

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA PROTECTION INTERNATIONALE DES ATTENTES RAISONNABLES DE
L'INVESTISSEUR
UN CONSTRUIT ARBITRAL

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN DROIT

PAR
YASMINA BOUKOSSA

JUIN 2022

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse 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.10-2015). 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

J'adresse tous mes remerciements à mon directeur de thèse, le professeur Rémi Bachand, qui m'a encadrée tout au long de cette thèse et qui a été une source inestimable de conseils. Je le remercie pour sa gentillesse, sa disponibilité sans faille, et ses encouragements.

DÉDICACE

Je dédie cette thèse à mon père
qui m'a toujours poussée
et encouragée dans mes études.
Je le remercie pour ses précieux conseils
ainsi que pour son soutien indéfectible.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	ii
DÉDICACE	iii
TABLE DES MATIÈRES	iv
RÉSUMÉ	ix
INTRODUCTION	1
<i>Portée de la recherche et précision terminologique</i>	11
<i>Hypothèse de recherche et structure de la thèse</i>	13

PARTIE I

ÉTAT DES LIEUX DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

CHAPITRE I

LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT ET LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE	18
1.1 Méthodologie d'analyse	18
1.2 L'évolution temporelle des attentes raisonnables dans les traités d'investissement	19
1.3 Les distinctions rédactionnelles des clauses de protection de l'investisseur	28
1.4 L'analyse géographique des traités d'investissement et des accords de libre-échange.....	31

CHAPITRE II

LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE	36
2.1 Méthodologie d'analyse	37

2.2 La protection des attentes raisonnables de l'investisseur comme vecteur de stabilité du cadre juridique étatique	38
2.2.1 L'approche « souverainiste » des tribunaux arbitraux	41
2.2.2 L'approche économiciste des tribunaux arbitraux	42
2.2.3 L'approche « modérée » des tribunaux arbitraux	47
2.2.3.1 L'engagement spécifique de l'État comme source d'obligation internationale.....	49
2.2.3.2 L'évaluation du caractère raisonnable de la modification législative	59
2.3 Les autres variables intervenant dans la détermination des attentes raisonnables.....	65
2.3.1 La détermination du moment de l'investissement	65
2.3.2 La décision d'investir source d'attentes raisonnables de l'investisseur.....	69
2.4 L'approche des tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain	70
Conclusion	79

PARTIE II

LES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

CHAPITRE III

LES SOURCES CONVENTIONNELLES.....	84
3.1 La protection des attentes raisonnables : fruit d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable	85
3.1.1 L'impossible interprétation textuelle du principe de traitement juste et équitable	88
3.1.2 L'interprétation volontariste/subjectiviste des traités d'investissement	94
3.1.3 L'interprétation téléologique des traités d'investissement.....	99
3.2 La règle de <i>l'effet utile</i>	108
3.3 La règle <i>in dubio mitius</i> : grande oubliée des tribunaux arbitraux.....	112
3.4 L'amalgame entre l'application du principe de bonne foi et la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.....	115
Conclusion	118

CHAPITRE IV

LA COUTUME INTERNATIONALE.....	121
4.1 Bref rappel des critères d'émergence d'une coutume internationale	122
4.2 La pratique des États	124
4.2.1 L'analyse des traités d'investissement.....	126
4.2.1.1 Les clauses générales de traitement juste et équitable	128
4.2.1.2 Les clauses comportant une référence à la protection des attentes raisonnables.....	131
4.2.2 L'existence d'une protection des attentes raisonnables dans les droits internes des États.....	133
4.2.2.1 Absence d'une pratique étatique relative au traitement juste et équitable	134
4.2.2.2 Absence d'une pratique législative et judiciaire cohérente dans la protection spécifique des attentes raisonnables.....	135
4.3 L' <i>opinio Juris</i>	139
Conclusion	146

CHAPITRE V

LES ATTENTES RAISONNABLES ET LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT	148
5.1 Les principes généraux de droit comme source de droit international.....	149
5.2 Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale	153
5.3 Les critères d'émergence d'un principe général de droit.....	158
5.4 La protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe commun in <i>foro domestico</i>	159
5.4.1 La protection des attentes raisonnables en droit interne	165
5.4.1.1 Le droit britannique.....	166
5.4.1.2 Le droit communautaire européen	170
5.4.1.3 Le Canada.....	173
5.4.1.4 La France.....	174
5.4.1.5 Les États-Unis	176
5.4.1.6 Chili, Hong Kong, Inde, Afrique du Sud	176
5.4.2 La transposition en droit international	179

5.4.3 Les principes généraux de droit issus du droit international.....	184
5.4.4 La reconnaissance par les États.....	186
Conclusion	189

