicite » en vertu du droit international. Comme c'est régulièrement le cas en droit de l'investissement, il est implicitement entendu que les engagements contractuels pris en droit interne sont assujettis à la protection internationale de la règle du traitement juste et équitable. Les « effets préjudiciables » induits par les actions de l'État s'assimileront alors directement à la violation des « obligations contractuelles » ou des « engagements spécifiques » pris en droit interne. Or, dans certains cas, des contradictions apparaîtront car la règle du TJE et les engagements spécifiques pris en droit interne prendront effet conjointement sans

³⁴¹ La Commission d'indemnisation des Nations Unies traitant des pertes pour baisse d'activité commerciale, considère que les pertes résultant d'une «baisse des opérations commerciales» ouvraient droit à réparation et ce même si l'entreprise commerciale est toujours en mesure de continuer ses opérations de manière courante. Voir (deuxième tranche des réclamations de la catégorie «E2» S/AC.26/1999/6) tel que cité dans Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité*, *supra* note 85 art 36 et commentaires y relatifs à la note bas page 603.

³⁴² En fait, l'existence d'un lien de causalité serait une « condition nécessaire mais non suffisante » à la réparation. *Ibid.*, art 31 et commentaires y relatifs à la p 245.

³⁴³ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 85 art 4 et commentaires y relatifs à la page 91.

³⁴⁴ *Idem*.

pour autant qu'il soit prouvé que l'État ait effectivement commis un « fait internationalement illicite ». À ce sujet, l'affaire *Duke c. Équateur* offre un exemple éloquent. Dans cette affaire, le Tribunal prend d'abord soin de rappeler que, pour prouver la violation de l'obligation de la norme de traitement juste et équitable, les investisseurs ne peuvent uniquement se référer à une violation de nature contractuelle. Comme l'explique le Tribunal, il faut qu'il soit démontré que l'État ait contrevenu à l'exercice normal de ses prérogatives souveraines en établissant par exemple, l'existence de comportements « discriminatoires », « arbitraires » ou contraires à un « principe général de droit international »³⁴⁵. Pourtant cela n'empêche pas le Tribunal de juger sur le fond, que la violation du Contrat d'achat d'électricité (« PPA 96 ») conclu avec la filiale Electroquil³⁴⁶ engage la responsabilité juridique internationale de l'État³⁴⁷. Pour justifier sa décision, le Tribunal retient l'argument des « attentes raisonnables » sur lesquelles s'étaient légitimement appuyé le demandeur pour être payé de manière régulière et celui des « pertes commerciales encourues par la filiale »³⁴⁸. Il décide alors d'imposer des compensations financières en vertu de la violation du TJE³⁴⁹ sans pour autant démontrer sur le fond l'existence d'un comportement contraire à un principe général de droit international, comme il avait pris soin de souligner³⁵⁰.

Lorsqu'il s'agit de juger de la violation d'une obligation contractuelle ou de la violation d'une obligation internationale (tel que le TJE) les tribunaux d'arbitrage ne font souvent pas de distinction, puisqu'il n'existe pas de véritable différenciation dans

³⁴⁵ *Duke Energy c. Équateur*, *supra* note 279 aux paras 311, 342, 345, 354, 376, 381.

³⁴⁶ *Ibid.*, au para 361. Rappelons que l'Équateur traversait une importante crise économique et énergétique.

³⁴⁷ *Ibid.*, aux paras 442 et s.

³⁴⁸ *Ibid.*, aux paras 361, 361, 446.

³⁴⁹ *Ibid.*, aux paras 361, 364, 405, 477 et s. En général, les tribunaux ont tendance à statuer sur des indemnisations intégrales en fonction de la valeur marchande. Sur ce sujet voir Irmgard Marboe, « State Responsibility and Comparative State Décision sur la responsabilité for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests », tel que cité dans Stephan W. Schill (dir.) *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, OUP, 2010 aux pp 380-382.

³⁵⁰ Voir *supra* note bas page 347.

l'ordre juridique international entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle de l'État³⁵¹. Bien que les engagements pris en droit interne n'aient pas la même substance que les engagements internationaux³⁵², aucune distinction n'est faite entre les deux. La qualification des actes internationalement illicites découle d'un régime de responsabilité juridique qui ne crée pas de distinction entre les *acta jure gestionis* et les *acta jure imperii* de l'État et rien n'indique qu'il en ira autrement³⁵³. Ainsi, il ne faudra pas s'étonner de voir que la violation d'un contrat ou d'un engagement spécifique pris en droit interne puisse s'élever au rang de « fait internationalement illicite ». Pourtant, il faut reconnaître que la limite est souvent bien mince entre la « simple » violation d'un engagement contractuel pris en droit interne et le comportement internationalement illicite en vertu duquel l'État peut être tenu juridiquement responsable. À cet égard, l'interprétation du lien de causalité joue un rôle décisif. Ce faisant, le raisonnement juridique évaluera si la violation d'un engagement juridique interne attribuable à l'État produit des impacts « suffisants » et « directs » pour s'élever au rang de « fait internationalement illicite »³⁵⁴. Pour ce faire, le raisonnement juridique sera interpellé par les « pertes financières » et les « préjudices matériels » attribuables à la violation des engagements contractuels pris en droit interne. Il s'agira alors de déterminer si le comportement de l'État est effectivement la « cause immédiate » des pertes et des préjudices subis par l'investisseur³⁵⁵. Dans certains cas le lien de causalité sera appliqué en fonction du

³⁵¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales, Rainbow Warrior*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75.

³⁵² Il convient de garder à l'esprit certaines caractéristiques du système international. On pense notamment aux règles spécifiques qui gouvernent l'interprétation des traités. Voir *Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États*, *supra* note 299.

³⁵³ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 85 art 12 et commentaires y relatifs aux pp 135 à 140 et note bas page 118 : *Rapport de la Commission, 1998 (A/53/10)*, par. 35.

³⁵⁴ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité*, *supra* note 85, à la p 246.

³⁵⁵ *Commission mixte des réclamations (États-Unis c. Allemagne)*, Administrative Décision No. II, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 30.

critère de prévisibilité³⁵⁶, tandis que dans d'autres cas il le sera en fonction de la proximité³⁵⁷. À moins qu'il ne soit pas possible de prouver qu'une part essentielle du préjudice subis par l'investisseur ne soit pas attribuable à l'État, celui-ci pourra être tenu responsable des conséquences qui « ne sont pas trop lointaines » de la violation de ses engagements spécifiques pris en droit interne³⁵⁸.

4.3. L'interprétation subjective des motivations politiques de l'État

Comme nous l'avons vu, compte tenu de son interprétation souple et extensive par les tribunaux, la règle du TJE fait reposer sur l'État un triple fardeau. D'abord, l'État doit démontrer le caractère « suffisamment légitime » des objectifs sociaux qu'il poursuit. Cela va s'en dire, il doit démontrer l'existence réelle des préoccupations sociales auxquelles il entend répondre. Ensuite, il doit non seulement prouver que les mesures qu'il adopte sont « suffisamment rationnelles » mais aussi qu'elles ont un « lien suffisant » avec l'objectif visé. Enfin, compte tenu des moyens à sa disposition, il s'agira d'établir que les mesures adoptées portent le moins possible atteinte aux droits de propriété des investisseurs étrangers. En ce sens, il devra y avoir une « proportionnalité raisonnable » entre les effets préjudiciables des mesures en question et l'objectif légitime qui est recherché.³⁵⁹

Dans un tel contexte, les tribunaux internationaux d'arbitrage émettent souvent l'idée selon laquelle ils ne sont pas « compétents » ou « connaissants » pour

³⁵⁶ Voir par exemple, l'affaire *Naulilaa Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (Portugal c. Allemagne), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1031.