PARTIE III

LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE ET L'EXPROPRIATION INDIRECTE : VOIES D'ACCÈS INÉGALES VERS UNE PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES

CHAPITRE VI

LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : UN CHEVAL DE TROIE AU SERVICE DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES 194

6.1 La norme minimale de traitement : l'effritement du dernier rempart face à la protection des attentes raisonnables de l'investisseur	197
6.1.1 Rappel sommaire de la norme minimale de traitement en droit international	199
6.1.2 Le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement : aperçu de certaines pratiques étatiques	200
6.1.3 Les tendances jurisprudentielles en matière d'interprétation de la norme minimale de traitement au regard de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.....	205
6.2 Le principe de conformité au droit international et son application à la protection des attentes raisonnables.....	217
6.2.1 La conformité au droit international reflet de la NMT	220
6.2.2 La conformité au droit international et la NMT : deux notions distinctes	221
Conclusion	230

CHAPITRE VII

L'INTÉGRATION DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LA NOTION DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : UNE VOIE DE CONTOURNEMENT DES CONDITIONS D'EXPROPRIATION INDIRECTE..... 233

7.1 Retour sur l'expropriation en droit international de l'investissement.....	235
7.2 La protection des attentes raisonnables dans un contexte expropriation	237

7.3 La protection des attentes raisonnables : alternative au principe de dépossession.....	241
7.4 Les attentes raisonnables : source de déclin des pouvoirs de légiférer de l'État.....	252
7.5 Le glissement d'une responsabilité étatique relative vers une responsabilité étatique stricte.....	259
Conclusion	261
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	263
<i>L'indétermination de la norme de traitement juste et équitable</i>	266
<i>Le « précédent » arbitral</i>	269
<i>La protection des attentes raisonnables : prélude à un droit global ?</i>	275
BIBLIOGRAPHIE	282

RÉSUMÉ

La protection des attentes raisonnables, en tant que volet du traitement juste et équitable, est devenue depuis quelques années, le fer de lance des investisseurs étrangers dans les recours intentés contre l'État. Véritable cheval de Troie, la protection des attentes raisonnables semble avoir supplanté les autres protections prévues dans les traités d'investissement et les accords de libre-échange rognant par la même occasion les pouvoirs régaliens de l'État. Malgré son omniprésence en arbitrage international de l'investissement, son assise juridique demeure diffuse. Cette thèse propose donc de se pencher sur une notion aussi floue que contestable et de révéler sa véritable nature de construit arbitral.

Mots clés : traitement juste et équitable, attentes raisonnables, traités d'investissement, clause de protection des investissements, arbitrage international.

INTRODUCTION

S'il est un concept à s'être glissé subrepticement dans le domaine du droit international de l'investissement, c'est sans doute celui de la protection des attentes raisonnables ou légitimes de l'investisseur. Bien que la notion d'attentes légitimes ait été évoquée dès 1982 dans l'affaire *Aminoil c Koweït*¹, celle-ci portait plus spécifiquement sur la détermination d'une indemnisation dans le contexte d'un contrat d'État et visait à assurer un équilibre entre les parties. Près de deux décennies plus tard, la sentence *Metalclad Corporation v The United Mexican States* (ci-après *Metalclad*) énonçait l'obligation de l'État de garantir à l'investisseur étranger un cadre juridique transparent et prévisible tenant compte des attentes raisonnables de celui-ci, notamment celle d'être traité de manière juste et équitable conformément à l'article 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)². En 2003, le Tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States* (ci-après *Tecmed*) lui emboîta le pas en affirmant :

154. The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does

¹ *Aminoil v Koweit* (1982), 109 JDI 869, 21 ILM 976 aux para 148, 149 (Arbitres : Prof Paul Reuter, Prof Hamed Sultan et Gerald Fitzmaurice), DOI : 10.1017/S0020782900036986.

² « 99. Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA. » *Metalclad Corporation v The United Mexican States* (2000), ICSID Case No ARB(AF)/97/1 au para 99 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Sir Elihu Lauterpacht, Benjamin R Civiletti et José Luis Siqueiros) [*Metalclad*].

not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment.³

Ces deux sentences arbitrales marquèrent un tournant majeur en matière de protection des attentes raisonnables de l'investisseur, car elles vinrent en élargir la portée sans égard à l'existence d'une obligation contractuelle. Ce faisant, elles ouvrirent une véritable boîte de Pandore et permirent la multiplication des recours contre l'État sur cette base. Cette protection est depuis, presque systématiquement réclamée par les investisseurs et rares sont les sentences arbitrales qui ne se prononcent pas sur la présence ou l'absence d'attentes raisonnables pouvant engager la responsabilité internationale de l'État et justifier l'octroi d'une compensation. En tout état de cause, la protection des attentes raisonnables fait désormais partie du paysage normatif du droit de l'investissement, et ce, au grand dam des États qui sont pourtant les signataires de ces traités d'investissement. Ces derniers semblent alors échapper à leurs auteurs.

Les tenants d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur s'appuient le plus souvent sur la nécessité de promouvoir et de protéger les opérateurs étrangers, de pallier l'asymétrie entre l'État et les investisseurs, d'assurer à ces derniers une certaine stabilité juridique et de faire en sorte que l'État soit tenu responsable des représentations qu'il fait. Les détracteurs y voient en revanche un outil supplémentaire mis à la disposition des multinationales pour asseoir leur mainmise sur les économies locales. Ces sociétés peuvent en effet porter atteinte à la souveraineté étatique en raison de leur poids économique⁴.

³ *Tecnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States* (2003), ICSID Case No ARB/AF/00/2 au para 154 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Horacio A Grigera Naon, Prof José Carlos Fernandez Rozas et Carlos Bernal Vereza) [*Tecmed*].

⁴ Brigitte Stern, « La Souveraineté de l'État et le Droit International » (1998) 19:2 *Tocqueville Rev* 15 à la p 27.

Il est vrai que l'interprétation extensive du traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables de l'investisseur peut avoir des répercussions essentiellement d'ordre économique et/ou législatif qui rejaillissent sur le plan social.

En premier lieu, la protection des attentes raisonnables peut générer une frilosité législative susceptible d'inciter les États à renoncer, différer ou même revenir sur certaines réformes législatives, pourtant essentielles à l'intérêt public, afin d'éviter de faire l'objet de recours arbitraux. Parfois, les conséquences économiques des sentences arbitrales sont telles que certains États, ayant annulé une mesure étatique, une subvention ou un incitatif fiscal quelconque, décident de la remettre en vigueur ou de la bonifier dans le but de régler des litiges arbitraux en cours. C'est le cas notamment de l'Espagne, qui dans le cadre des réformes adoptées dans le secteur des énergies renouvelables avait supprimé, par le Decret Royal RDL 9/2013 du 12 juillet 2013, certaines subventions étatiques afin de combler un déficit de taxes. Ce faisant, l'Espagne a fait l'objet d'un déluge de recours arbitraux lors desquels les investisseurs invoquèrent principalement la frustration de leurs attentes légitimes et eurent gain de cause⁵. Suite à cette déferlante de recours et de condamnations, l'Espagne adopta, le 22 novembre 2019, le décret royal RDL 17/2019⁶, prévoyant que les investisseurs qui avaient bénéficié des incitatifs financiers antérieurs à 2013, pourraient se voir accorder un taux de rentabilité de 7.398 % sur une période s'échelonnant de 2020 à 2031. La condition pour se prévaloir de cette mesure était la renonciation à poursuivre leurs arbitrages, la renonciation à tenter un recours arbitral ainsi que la renonciation à réclamer le versement des compensations qui leur

⁵ Voir la section 2.2.3.2, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

⁶ *Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación*, (Espagne), 2019 Boletín Oficial d'El Estado n° 282 s 1, 129281, en ligne : *Boletín Oficial* <<https://www.boe.es/boe/dias/2019/11/23/pdfs/BOE-A-2019-16862.pdf>>.

avaient été octroyées par les tribunaux arbitraux⁷. Plusieurs investisseurs se sont alors prévalus de cette option, notamment la compagnie *Stadtwerke Munchen, RWE* qui s'est désistée de son recours arbitral⁸, *Masdar*, qui a renoncé à réclamer la somme de 64.5 millions d'Euros obtenue suite à la sentence de 2018, ainsi que *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a r.l. v Spain et PV Investors v Spain*⁹. Ce cas est, selon nous, un exemple parfait de l'impact législatif et économique que peut avoir une interprétation libérale du traitement juste et équitable.

Sur le plan économique, l'obligation de tenir compte des attentes raisonnables des investisseurs étrangers a accru leur marge de manœuvre en leur accordant un véhicule juridique supplémentaire leur permettant de contester certaines mesures étatiques et d'obtenir compensation. Ainsi, les États s'exposent davantage à des montants de réclamations et à des condamnations significatives qui rejaillissent sur les économies nationales et les sociétés civiles. Certes, la frustration des attentes raisonnables est rarement le seul motif invoqué par les investisseurs, mais constitue un des éléments récurrents de leurs réclamations. Sachant que certaines économies sont plus vulnérables que d'autres, l'élargissement du traitement juste et équitable peut dès lors aller à contre-courant des objectifs voulus initialement par l'État.