³⁵⁷ À ce sujet voir : H. L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law*, 2e éd. Oxford, Clarendon Press, 1985; B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 3e éd., 1997 aux pp 95 à 108.

³⁵⁸ *Ibid.*, art 31 et commentaires y relatifs à la p 248. Certains tribunaux affirment qu'il incombe à l'État responsable d'établir quelle proportion du dommage n'est pas attribuable à son comportement. *The Zafiro*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p. 164 et 165.

³⁵⁹ *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 122.

juger des raisons qui motivent l'action ou le comportement des pouvoirs publics³⁶⁰. En ce sens, il appartiendrait aux tribunaux non pas de se prononcer sur les motifs, mais seulement de vérifier la valeur juridique des actes accomplis par les États dans le cadre de leurs engagements internationaux³⁶¹. À notre avis, cette théorie selon laquelle le rôle des tribunaux internationaux d'arbitrage ne consiste pas à interpréter les motifs des actes souverains ne traduit pas correctement la réalité. Dans les faits, lorsqu'ils examinent l'objet des mesures nationales adoptées par l'État les tribunaux d'arbitrage en viennent précisément à interpréter le « sens » des actes souverains³⁶². Il en va ainsi puisque, dans de nombreux cas, l'application de la règle du TJE rend possible le fait que l'on examine « l'objet » et « le bien-fondé » des lois et des réglementations adoptées par l'État.

En principe, l'interprétation même indirecte de « l'objet » et du « bien-fondé » des lois et des réglementations adoptées par les pouvoirs publics est à l'extérieur du champ de compétence des tribunaux internationaux d'arbitrage. Pourtant, dans de nombreux cas, le raisonnement des tribunaux internationaux d'arbitrage témoigne d'une prise de position morale vis-à-vis des décisions souveraines de l'État. À titre d'exemple, on peut citer le recours en arbitrage déposé contre le gouvernement argentin par la société Vivendi dans laquelle le Tribunal a statué sur la violation de la règle du TJE. Pour justifier sa décision, le Tribunal avait alors repris les arguments invoqués par l'investisseur à savoir que les autorités publiques avaient agi de manière

³⁶⁰ Dans l'affaire *Mesa c. Canada*, le Tribunal a expliqué qu'«il n'appartient pas au Tribunal de d'interpréter les choix politiques d'un gouvernement, ni de déterminer si les objectifs politiques du gouvernement auraient été mieux servis en recourant à d'autres moyens » Voir *Mesa Power Group, LLC c. Canada*, (ALENA), CNUDCI CPA Affaire No. 2012-17, Décision rendue le 24 mars 2016 au para. 632 (Kaufmann-Kohler, Brower, Landau). V.a. *S.D. Myers c. Canada*, *supra* note 117 aux paras 261-263; *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 120; *Thunderbird c. Mexique*, *supra* note 167 au para 125; *Fraport AG c. Philippines*, *supra* 284 au para 23. Dans ces affaires, les arbitres reconnaissent explicitement qu'ils ne sont pas habilités (et compétents) pour interpréter ou connaître le droit national, sauf dans le cas où les actes de droit national renvoient au droit international.

³⁶¹ *Texaco c. Libye*, Sentence du 19 janvier 1978, *JDI* 1978 350, no 59 à la p 372.

³⁶² Il arrive même que les tribunaux d'arbitrage interprètent le sens de la Constitution d'un État. Ce fut le cas notamment dans l'affaire CMS, lorsque le Tribunal interpréta le sens des articles 17 et 28 de la Constitution afin de justifier sa décision. *CMS c. Argentine*, *supra* note 230 au para 201.

« irresponsable, déraisonnable et disproportionnée » parce qu'elles avaient émises un avertissement public pour informer la population de la présence de manganèse et de la turbidité de l'eau potable causées par les activités de la Compañía de Aguas del Aconquija³⁶³. On peut également évoquer l'affaire *Azurix c. Argentine* dans laquelle le Tribunal a condamné les décisions politiques « irrationnelles » prises dans le sillage des contestations sociales portant sur l'approvisionnement et l'assainissement des eaux³⁶⁴.

Dans de nombreux cas, les tribunaux n'hésitent pas à condamner les motivations politiques de l'État, voire à critiquer les décisions démocratiques ou même à sous-entendre la façon avec laquelle les pouvoirs publics auraient dû se comporter. À ce titre, on peut citer l'affaire *SD Myers*, dans laquelle le Tribunal élabore sur le fait que les gouvernements peuvent sembler commettre « des erreurs », « mal évaluer les faits », « procéder sur la base de théories économiques ou sociologiques erronées », « mettre l'accent de manière trop rigoureuse sur certaines valeurs sociales » ou « adopter des solutions qui sont inefficaces ou contre-productives »³⁶⁵. Dans d'autres cas, il arrive que les tribunaux condamnent de manière implicite la façon dont les élus se comportent et suggèrent la manière avec laquelle il auraient dû se comporter. À titre d'exemple, on peut citer l'affaire *Suez c. Argentine*, dans laquelle le Tribunal condamna le gouvernement argentin pour avoir omis d'appliquer certains tarifs et mécanismes en matière d'ajustement des prix, tel que convenu dans le contrat de distribution et de traitement des eaux. Outre les troubles d'ordre public au moment des faits, l'Argentine subissait les retombées négatives et ininterrompues d'une crise monétaire et d'une récession économique

³⁶³ *Vivendi Universal c. Argentine*, CIRDI, Affaire No.ARB/97/3 Décision rendue le 20 Août 2007 aux paras 7.4.26. à 7.4.29.

³⁶⁴ *Azurix c. Argentine*, Décision finale, *supra* note 83 aux paras 85, 137, 311, 375, 386.

³⁶⁵ *S.D. Myers c. Canada*, *supra* note 117 au para 261-263. Voir également l'affaire *Waste Management* dans laquelle le Tribunal avait établi un lien entre la violation du TJE et un comportement « arbitraire et injustifié » fondé sur les « préjugés protectionnistes » *Waste Management c. Mexique*, *supra* note 100 au para 442.

majeure. Néanmoins, de l'avis du Tribunal, le gouvernement argentin « aurait pu employer des moyens plus souples qui auraient pu protéger à la fois ses intérêts et ceux des investisseurs »³⁶⁶. Ce genre d'affirmations témoigne d'une prise de position subjective vis-à-vis des décisions politiques et sous-entend une intrusion réelle dans la gestion des affaires internes de l'État.

Dans de telles circonstances, les tribunaux d'arbitrage ne font pas qu'évaluer la valeur juridique des actions de l'État mais ils interprètent, en réalité, la légitimité de ses choix politiques. Au final, les prétentions des tribunaux d'arbitrage selon lesquelles ils ne jugent pas les « motivations » de l'État apparaissent vraisemblablement inexactes. L'idée selon laquelle les arbitres n'ont pas à juger des « motivations » de l'État parce qu'ils n'appliquent que des droits en vertu des traités ne traduit pas la réalité. En fait, une affirmation plus appropriée serait de dire que les arbitres, parce qu'ils interprètent et appliquent des règles dans le contexte de l'exercice des pouvoirs souverains ne peuvent s'empêcher sur le fond de juger les motifs politiques de l'État³⁶⁷.