⁷ *Ibid* à la p 129282.

⁸ *Stadtwerke Munchen, RWE Innogy GmbH and others v Spain* (2019), ICSID Case No ARB/15/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Kaj Hobér et Prof Zachary Douglas).

⁹ *RREEF Infrastructure (GP) Limited and RREEF Pan European;Infrastructure Two Lux Sà rl v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/13/30 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Alain Pellet, Prof Pedro Nikken et Prof Robert Volterra) [*RREEF*]; *PV Investors v Spain* (2020), PCA Case No 2012-14 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Hon Charles N Brower et Bernardo Sepúlveda-Amor), tel que cité dans Álvaro López de Argumedo et al, « Spain » (2021) 2022 European Arbitration Rev, en ligne : <globalarbitrationreview.com/review/the-european-arbitration-review/2022/article/spain>.

Nous l’aurons donc compris, la détermination des obligations étatiques en vertu de la clause de traitement juste et équitable constitue le nœud gordien du problème, car nous sommes en présence d’un concept imprécis et indéterminé. Or face à l’augmentation exponentielle des réclamations reposant sur la frustration des attentes raisonnables de l’investisseur, sous couvert du traitement juste et équitable, il est légitime de s’interroger sur l’origine de cette protection en droit international. En effet, tel que souligné par Josef Ostřanský, la protection des attentes raisonnables n’est pas invoquée comme « un remède limité ou résiduel, mais comme principe de base du traitement juste et équitable ou comme cadre argumentatif global du traitement juste et équitable » [notre traduction]¹⁰. C’est donc un élément constitutif majeur du traitement juste et équitable¹¹. Or, force est de constater que les tribunaux arbitraux ne nous éclairent pas sur la nature ou la source juridique de cette obligation étatique ni sur son lien avec le traitement juste et équitable. M. Potestà note à ce propos : « Tribunals usually shy away from inquiring into the origins and the legal bases that justify the application of this concept, typically taking for granted the idea that a breach of the investor’s expectations may be relevant in deciding upon a violation of an investment treaty. »¹² J. Cazala estime pour sa part que cette notion fait « plus appel à un sentiment ou à un idéal d’équité qu’à une véritable construction juridique »¹³.

¹⁰ « Investment treaty arbitration case law shows that legitimate expectations are often used in a much more relaxed calibration; not as a residual and limited remedy, but rather as a core principle under fet or as an overarching argumentative framework for fet. » Josef Ostřanský, « Chapter 15 An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard » dans Andrea Gattini, Attila Tanzi et Filippo Fontanelli, dir, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2018, 344 à la page 346

¹¹ Karim Sallam, « The Scope and Justification of Legitimate Expectations Protection under FET Clauses: Case Law Study » (2022) 3:1 Intel J Doctrine Judiciary and Legislation 110 à la p 122.

¹² Michèle Potestà, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept » (2013) 28:1 ICSID Rev 88 à la p 89.

¹³ Julien Cazala, « La protection des attentes légitimes de l’investisseur dans l’arbitrage international » (2009) 23:1 RIDE 5 à la p 5.

Nous faisons ainsi face à un concept volatil, insaisissable, pouvant avoir des répercussions importantes sur les pouvoirs souverains de l'État et ses politiques publiques notamment en matière fiscale, environnementale ou sociale. Pourtant, nous constatons que des tribunaux arbitraux ont tout simplement décrété que le traitement juste et équitable incluait la protection des attentes raisonnables. La conclusion à laquelle ils parviennent demeure néanmoins discutable, car peu de sentences sont parvenues à apporter une réponse satisfaisante ou présenter une théorie unique sur le socle juridique de cette notion en droit international public même si certains parallèles ont été faits avec le droit interne des États, la bonne foi¹⁴, ou l'*estoppel* pour justifier son émergence. Thomas Wälde affirma ainsi dans l'affaire *Thunderbird*¹⁵, que la protection des attentes raisonnables remplissait la même fonction que l'*estoppel*¹⁶. Cette analogie pose néanmoins problème puisqu'une doctrine de l'*estoppel* qui serait appliquée aux autorités publiques irait à l'encontre du principe de légalité et donc des intérêts publics de la société¹⁷. Dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal arbitral statua que la protection des attentes raisonnables relevait du principe de la bonne foi¹⁸. Enfin, cette protection a été qualifiée de principe général

¹⁴ *Tecmed*, *supra* note 3 aux para 153-154; *Sempra Energy International v The Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/02/16 au para 297 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Marc Lalonde et Dr Sandra Morelli Rico) [*Sempra*]; *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v The Arab Republic of Egypt* (2009), ICSID Case No ARB/05/15 au para 450 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : David A R Williams, Prof Michael Pryles et Prof Francisco Orrego Vicuña).