Dans les faits, il est fréquent que l'exercice de la souveraineté soit le reflet d'une certaine volonté politique à la fois instable, incohérente et imprévisible. Une telle volonté politique n'en demeure pas moins légitime.

Il faudra reconnaître que les États ont tous leurs propres institutions judiciaires, économiques, sociales ou culturelles qui appellent des choix politiques différents. Tenant compte des différences en termes de « valeurs nationales », il faudra admettre l'existence d'une certaine latitude quant à la définition et l'application de certains concepts qui ont trait notamment à l'intérêt national, à la

³⁶⁶ *Suez c. Argentine* Décision sur la responsabilité, *supra* note 190 au para 235.

³⁶⁷ Abram Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976) 89 : 7 HLR aux pp 1294–5

moralité publique, aux impératifs d'utilité publique³⁶⁸ ou même à l'application horizontale des droits fondamentaux³⁶⁹

Règle générale, les investisseurs étrangers (et leurs investissements) ne seront pas protégés par la règle du TJE s'ils enfreignent le droit national applicable ou si leur comportement se caractérise par de la corruption, de la fraude, de la mauvaise foi, ou par une conduite trompeuse³⁷⁰. Mais dans certains cas, les contours juridiques et rationnels de ces critères d'ordre publics demeureront flous et sujets à interprétation.

Afin de justifier leurs actions souveraines au regard de la règle du TJE, les États devront continuer de s'efforcer d'agir conformément à un « exercice normal » de la souveraineté quoique cet « exercice normal » demeure encore aujourd'hui sujet à questionnement. Bien que dans le contexte du droit international de l'investissement, cet « exercice normal » demeure ambigu, les États doivent s'efforcer de démontrer que leur comportement est justifiable au vu des principes généraux du droit international et qu'il correspond aussi à une certaine rationalité dans le contexte des droits économiques et de la protection des investissements étrangers.

³⁶⁸ Voir *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI n ° ARB / 95/3, sentence du 10 février 1999, para 126.

³⁶⁹ Voir Tribunal constitutionnel plurinational de Bolivie, sentence n ° 0085/2012 du 16 avril 2012, section III.1.2 : en application de l'article 109.1 de la Constitution politique de l'État bolivien qui prévoit le principe de l'application directe de la Constitution. Tel que cité dans *South American Silver Limited c. Bolivie*, CNUDCI, PCA Affaire n ° 2013-15, Contre-mémoire du défendeur, 31 mars 2015, à la p 66.

³⁷⁰ Voir *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire CIRDI n ° ARB / 07/24, sentence rendue le 18 juin 2010, para 123. Voir aussi, *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, Affaire CIRDI n ° ARB / 06/5, sentence rendue le 15 avril 2009, au para 106; *Inceysa Vallisoletana S.L. République d'El Salvador*, Affaire CIRDI n ° ARB / 03/26, sentence rendue le 2 août 2006, para 240.

4.4. Conclusion du chapitre

Ce chapitre a permis de démontrer qu'en fonction de leur compétence juridictionnelle, les tribunaux internationaux d'arbitrage se voient reconnaître une autorité qui leur permet d'interpréter la nature et l'objet des actes souverains. Au regard de la norme du TJE, les tribunaux en viennent non seulement à interpréter les actes juridiques internes de l'État mais ils interrogèrent également la « raisonabilité » et la « légitimité » de ses choix politiques. Lorsqu'elle est appliquée, la règle du TJE permet alors aux tribunaux d'arbitrage de s'introduire au cœur de l'exercice des pouvoirs souverains. Elle leur accorde également une grande marge d'appréciation dans la détermination des « causes légitimes » ainsi que des moyens « raisonnables » qui devront être appliqués de manière « proportionnée » face aux objectifs à atteindre. Simultanément, la règle du TJE permettra de qualifier et de condamner les mesures nationales adoptées qui sont « injustifiées », « excessives », « disproportionnés », ou « déraisonnables ».

Lorsqu'elle est appliquée, la règle du TJE permet alors d'établir quelles sont les politiques souveraines qui sont les plus « adaptées » pour répondre aux objectifs d'intérêt public qui sont recherchés. Ce faisant, la règle du TJE contribuera parfois à la périphérisation du rôle politique de l'État en condamnant certaines décisions. En ce sens, l'application de la règle du TJE témoigne d'une certaine ingérence dans les affaires internes de l'État qui prendra forme dans le discours juridique utilisé.

Dans certains cas, l'exercice des pouvoirs politiques aura « mal évalué les faits » tandis que dans d'autres cas, cet exercice aura des « limites ». Il aura agi de manière « déraisonnable », « irrationnelle » ou même « irresponsable ». Force est d'admettre ce genre d'affirmation reflète une prise de position morale vis-à-vis des décisions souveraines de l'État. Ce faisant, on ne pourra pas nier le fait que certains « préjugés idéologiques » se dissimulent dans le raisonnement juridique.

Lorsqu'ils reconnaissent que les prérogatives publiques doivent être « proportionnées », « raisonnables » ou « justifiées »³⁷¹, les tribunaux interprètent inévitablement le bien-fondé des actes souverains puisque qu'ils enjoignent souvent l'État de démontrer un « lien de proportionnalité raisonnable » entre ses décisions politiques et le but social qu'il recherche réellement. Par contre, comment pourrait-il en être autrement? En réalité, les tribunaux internationaux n'ont-ils pas précisément pour rôle de juger la conformité des agissements de l'État vis-à-vis de ce que le droit international considère comme étant un traitement *injuste et inéquitable* dans les circonstances? Il semble que lorsqu'ils appliquent la règle du TJE au regard des motivations subjectives de l'État, les interprètes du droit ne peuvent faire autrement que d'introduire certains jugements de valeurs afin de justifier leur raisonnement.

Toutefois, alors qu'ils sont institués sur le fondement de leur compétence du droit international, les tribunaux internationaux d'arbitrage ne jouissent pas d'une autorité qui leur permet de s'immiscer dans des affaires internes de l'État. L'interprétation, même indirecte, du bien-fondé et de l'objectif des décisions politiques de l'État excèdera certainement leur champ de compétence. Dans les cas où des préoccupations démocratiques peuvent être soulevées, les tribunaux d'arbitrage devront faire preuve d'une plus grande retenue et devront se montrer prudents afin d'éviter toute forme d'ingérence indue dans l'exercice des pouvoirs souverains.

³⁷¹ Rappelons que la mesure réglementaire doit traduire « de manière raisonnable un rapport proportionnel entre le fardeau supporté par l'investisseur étranger et le but recherché ». *Tecmed c. Mexique*, *supra* note 189 au para 122.

CONCLUSION

C'est au droit international qu'il appartient de garantir le libre exercice des pouvoirs de chaque État et de déterminer jusqu'où ces pouvoirs peuvent être exercés, notamment à l'égard des «personnes étrangères» qu'il accueille sur son territoire³⁷².