¹⁵ *International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States* (2006), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Agustín Portal Ariosa, Prof Thomas W Wälde et Dr Albert Jan van den Berg) [*Thunderbird*]. Ce parallèle avait été fait par Lord Hoffman à l'occasion de *Regina v East Sussex Country Council; ex parte Reprotech, Plebsham*, 2002 UKHL 8. Il précisa toutefois ce qui suit : « [34] There is of course an analogy between a private law estoppel and the public law concept of legitimate expectations created by a public authority, the denial of which may amount to an abuse of power. [...] But it is no more than an analogy because remedies against public authorities also have to take into account the interests of the general public which the authority exists to promote. » *Ibid* au para 34.

¹⁶ *Thunderbird*, *supra* note 15 (avis individuel du Prof Wälde au para 27 [AI]).

¹⁷ Ostřanský, *supra* note 10 à la p 352.

¹⁸ *Tecmed*, *supra* note 3 aux para 153-154.

de droit¹⁹, ou de principe de droit coutumier résultant d'une accélération du droit coutumier international²⁰. Quoi qu'il en soit, le foisonnement de ces justifications témoigne, selon nous, de la fragilité du raisonnement juridique qui le sous-tend.

Certes, la protection des attentes raisonnables est un principe présent dans un certain nombre de systèmes juridiques nationaux, mais les particularismes qui la caractérisent empêchent de conclure à l'existence d'un principe commun *in foro domestico*. Qui plus est, son incursion en droit international public demeure sujette à débat à telle enseigne que certains auteurs estiment qu'elle relève de « l'incantation magique » et s'écarte en tous points de la notion d'origine²¹. Alors que les critiques de la protection des attentes raisonnables évoquent un néo-libéralisme expansionniste²², d'autres auteurs estiment, en revanche, que celle-ci est un facteur d'équilibre des rapports de force entre l'investisseur et l'État²³. Dès lors, le contenu variable du traitement juste et équitable devrait être considéré, selon eux, comme un atout et non un

¹⁹ Ainsi s'exprime Elizabeth Snodgrass, « Protecting Investors' Legitimate Expectations – Recognizing and Delimiting a General Principle » (2006) 21:1 ICSID Rev 1 aux pp 2-3 : « Protection for investors' legitimate expectations can be justified as reflecting a 'general principle of law recognized by civilized nations' as that phrase is used to describe a source of international law, and that the methodology for recognizing a general principle can be applied to develop a more highly articulated expression of that principle to guide the protection given investors' legitimate expectations in future Cases. » Voir aussi Chester Brown, « The Protection of Legitimate Expectations As A 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts » (2009) [2009]:1 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1303> : « [E]ven though there are differences from one legal system to another, the fact that a principle is applied differently should not necessarily prevent its acceptance as a general principle of law within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute. »

²⁰ Florian Dupuy et Pierre Marie Dupuy, « What to expect from legitimate expectations?: a critical appraisal and look into the future of the "legitimate expectations" doctrine in international investment law » dans Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, dir., *From the Arab World to the globalization of international law and arbitration*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2015, 273 à la p 278.

²¹ *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic* (2011), ICSID Case No ARB/03/15 (avis légal du Prof Sornarajah au para 80 [AL]) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Lucius Caflisch, Prof Piero Bernardini et Prof Brigitte Stern) [*El Paso*].

²² *El Paso*, *supra* note 21 (AL au para 76).

²³ Dupuy et Dupuy, *supra* note 20 à la p 275.

inconvenient²⁴. Tout dépend bien entendu de la perspective que l'on choisit d'adopter, autrement dit que l'on privilégie les intérêts privés ou l'intérêt public. La protection des attentes raisonnables de l'investisseur incarne, dans une certaine mesure, le clivage entre deux visions du droit international de l'investissement.