Retour sur le travail

Le sujet de notre recherche consistait à mieux comprendre l'interprétation juridique de la règle du traitement juste et équitable au regard des prérogatives souveraines de l'État. En levant le voile sur l'ambiguïté normative de cette règle il s'agissait notamment de démontrer le lien conflictuel entre la préservation de l'autorité souveraine et la protection juridique des investissements étrangers, nécessaire au développement de l'État. L'objectif de ce travail était de confronter la règle du traitement juste et équitable (« TJE ») aux limites de l'exercice des prérogatives souveraines de l'État. En ce sens, nous avons tenté de démontrer de quelle manière l'application de la règle du TJE parvient à limiter progressivement l'autonomie des pouvoirs politiques de l'État.

Dans un premier temps, nous avons examiné l'évolution historique de la règle du TJE. D'abord, formulé comme une simple expression, le « traitement juste et équitable » est progressivement devenu une norme juridique, puis une obligation primaire. A la faveur de son indétermination juridique, plusieurs juristes vont même jusqu'à qualifier le TJE comme un concept diplomatique à la « fine pointe de l'art »³⁷³. Cependant, il faut l'admettre cette norme n'établit pas d'indications précises quant à la protection juridique accordée aux investisseurs étrangers et ne

³⁷² Michel Virally, « Panorama du droit international contemporain – Cours de droit international général » (1983) 183 *R.V.A.D.I.* 89.

³⁷³ Wilson Robert, *The International Law Standard in Treaties of the États-Unis* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1953 à la p 53 tel que cité dans Todd Weiler, *supra* note 31 à la p 189.

permet pas d'établir clairement les prescriptions à respecter ni le comportement à adopter de la part des États.

Dans un second chapitre, nous avons examiné plus attentivement le contenu normatif de la règle du TJE au regard de son indétermination³⁷⁴. Cette règle qui figure dans les nombreux traités de libre-échange et d'investissements désigne le traitement que chaque État doit normalement réserver d'après le droit international aux investissements étrangers. Mais alors que le TJE a pour but de prévenir toute forme de traitement discriminatoire, arbitraire ou injustifié, on constate rapidement que cette règle ne possède pas de sens ou de vérité propre. C'est plutôt le contraire. Il existe en fait plusieurs zones grises et imprécisions normatives qui permettent aux investisseurs étrangers d'y puiser ce dont ils ont besoin afin de faire valoir leurs droits (et leurs intérêts). La principale zone grise concerne le sens pouvant être donné au « standard minimal de traitement des étrangers ». Ce standard que l'on pourrait qualifier de coutumier exige que l'État accorde un certain seuil de protection inaliénable aux « ressortissants étrangers » présents sur son territoire ainsi qu'à leurs « biens ». Mais voilà, lorsque ces ressortissants sont des « investisseurs étrangers » et lorsque leurs biens sont des « flux investissements transfrontaliers », le sens accordé à la protection coutumière est donc difficile à saisir. Compte tenu de l'évolution du droit international économique, il semble que cette protection ne saurait se limiter aux seules « personnes physiques » et à leurs « biens matériels » mais devrait plutôt s'étendre aux « titres » et aux « droits de propriété » en vertu desquels découle l'investissement. C'est pourquoi les tribunaux internationaux d'arbitrage présumant que les effets juridiques de la règle du TJE s'étendent aux droits économiques, aux contrats ainsi qu'aux *acta jure gestionis* conclus par l'État.

³⁷⁴ À ce titre, voir Ioana Tudor, *supra* note 76.

Dans un troisième chapitre, nous avons analysé l'argument auquel renvoient le plus souvent les investisseurs étrangers afin de faire valoir leurs droits : la notion des « attentes légitimes ». Tandis qu'ils invoquent leurs propres « attentes » en matière de *justice* et d'*équité*, les investisseurs étrangers se réfèrent souvent à cette notion très vague pour faire valoir leurs droits (et leurs intérêts). La plupart du temps, les « attentes légitimes » ne renvoient pas à la stabilité du cadre juridique de l'État – tel qu'il est au moment d'investir – mais plutôt à la manière avec laquelle l'environnement juridique évolue au fil du temps au regard des différents engagements pris en droit interne. En démontrant que la « raison-d'être » de leurs investissements s'incarnait dans la prévisibilité et la transparence du cadre juridique qui leur étaient applicable, les investisseurs parviennent à faire reconnaître une valeur juridique aux contrats et autres engagements spécifiques pris par l'État. Nonobstant les changements d'ordre juridique adoptés sous le couvert de la légalité ou de l'intérêt public, les États seront donc tenus de respecter les engagements qu'ils ont préalablement consentis aux investisseurs étrangers, à défaut de quoi ils risquent d'engager leur responsabilité juridique internationale.

Dans notre quatrième chapitre, nous avons observé à quel point le système juridique ne peut s'articuler sans devoir porter atteinte à sa logique juridique purement objective. Nous avons montré que la démarche d'interprétation juridique reflète parfois une prise de position morale vis-à-vis des décisions souveraines de l'État lorsqu'elle en vient à interroger les « motivations légitimes » de l'État. En ce sens, nous avons porté une attention particulière aux situations dans lesquelles les tribunaux condamnent les motivations politiques de l'État afin de justifier leur raisonnement. Les condamnations relatives aux décisions ou aux actes « injustifiés », « disproportionnés » ou « irrationnels » adoptés par les pouvoirs politiques permettent de confirmer ce postulat. De tels raisonnements renvoient nécessairement à l'idée intuitive, voire aux jugements de valeurs que les interprètes considèrent eux-mêmes comme légitimes. Ces raisonnements prouvent qu'il existe une grande subjectivité

dans le droit, voire même certains préjugés idéologiques. Il semble que l'idée subjective que les interprètes se font de ce qui est *juste et légitime* soit incontournable compte tenu de l'indétermination de la norme du TJE.

Vers une réaffirmation des pouvoirs politiques et normatifs de l'État?

L'État est capable d'imposer ou de projeter sa volonté au niveau interne. Mais la capacité de l'État à projeter sa volonté souveraine au niveau international dépend d'une mainmise suffisante sur les leviers politiques et sur le construit normatif qui existent à l'intérieur de ses frontières. Au niveau international, l'État est en mesure de préserver une grande autonomie réglementaire à l'intérieur de ses traités de libre-échange et d'investissement. Mais cette autonomie dépend essentiellement de sa propre volonté politique, aussi imparfaite soit-elle.

Le droit international reconnaît aux pouvoirs politiques une compétence exclusive pour introduire les lois et les réformes qui leur paraissent opportunes³⁷⁵. Mais dans le contexte où les États sont confrontés à la question de l'étendue de leurs pouvoirs légitimes, le droit international se refuse de voir dans un engagement quelconque, un abandon de la souveraineté ou du droit interne de l'État. Sans doute, un engagement international peut inclure une obligation restreignant l'exercice de la puissance souveraine. Dans de tels cas, l'État doit prévoir l'étendue de ses pouvoirs légitimes à l'intérieur de ses traités³⁷⁶. Considérant que l'État a l'obligation souveraine d'assurer la protection de l'« intérêt public » sur son territoire, il est donc de sa responsabilité d'inclure à l'intérieur de ses traités des règles qui lui permettront d'exercer librement son autorité légitime³⁷⁷.

³⁷⁵ *Texaco c. Libye*, Sentence du 19 janvier 1978, *JDI* 1978 350, no 59, p 367 (obs R. J. Dupuy).

³⁷⁶ *Affaire Elsi*, supra note 86 aux paras 72 à 74.

³⁷⁷ *Affaire Lotus*, supra note 10.

Depuis quelques années, l'avènement des nouveaux traités de libre-échange et d'investissement consacrent l'ascension fulgurante de nouvelles dispositions qui régissent les formes d'interventions de l'État dans les domaines publics et économiques. On pense notamment, aux règles en matière de transparence enchâssées dans l'Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne (AECG). Conformément à la règle du traitement juste et équitable des investisseurs étrangers, les États auront notamment l'obligation de « publier à l'avance » dans les « moindres délais » toute mesure qu'ils projettent d'adopter et « ménager de manière raisonnable » les entreprises et investisseurs étrangers. Les États devront également leur accorder « une possibilité raisonnable de présenter des éléments factuels et des arguments à l'appui de leur position avant tout acte administratif définitif »³⁷⁸. En contrepartie, ces obligations s'ajoutent aux nouvelles dispositions visant à assurer une plus grande cohérence entre les traités de libre-échange et l'exercice des pouvoirs réglementaires de l'État. En effet, au regard des problèmes concrets, comme la protection de l'environnement, le droit du travail, la santé, le bien-être public, les États tendent à formuler de nouvelles dispositions afin de préserver une certaine autonomie juridique. On en retrouve notamment une illustration à l'article 24.3 de l'AECG (intitulé « Droit de réglementer et niveaux de protection ») qui reconnaît

[...] le droit de chaque Partie de définir ses priorités environnementales, d'établir ses niveaux de protection de l'environnement ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques d'une manière conforme au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie. [Ainsi] Chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et elle s'efforce d'améliorer continuellement

³⁷⁸ Texte de l'Accord économique et commercial global (AECG), art 8.10, art 27.1, 27.2., 27.3, 21 novembre 2016, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>>.

cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent.³⁷⁹

On en retrouve une autre illustration au chapitre 23 de l'Accord économique et commercial global (« AECG »). Ainsi, l'article 23.2 (intitulé « Droit de réglementer et niveaux de protection ») reconnaît que

[...] chaque Partie a le droit de définir ses priorités en matière de travail, d'établir ses niveaux de protection du travail et d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques [...] faire en sorte que cette législation et ces politiques prévoient et encouragent des niveaux élevés de protection du travail et elle s'efforce d'améliorer continuellement cette législation et ces politiques de manière à assurer des niveaux élevés de protection du travail.³⁸⁰

Présent dans certains traités³⁸¹, ce type de disposition permet aux États de justifier l'imposition de nouvelles lois et réglementations qui, tout en répondant à des enjeux liés au travail, sont susceptibles d'affecter certaines garanties préalablement accordées aux investisseurs.

Sans doute ces dispositions ne permettront pas à elles seules de réaffirmer le rôle normatif de l'État. Mais peut-être pourront-elles donner une marge de manœuvre suffisante aux pouvoirs politiques afin que ceux-ci puissent justifier le bien-fondé de leurs actions au regard des droits qu'ils se seront eux-mêmes donnés.

³⁷⁹ *Ibid.*, art 24.4.

³⁸⁰ *Ibid.*, art 23.2.

³⁸¹ Voir le traité (non en vigueur) conclu entre la Barbade, la Belgique et le Luxembourg. Ainsi, aux articles 11.1 et 12.1, les trois Parties reconnaissent « [...]le droit de fixer leur propre niveau en matière de protection de l'environnement et de définir leurs politiques et priorités en matière d'environnement, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence leurs lois ad hoc [...]ainsi que] le droit de fixer leurs propres normes de protection du travail et d'adopter ou de modifier en conséquence leurs lois ad hoc.» *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, art 11.1 et 12.1, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4799>>.

BIBLIOGRAPHIE

Articles scientifiques

- Bachand, Rémi. « Les affaires arbitrales internationales contre l'Argentine : Enjeux pour la gouvernance globale » (2010) 102 *Revue générale de droit international public* 281.
- Bachand, Rémi. « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XXe siècle » (2006) 39 *Revue belge de droit international* 173.
- Bachand, Rémi. « Réflexions autour de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19.2 *Revue québécoise de droit international* 1.
- Burke-White, William & Andreas von Staden. « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations » (2010) 35 *The Yale Journal of International Law* 283.
- Cumyn, Michelle. « La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? » (2006) 47 *Les Cahiers de Droit* 677.
- El Boudouhi, Saida. « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51:1 *AFDI* 542.
- Fauchald, Ole Kristian. « The Legal Reasoning of ISCID Tribunals – An Empirical Analysis » (2008) 19 *European Journal of International Law* 301.
- Fiss, Owen. « Objectivity and Interpretation » (1982) 34 *Stanford Law Review* 739.
- Henckels, Caroline. « Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration » (2013) Vol. 4 No. 1 *Journal of International Dispute Settlement* 197.
- Henckels, Caroline. « Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration » (2012) 15(1) *Journal of International Economic Law* 223.
- Hirsch, Moshe. « Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law » (2011) 12 *Journal of World Investment & Trade* 783.
- Howse, Robert. « Freezing government policy: Stabilization clauses in investment contracts » (2011) 3 : 1 *Institut international de développement durable (IISD)* 1.

- Kenneth J. Vandeveld. « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment » (2010-2011) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 43.
- Khan, Phillipe. « Souveraineté de l'État et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'État » (1985), Rev. Arb. 641.
- Klein Bronfman Marcela. « Fair and Equitable Treatment : An Evolving Standard » (2006) 10 Max Planck UNYB 609.
- Kolb, Robert. « Principles as Sources of International Law » (2006) 53:1 Netherlands International Law Review 1.
- Koskenniemi, Martii. « What Use for Sovereignty Today? » (2011) 1 Asian Journal of International Law 61.
- Koskenniemi, Martii. « The Politics of International Law – 20 Years Later » (2009) 20.1. European Journal of International Law 7.
- Kriebaum, Ursula. « Regulatory Takings: Balancing the Interest of the Investor and the State » (2007) 8 Journal of World Investment & Trade 717.
- Kurtz, Jurgen. « Australia's Rejection of Investor–State Arbitration: Causation, Omission and Implication » (2012) 27 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 65.
- Kurtz, Jurgen. « The Shifting Landscape of International Investment Law and its Commentary » (2012) 106 American Journal of International Law 686.
- Mayeda, Graham. « Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties » (2007) 41(2) Journal of World Trade 273.
- Newcombe, Andrew. « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law » (2005) 20:1 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 1.
- Roberts, Anthea. « Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System » (2013) 107 American Journal of International Law 45.
- Sauvant, Karl P. « FDI Protectionism Is on the Rise » (2009) 5052 World Bank Policy Research Working Paper 1.
- Shany, Yuval. « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? » (2005) 16 5 European Journal of International Law 907.