En définitive, la multiplicité des arguments sur lesquels s'appuient les tribunaux arbitraux pour établir une généalogie entre la protection des attentes raisonnables et le traitement juste et équitable ne fait qu'accroître la confusion entourant ce concept et sa nature juridique. Désormais, certaines sentences arbitrales postulent que le respect des attentes raisonnables de l'investisseur constitue un volet du traitement juste et équitable, et que sa place en droit international de l'investissement est acquise au même titre que la norme minimale de traitement ou que toute autre norme de droit international. Ce faisant, des tribunaux procèdent le plus souvent à une analyse purement factuelle du différend et semblent, *a priori*, avoir renoncé à formuler une théorie juridique unique sur la protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Dès lors, l'investisseur n'a plus le fardeau de démontrer l'existence d'une telle norme ou son bien-fondé en droit international, il la soulève tout simplement. L'engouement des investisseurs à l'égard de la protection de leurs attentes raisonnables se voit renforcé par l'émergence d'une sorte de *jurisprudence constante* malgré l'inapplicabilité de la règle du précédent en arbitrage international. En effet, bien que les tribunaux arbitraux ne soient pas tenus par les sentences antérieures, il n'en demeure pas moins qu'ils sont influencés par les décisions rendues par leurs pairs, confortant ainsi l'existence d'une obligation étatique non contractuelle de protéger les attentes raisonnables de l'investisseur. Le rapport de la *Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement* (CNUDCI) ne manqua pas de mentionner à ce propos que la protection des attentes raisonnables des investisseurs a été identifiée de

²⁴ Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 202.

« manière répétée » par les tribunaux arbitraux comme un élément clé du traitement juste et équitable et fut qualifiée de « *Emerging substantial content of the FET standard* »²⁵. Pour appuyer leurs conclusions, les tribunaux arbitraux réitérèrent donc leur volonté de participer à un « développement harmonieux du droit international de l'investissement afin de répondre aux attentes légitimes de la communauté des États et des investisseurs quant à la prévisibilité de la règle de droit »²⁶. Ils font également état d'une certaine *pratique judiciaire*²⁷ et perpétuent ou réaffirment ainsi l'existence d'une norme internationale qui demeure pourtant juridiquement contestable.

Le concept de protection des attentes raisonnables soulève des questionnements tant sur son contenu que sur les mécanismes de son émergence. Ces interrogations surgissent lorsque l'on porte un regard distinct sur la question et lorsque l'on s'émancipe du cadre conceptuel arbitral majoritaire qui prévaut sur la question. Le fondement et l'indétermination de la protection des attentes raisonnables en droit de l'investissement ont donc motivé la présente étude. Ainsi, nous avons souhaité appréhender le sujet en revenant à la genèse de la norme, et l'analyser à la lumière des sources formelles de droit international. Autrement dit, revenir à une analyse purement juridique exempte des influences sociales, économiques ou politiques qui sont susceptibles de teinter les sentences arbitrales. La thèse soutenue est que la protection des attentes raisonnables est dépourvue d'une assise juridique internationale et qu'elle a été consacrée par les tribunaux arbitraux au sein de la sphère du droit international de l'investissement. Elle vise par la même occasion à établir que la protection des attentes raisonnables constitue un nouveau vecteur de

²⁵ CNUCED, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York, Genève, NU, 2012 à la p 63, en ligne (pdf) : [CNUCED <unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf>](http://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf).

²⁶ *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v Republic of Indonesia* (2016), ICSID Case No ARB/12/14 and 12/40 au para 253 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michael Hwang et Prof Albert Jan van den Berg).

²⁷ *Saluka Investments BV v The Czech Republic* (2006), PCA Case No 2001-04 au para 284 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Arthur Watts, L Yves Fortier et Dr Peter Behrens) [*Saluka*].

protection des investisseurs qui a pour effet d'accroître les chances de succès de ces derniers devant les tribunaux arbitraux.

L'introduction d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur participe, en fin de compte, à générer une asymétrie en faveur de l'opérateur économique étranger au détriment des pouvoirs régaliens de l'État. C'est, selon nous, ce qui explique en grande partie l'encadrement de la clause du traitement juste et équitable dans un certain nombre de traités internationaux récents²⁸ et une volonté de l'État de reprendre le contrôle des obligations internationales auxquelles il souscrit. À ce propos, le modèle d'accord canadien sur la promotion et la protection des investissements de 2021 illustre, selon nous, cette tendance puisqu'il réitère d'une part, le droit des États de réglementer²⁹, et adopte, d'autre part, une interprétation restrictive de ce qui constitue une violation de la norme minimale de traitement³⁰.

²⁸ Notons néanmoins que l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne a consacré la protection des attentes raisonnables dans son texte, même s'il en a limité la portée. *Accord Économique et Commercial Global (AECG)*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016 (entrée en vigueur provisoire le 21 septembre 2017).

²⁹ Affaires mondiales Canada, *Modèle d'API*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2021 art 3, en ligne : <international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra#article-8> :

« Article 3 Droit de réglementer

Les Parties réaffirment le droit de chaque Partie de réglementer sur son territoire en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique; la protection sociale ou des consommateurs; ou la promotion et la protection de la santé, de la sécurité, des droits des peuples autochtones, de l'égalité des sexes et de la diversité culturelle.

³⁰ *Ibid* art 8 :

« Article 8 Norme minimale de traitement

Chaque Partie accorde sur son territoire à un investissement visé de l'autre Partie et à un investisseur en ce qui concerne son investissement visé un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier. Une Partie commet une violation de la présente obligation *seulement* si une mesure constitue, selon le cas :

- a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives;
- b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi dans les procédures judiciaires ou administratives;
- c) un cas d'arbitraire manifeste
- d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses;
- e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition physique, la contrainte et le harcèlement;

Toute référence au traitement juste et équitable y a complètement disparu et la protection des attentes raisonnables n'est mentionnée qu'à la clause relative à l'expropriation indirecte.

Portée de la recherche et précision terminologique

Dans un premier temps, il est important de préciser que nous avons limité notre recherche à la protection des attentes raisonnables en dehors de tout cadre contractuel. En effet, les investisseurs qui soumettent leur réclamation pour la violation d'un traité bilatéral d'investissement invoquent parfois la frustration de leurs attentes raisonnables contractuelles. Or, pour les fins de la présente thèse, il apparaît opportun de circonscrire le débat aux attentes raisonnables dans le contexte de l'application de la clause de traitement juste et équitable, car c'est celui qui génère le plus de débats et qui a un impact significatif sur les prérogatives étatiques. De plus, une majorité des sentences arbitrales qui traitent des attentes raisonnables s'appuie généralement sur les représentations, réelles ou perçues, de l'État ainsi que sur les politiques publiques affectant les attentes légitimes de l'investisseur.

Nous avons également fait le choix de ne pas traiter des attentes raisonnables procédurales, autrement dit, celles qui impliquent le droit d'être entendu, car cet aspect relève de l'équité procédurale et ne prévoit pas l'octroi de droits substantiels à l'investisseur. De plus, l'équité procédurale est rarement l'objet d'un débat lorsque nous sommes face à un changement politique ou législatif. Nous évoquerons les attentes raisonnables procédurales uniquement pour mettre en lumière l'acceptation de la protection des attentes raisonnables dans les droits nationaux.

f) un manquement à l'obligation d'assurer une protection et une sécurité intégrales. »

En outre, il est important de noter que la notion d'attente figure parfois dans la définition de l'investissement comme étant une attente de gain et de profit³¹. Cet aspect n'est toutefois pas abordé par les tribunaux arbitraux lorsqu'ils se prononcent sur la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur dans le cadre du traitement juste et équitable.

Bien que l'essentiel de notre recherche s'appuie sur les traités bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange, certaines incursions ont été faites dans la sphère du traité de la Charte sur l'Énergie³² dans la mesure où un nombre significatif de sentences arbitrales porte sur celle-ci. Nous avons également abordé les décisions rendues en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), car elles se démarquent de celles rendues par les tribunaux arbitraux hors ALENA quant à la nature et la portée du traitement juste et équitable ainsi que du caractère autonome de la protection des attentes raisonnables. Nous avons aussi évoqué succinctement des décisions rendues par l'Organe d'Appel de l'Organisation mondiale du commerce lorsqu'elles s'expriment sur la protection des attentes raisonnables. Nous avons enfin traité des décisions de la Cour internationale de justice et de la Cour permanente de justice quant à l'interprétation des obligations internationales étatiques puisque le droit de l'investissement répond aux mêmes exigences que celles du droit international public.

³¹ Modèle de traité des Pays-Bas de 2019 :

« Article 1 : définition : “For the purposes of this Agreement: (a) “investment” means every kind of asset that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration, the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, and the assumption of risk. » disponible en ligne sur <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download>; voir aussi *Traité de libre-échange Inde-Malaisie*, 18 février 2011, (entrée en vigueur : 01 juillet 2011); *Traité de libre-échange Australie-Nouvelle Zélande*, 16 février 2011, (entrée en vigueur : 01 mars 2013), *Traité Bilatéral d'Investissement Autriche-Tadjikistan*, 15 décembre 2010, (entrée en vigueur : 21 décembre 2012).

³² *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, [1998] RO 2734 Art 10 (entrée en vigueur : 16 avril 1998), en ligne (pdf) : *EnergyCharter* <energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>.

Enfin, tout au long de cette thèse nous utiliserons indifféremment le vocable *attente raisonnable* et celui d'*attente légitime*, car nous n'avons pas constaté de différence étymologique ou de nuance entre les deux dans l'interprétation des tribunaux arbitraux.

Notons simplement que la notion de « raisonnable » fut abordée par différents auteurs, dont Perelman³³ et Olivier Corten,³⁴ mais que la plupart des sentences rédigées en anglais utilisent le terme « legitimate expectations ».