- Stone, Jacob. « Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment » (2012) 25 *Leiden Journal of International Law* 77.
- Stone Sweet, Alec. « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier » (2010) 69 *Yale Law School Legal Faculty Scholarship Series* 1.
- Stone Sweet, Alec and Jud Matthews. « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism » (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law* 73.
- Trari-Tani, Mostefa. « L'ordre public transnational devant l'arbitre international » (2011) 25 *Arab Law Quarterly* 89.
- Van Harten, Gus. « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication : An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration » (2012) 50 *Osgoode Hall Law Journal* 211.
- Vandevelde, Kenneth J. « The political Economy of a Bilateral Investment Treaty » (1998) 92 *American Journal of International Law* 621.
- Verdross, Alfred. « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers » (1931) 37 *Académie de La Haye du droit international* 323.
- Virally, Michel. « Panorama du droit international contemporain – Cours de droit international général » (1983) 183 *R.C.A.D.I.* 89.
- WR Wade H. « The Basis of Legal Sovereignty » (1955) 13: 2 *Cambridge Law Journal*. 172.
- W. Schill, Stephan. « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator » (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 401.
- W. Schill, Stephan. « Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review » (2012) Vol 3 No.3 *Journal of International Dispute Settlement* 577.
- W. Schill, Stephan. « Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach » (2011-2012) 52 *Virginia Journal of International Law* 57.

Articles en ligne

Agence France Presse, « Le Parlement wallon met son veto à l'accord Canada-UE pour mieux réclamer des garanties », (2016), en ligne : Radio-Canada <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/International/2016/10/14/001-belgique-wallonie-accord-libre-echange-canada-union-europeenne.shtml>>.

Citizens Trade Campaign, « Over 400 Groups Urge Replacement of Outdated “Fast Track” and a New Direction for the Trans-Pacific Partnership and Other 21st Century Trade Agreements » (2013), en ligne : Citizens Trade Campaign <http://www.citizenstrade.org/ctc/p-content/uploads/2013/03/CivilSocietyLetteronFastTrackandTPP_030413.pdf>.

Le Conseil des Canadiens, « Hupacasath First Nation Puts China on Notice Over Canada-China FIPA » (2014), en ligne : Conseil des Canadiens <<http://canadians.org/blog/?p=18925>>.

S.A., « An open letter from lawyers to the negotiators of the Trans-Partnership urging the rejections of investor-state dispute settlement » (2012), en ligne : WordPress <<http://tpplegal.wordpress.com/open-letter>>.

S.A. « Arguments for and against Britain leaving the EU », en ligne : Debating Europe <<http://www.debatingeurope.eu/focus/arguments-britain-leaving-eu/#.WHsaqFPNzIU>>.

Traités de libre-échange et d'investissement

Accord de commerce Réciproque entre les États-Unis et le Canada, 19 Novembre 1935, art 8-9, Washington Trade Report, en ligne Washington Trade Report <<http://www.washingtontradereport.com/RTAACanada.htm>>.

Accord de commerce, de protection des investissements entre la Confédération suisse et la République du Congo-Brazzaville, 18 octobre 1962, art 7, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/817>>.

Accord de libre-échange nord-américain entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, conclu le 17 décembre 1992, en ligne : Secrétariat de l'ALENA <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>>.

Accord de libre-échange et d'investissement entre les États-Unis d'Amérique et le Pérou, 12 avril 2006, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/3376>>.

Accord bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et le Pérou, 14 novembre 2006, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/35/treaty/793>>.

Accord bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et l'Équateur, 6 juin 1996, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/35/treaty/783>>.

Accord entre les États-Unis et l'Argentine concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127>>.

Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République de l'Équateur concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement, 27 août 1993, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/1337>>.

Accord entre les États-Unis et la République du Zaïre relatif à la protection réciproque des investissements, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/828>>.

Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire concernant le développement des relations commerciales et d'investissement, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/3#iiaInnerMenu>>.

Accord entre le Gouvernement de l'Australie et le Gouvernement de la République argentine sur la promotion et la protection des investissements et protocole, 23 août 1995, en ligne : CNUCED <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu>>.

Accord entre le Gouvernement du Canada et la République populaire de Chine sur la Promotion et la Protection Réciproque des Investissements, en ligne : Affaires mondiales Canada < <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/Chine-text-chine.aspx?lang=eng>>.

Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement du Japon sur la libéralisation, la promotion et la protection de l'investissement, 22 mai 2002, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1727> >.

Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République socialiste démocratique de Sri Lanka pour la promotion et la protection des investissements (13 février 1980), London Treaty Series No. 14.

Accord conclu entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République fédérative tchèque et slovaque sur la promotion et la protection des investissements et protocole, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/993> >.

Accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République d'Indonésie pour la promotion et la protection des investissements, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1646>>.

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4799>>.

Convention des revendications particulières pour le règlement des revendications des citoyens américains découlant de lois révolutionnaires au Mexique du 20 Novembre 1910 au 31 mai 1920, N.U. Recueil des sentences arbitrales, vol IV 1923.

Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan pour la promotion et la protection des investissements, 25 novembre 1959, 793 RTNU (1959).

Traité d'amitié et de relations économiques (Éthiopie - États-Unis), 7 Septembre, 1951 : 206 U.N.T.S. 41.

Treaty of Commerce and Navigation between the United-States and Japan, 31 Mars 1854. en ligne : Yale Law School <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/japan002.asp>.

Traités internationaux (Modèles)

Italaw, *Investment treaty arbitration, Canada 2004, FIPA Model*, en ligne : Investor-State LawGuide <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.

United States Trade Representative, *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* en ligne : USTR <<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>>.

United Nations Commission on International Trade Law (CNUDCI), *Model Law on International Commercial Arbitration*, New York: United Nations, 1994.

Traités multilatéraux

ASEAN Treaty for the Promotion and Protection of Investment (1987) 27 ILM 612.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, Rés. AG 31/98, Doc off AG NU, (adoptée le 15 décembre 1976).

Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) (1994) 33 ILM 1072.

Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités entre États, 1980 RTNU 355, Vol. 1155.1-18232 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (1988) 27 ILM 1228.

Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington le 18 mars 1965, 1968, 1021 RTNU, (entrée en vigueur le 14 octobre 1966)

Fourth Convention of the African, Caribbean and Pacific Group of States and the European Community (EEC) [Lomé IV] (1989) 29 ILM 809.

United Nations Commission on International Trade Law, *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law*, (Adopted by the General Assembly on 15 Décembre 1976), Resolution 31/98, New York : United Nations.

Dictionnaires de droit

Arnaud, André-Jean (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1993.

Garner, Bryan A. (dir.). *Black's law dictionary*, 9^e Édition, St-Paul, West Publisher, 2009.

Reid, Hubert (dir.). *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, 5^e édition Wilson & Lafleur 2015.

Salmon, Jean (dir.). *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

Statsky, William (dir.). *Legal Thesaurus Dictionnary*, New York, West Publishing Company, 1985.

Walker, David (dir.). *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Carendon Press, 1980.

Documentation internationale

Annuaire de la Commission du droit international, *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 Volume II Deuxième partie, New York : Nations Unies (2005) 1.

Commission du droit international (CDI), *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, vol. 1. Annuaire de la Commission du droit international, New York : Nations Unies, (2001) 61.

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés. AG 31/98, Doc off AG NU, (15 décembre 1976). 1.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *L'ensemble de principe et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, Doc off CES NU, 2000, TD/RBP/CONF/10/Rev.2. 1

Centre international pour le règlement des différends liés à l'investissement, *CIRDI Convention Règlements d'arbitrage*, CIRDI/15, Washington: CIRDI, (avril 2006) 1.

Conférence de codification de la Société des Nations, *Rapport de la deuxième Commission, ILM*, 1930.V. 9 (C.230, M. I 17, 1930.

Garcia Amador, *Deuxième rapport sur la responsabilité de l'État pour les dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Part I : Actions et Omissions*, Doc off NU A/CN.4/106, (1957) 104.

Organisation des États Américains, Commission du libre-échange : Information sur l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 et de l'article 1105 de l'ALENA*, art 2, 31 juillet 2001, en ligne : Commission du libre-échange <http://www.sice.oas.org/TPD/ALENA/Commission/CH11understanding_f.asp>.

Jurisprudence Cour permanente international de justice

Affaire «Communautés» greco-bulgares, Arrêt (1930), CPIJ (sér B) no 17.

Affaire Oscar Chinn, Arrêt, (1934) CPJI (sér A/B) No. 63.

Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig (1932), CPJI, (sér A/B) no 44.

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (1932), CPIJ (sér A) no 46.

Jurisprudence Cour internationale de justice

Affaire des immunités juridictionnelles de l'État, [2012] CIJ rec 15.

Affaire du Droit d'asile, Arrêt du 20 Novembre [1950], CIJ rec 11.

Affaire Elettronica S.p.A. (Elsi), Arrêt, [1989] CIJ rec 15.

Affaire Rainbow Warrior, Arrêt [1990] CIJ rec 215.

Ahmadou Sadio Diallo, Arrêt, [2010] CIJ rec 639.

Plateau continental de la mer du Nord (Federal République d'Allemagne c. Pays-Bas / Danemark), Arrêt [1969] CIJ rec 3.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros, Arrêt [1997] CIJ rec 38.

Jurisprudence arbitrale internationale

« Affaire Goldenberg » (*Roumanie c. Allemagne*), 1949 2 U.N.R.I.A.A. 901, 909.

« Affaire des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna » (États-Unis d'Amérique c. Russie) (1902) N.U. Recueil des sentences arbitrales, vol IX aux pp. 51-78.

ADF Group Inc. c. États-Unis, (CIRDI Affaire No. ARB(AF)/00/1), Décision rendue le 9 janvier 2003.

Amco Asia et al. c. République d'Indonésie, Décision du comité *ad hoc* CIRDI du 16 mai 1986, *JDI* 1987.

American Manufacturing & Trading, Inc c. République démocratique du Congo, CIRDI ARB/93/1, Décision finale rendue le 21 février 1997.

Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, Affaire CIRDI n ° ARB / 95/3, Décision rendue le 10 février 1999.

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. Sri Lanka (1990) 4 CIRDI Rep.245.

Azurix c. Argentine, CIRDI, Affaire No.ARB/01/12, Décision (14 juillet 2006).

Biwater Gauff c. Tanzanie, CIRDI, Affaire No.ARB/05/22, Décision (24 juillet 2008).

Cargill c. Mexique Décision rendue le 18 Septembre 2009, CIRDI Affaire no. ARB(AF)/05/Z.

Chevron c. Équateur (II) CNUDCI CPA Affaire No. 2009-23, Décision Piste 1B rendue le 12 Mars 2015.

Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada, CNUDCI CPA, Affaire No. 2009-04.

CME c. République tchèque, CNUDCI, Décision rendue le 14 Mars 2003.

CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine, CIRDI Affaire No. ARB/01/8, Décision rendue le 12 mai 2005.

EDF c. Roumanie, CIRDI Affaire ARB/05/13, Décision rendue le 8 Octobre 2009.

Eli Lilly and Company c. Canada, CNUDCI Affaire No. UNCT/14/2.

El Paso c. Argentina, CIRDI, Affaire No.ARB/03/15 Décision (31 Octobre 2011).

- Feldman c. Mexique*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/99/1, Décision rendue le 16 Décembre 2002.
- GAMI Investment Ltd c. Mexique* (ALENA) Affaire No.ARB/545, Décision (15 Novembre 2004).
- Glamis Gold Ltd. c. États-Unis* (2009) 48 ILM 1035, CNUDCI, Arbitration (ALENA), Décision rendue le 8 Juin 2009.
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire CIRDI n° ARB / 07/24, Décision rendue le 18 juin 2010.
- Handyside c. UK*, ECHR, Application No. 5493/72 Series B, No.221975 (1975).
- Harry Roberts c. États-Unis mexicains*; Décision du 2 novembre 1926, N.U. Rapport des décisions arbitrales internationales, vol 4, 2 Novembre 2016.
- I. F. H. Neer & Pauline Neer (É-U) c. États-Unis mexicains*, N.U. Rapport des décisions arbitrales internationales, vol 4, 15 Octobre, 1926.
- Inceysa Vallisoletana S.L. République d'El Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB / 03/26, Décision rendue le 2 août 2006.
- International Bank of Washington c. OPIC* (1972) 11 ILM 1216.
- International Thunderbird Gaming Corp. c. Mexique*, CNUDCI, Ad hoc Arbitration (ALENA) (26 Janvier 2006).
- Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, Décision rendue le 3 septembre 2001, en ligne : ItaLaw < <http://www.italaw.com/cases/610>>.
- LG&E International Inc. c. Argentine*, CIRDI, Affaire No.ARB/02/1 Décision rendue le 3 Octobre 2006.
- Lone Pine Resources Inc. c. Canada* (CIRDI Affaire No. UNCT/15/2).
- Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, CNUDCI, Décision rendue le 31 Mars 2010.
- Mesa Power Group LLC c. Gouvernement of Canada* CNUDCI CPA Affaire No. 2012-17).
- Metalclad Corp. c. Mexique*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/97/1, Décision rendue le 30 août 2000.
- Methanex c. États-Unis*, CNUDCI, (ALENA) Comité Ad hoc, Décision finale rendue le 3 Août 2005.

- Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (CIRDI Affaire No. ARB/15/6).
- Mondev International c. United States*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/99/2 Décision rendue le 11 Octobre 2002.
- MTD Equity c. Chile*, CIRDI, Affaire No.ARB/01/7, Décision sur l'annulation rendue le 21 Mars 2007.
- Occidental c. Équateur (II)*, CIRDI, Affaire no. ARB/06/11, Décision sur la juridiction rendue le 9 septembre 2008.
- Pac Rim Cayman LLC c. Salvador*, CIRDI Affaire No. ARB/09/12.
- Parkerings-Compagnies AS c. Lituanie*, CIRDI, Affaire No.ARB/05/08, Décision finale rendue le 11 Septembre 2007.
- Philip Morris Asia Limited c. Australie*, CNUDCI, CPA Affaire No. 2012-12.
- Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, Affaire CIRDI n ° ARB / 06/5, Décision rendue le 15 avril 2009.
- Pope & Talbot c. Canada* CNUDCI, Décision provisoire datée du 26 juin 2000.
- Pope & Talbot c. Canada*, Décision rendue sur le mérite de la phase 2, rendue le 10 Avril 2001.
- Quasar de Valores c. Russie*, CCS Affaire No. 24/2007, Décision rendue le 20 Juillet 2012.
- SAUR International c. Argentine*, CIRDI, Affaire No. ARB/04/4 Décision sur la responsabilité rendue le 6 juin 2012.
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc*, CIRDI Affaire No. ARB/00/4 Décision sur la juridiction, 23 juillet 2001.
- Saluka Investments Ltd c. République tchèque*, CNUDCI, CPA, Décision partielle rendue le 17 Mars 2006.
- S.D. Myers c. Canada*, CNUDCI, Décision partielle rendue le 30 novembre 2000.
- Sempra Energy International c. Argentina*, CIRDI, Affaire No.ARB/02/16 Décision rendue le 28 Septembre 2007.
- South American Silver Limited c. Bolivie*, CNUDCI, CPA Affaire No. 2013-15.
- Tecnicas Medioambientales SA (Tecmed) c. Mexique*, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/00/2, Décision rendue le 29 Mai 2003.

Texaco c. Libye, Sentence du 19 janvier 1978, *JDI* 1978 350, no 59.

The Loewen Group c. États-Unis d'Amérique, CIRDI, Affaire no. ARB(AF)/98/3, Décision rendue le 26 Juin 2003.

Total c. Argentine, CIRDI Affaire No. ARB/04/1, Décision sur la responsabilité rendue le 27 Décembre 2010.

Vivendi Universal c. Argentine, CIRDI, Affaire No.ARB/97/3 Décision rendue le 20 Août 2007.

Waste Management Inc. c. Mexique, CIRDI, Affaire No.ARB(AF)/00/3 Décision rendue le 30 Avril 2004.

Mémoire présentés par les demandeurs

Chevron c. Ecuador (II) CNUDCI, PCA Case No. 2009-23, Contre-Mémoire du Demandeur sur la Juridiction, 6 septembre 2010, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0163.pdf>>.

Eli Lilly and Company c. Canada, CIRDI, Affaire No. UNCT/14/2, Mémoire du demandeur, 29 septembre 2014, en ligne : Investor-State LawGuide <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4046.pdf>>.

Lone Pine Resources c. Canada CIRDI, Affaire No.UNCT/15/2, Mémoire de la demanderesse, 10 avril 2015, en ligne : Investor-State LawGuide <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4259.pdf>>.

Mesa Power Group c. Canada, ALENA, CNUDCI CPA Affaire No. 2012-17, Mémoire du demandeur, 20 Novembre 2013, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3220.pdf>>.

Mémoire présentés par les défendeurs

Eli Lilly and Company c. Canada, CIRDI, Affaire No. UNCT/14/2, Mémoire du Canada, 25 juillet 2016, en ligne : Investor-State LawGuide <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7464.pdf>>.

Lone Pine Resources c. Canada CIRDI, Affaire No.UNCT/15/2, Contre Mémoire du Canada, 24 juillet 2015, en ligne : Investor-State LawGuide <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7092.pdf>>.

Loewen Group, Inc. c. États-Unis, CIRDI Affaire ARB(AF)/98/3, Seconde soumission du Canada conformément à l'article 1128 de l'ALENA, 27 Juin 2002.

Mesa Power Group, LLC c. Canada, CNUDCI, Seconde soumission des États-Unis d'Amérique conformément à l'article 1128, 25 juillet 2014, en ligne : Investor-State LawGuide < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3277.pdf>>.

Mesa Power Group, LLC c. Canada, CNUDCI, Seconde Soumission du Mexique conformément à l'article ALENA 1128, 25 juillet 2014, en ligne : Investor-State LawGuide < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3276.pdf>>.

Monographies

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press 5^e Édition, 1990.

Carreau, Dominique et Patrick Juillard. *Droit international économique*, Paris, Dalloz 5^e édition, 2013.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4^e éditions, Montréal, Thémis, 2009.

Crawford James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Dupuy, Pierre-Marie et Yann Kerbrat. *Droit international public*, Paris, Dalloz 10^e édition, 2010.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.

Galligan, D. J. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Paperback, 1990.

Hobbes, Thomas. *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971.

Hotte, Simon. *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Tome 28, Paris, Defrénois, 2007.

Jacquet, Jean-Michel, Philippe Delebecque. *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz 2^e édition, 2010.

- Pellet, Alain et Patrick Daillier. *Droit international public*, Paris, L.G.D.J. Lextenso 8^e édition, 2009.
- Schneiderman, David. *Constitutionalizing Economic Globalization : Investment Rules and Democracy's Promisem*, Cambridge, CUP, 2008.
- Schreuer Christoph, & Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2e ed. Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Tudor, Ioana *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Van Harten, Gus. *Sovereign Choices and Sovereign Constraints, Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Van Harten, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, OUP, 2007.
- Weiler Todd, *The Interpretation of International Investment Law, Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- W. Schill, Stephan. *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Monographies chapitres

- Burke-White, William and Andreas von Staden. «The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations», dans. Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
- Kingsbury, Benedict. «Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest—the Concept of Proportionality», dans. Stephan W. Schill *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Urueña, René. «Of Precedents and Ideology, Lawmaking by Investment Arbitration Tribunals», dans. Prabhakar Singh and Benoît Mayer, *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- W. Schill, Stephan. «Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law», dans. Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Rapports d'organisations internationales

Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, *Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi : Acte final*, 12 (1) a), E/CONF.2/78, 21 Novembre 1947 au 24 mars 1948, en ligne : Organisation mondiale du commerce (OMC) <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf>.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014. L'investissement au service des objectifs de développement durable : un plan d'action*, New York : Nations Unies, 2014.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *World Investment Report Towards a New Generation of Investment Policies*, New York : United Nations, 2012.

Gaukrodger, D. & Kathryn Gordon. « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community » (2012) 3 OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>>.

Gordon, Kathryn & John Pohl. « Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World » (2015) 2 OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, en ligne : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) <<http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>>.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE). «La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements» (2004) 3 *Éditions OCDE*, 2004, en ligne : Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) <<http://dx.doi.org/10.1787/616018623408>>.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Définition de référence des investissements directs internationaux*, 4^e Édition, 2008 aux pp 56 et s., en ligne : Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) <<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf>>.

Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), *Projet de convention sur la protection des biens étrangers et résolution du Conseil de l'OCDE relative au projet de convention*, 1967.

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et d'autres entreprises commerciales, Doc off AG NU 2009, Doc NU A/HRC/11/13

United Nations Conference on Trade and Development IIA Conference (UNCTAD). *Reforming the International Investment Agreements Regime, Conference Survey Results*, Geneva: United Nations, 2014.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Fair and Equitable Treatment, Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York: United Nations, 2012.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, New York: United Nations, 2012.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, New York: United Nations Issue Note. 1 Avril 2014.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Trade and Development Report*, New York and Geneva: United Nations, 2014.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, New York: United Nations, 2015.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Investment, Enterprise and Development Commission (IEDC). *Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead, Note by the secretariat*, Geneva: 25–27 Février 2015.

Sites gouvernementaux

Government of Canada, Global Affairs, *Canadian Foreign Investment Promotion and Protection (FIPAs)-2004 Model Treaty*, Government of Canada, 2015, en ligne: Gouvernement du Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=eng>>.

Government of Canada, Foreign Affairs, Trade and Development Canada, *Foreign Investment Promotion and Protection Agreements (FIPAs), Canada-China*, 2014, en ligne : Gouvernement du Canada : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/china-chine.aspx?lang=eng>>.

Government of Canada, Global Affairs, *Le programme d'APIE du Canada : Propos, objectif, teneur*, Government of Canada, 2015, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/fipa-purpose.aspx?lang=fra>>.

Sites d'organisations internationales

International Center for Settlement of Investment Disputes, *The ICSID Caseload - Statistics*, ICSID, 2015, en ligne : International Center for Settlement of Investment Disputes <<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/resources/pages/icsid-caseload-statistics.aspx>>.

United Nations Conference on Trade and Development, *Investment Policy Monitor*, en ligne : United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IPM>>.