Hypothèse de recherche et structure de la thèse

L'objectif de la présente recherche est de démontrer que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur est une construction arbitrale ayant pour effet d'accroître les chances de succès des investisseurs lors des arbitrages internationaux contre l'État et d'éviter certains écueils que les autres normes de protection peuvent présenter.

Pour ce faire nous avons divisé notre thèse en trois parties. Nous ferons dans la première partie un état des lieux de la notion de protection des attentes raisonnables en droit de l'investissement. Nous examinerons au Chapitre I la protection des attentes raisonnables dans les traités bilatéraux d'investissement, et les accords de libre-échange. Nous aborderons au Chapitre II la jurisprudence arbitrale et les différentes approches retenues par les tribunaux arbitraux. Nous ferons ressortir les

³³ Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit au-delà du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

³⁴ Olivier Corten, « L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions » (1997) 42/43 *Dr et soc* 537.

critères retenus par les tribunaux arbitraux sur la question. Nous soulignerons enfin les variables susceptibles d'affecter l'application d'une protection des attentes raisonnables notamment quant à la détermination du moment de l'investissement et de la volonté d'investir.

Après avoir brossé le portrait de la situation, nous traiterons, dans la Partie II, de la protection des attentes raisonnables en droit international public en ayant pour canevas les sources énoncées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Nous aborderons donc successivement les traités internationaux (Chapitre III), la coutume internationale (Chapitre IV) et les principes généraux de droit (Chapitre V). Notre but est en effet de mettre en exergue le fait que la protection des attentes raisonnables ne peut valablement s'appuyer sur aucune de ces sources. D'une part, parce qu'elle relève d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable orientée vers la préservation des intérêts de l'investisseur, d'autre part car elle ne s'appuie ni sur une pratique étatique, et encore moins sur une *opinio juris*. Enfin, le concept de protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe commun *in foro domestico* permettant de conclure à l'émergence d'un principe général de droit international.

La Partie III sera, quant à elle, consacrée à la protection des attentes raisonnables en droit de l'investissement, notamment en démontrant, d'une part, que le traitement juste et équitable constitue une voie d'accès privilégiée pour conférer à l'investisseur une protection accrue (Chapitre VI), mais également que la protection des attentes raisonnables permet à l'opérateur économique de se défaire ou du moins d'éluder les contraintes inhérentes à l'expropriation indirecte en lien avec la notion de dépossession (Chapitre VII).

Nous concluons enfin notre thèse par une discussion sur le rôle « normatif » des tribunaux en matière de protection des attentes raisonnables et les facteurs qui

favorisent celui-ci notamment l'indétermination du traitement juste et équitable et l'émergence d'un *précédent* arbitral. Ceci nous amènera finalement à nous interroger sur la protection des attentes raisonnables comme manifestation d'un droit global en devenir.

PARTIE I

ÉTAT DES LIEUX DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES
EN DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Afin de procéder à l'analyse de la nature juridique et de la portée de la protection des attentes raisonnables, il nous est apparu nécessaire, en premier lieu, de prendre la mesure de l'intrusion de ce concept en droit de l'investissement. Dans ce contexte, nous avons examiné son évolution dans les traités internationaux d'investissement et l'application qui en a été faite par les tribunaux arbitraux. Cet état des lieux nous a permis dans un premier temps de vérifier si les attentes raisonnables sont expressément protégées dans les traités internationaux, et dans un deuxième temps de mettre en exergue le cadre et les critères d'application des tribunaux arbitraux.

Nous débiterons donc par aborder la notion des attentes raisonnables dans le cadre des traités d'investissement (Chapitre I) avant de traiter de leur application par les tribunaux arbitraux (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LES TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT ET LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

Pour débiter ce chapitre, nous exposerons la méthodologie que nous avons adoptée pour notre analyse (section 1.1), nous ferons ensuite un exposé de l'évolution temporelle des attentes raisonnables dans les traités et accords d'investissement (section 1.2) ce qui nous amènera à nous pencher sur l'évolution du libellé des clauses comportant une référence à la protection des attentes raisonnables (section 1.3). Nous conclurons enfin ce chapitre par un bref survol des spécificités géographiques constatées dans les traités d'investissement (section 1.4).

1.1 Méthodologie d'analyse

Afin d'analyser l'évolution de la protection des attentes raisonnables dans les traités internationaux d'investissement, nous avons procédé dans un premier temps à l'analyse des traités d'investissement (BIT-FTA-CEPA) en vigueur pour la période de janvier 2000 à juin 2018 tous pays confondus en tenant compte de la date de leur signature pour un total de 890 traités. Nous avons néanmoins actualisé cette recherche en y intégrant certains accords récents que nous considérons d'intérêt pour notre recherche³⁵. Nous nous sommes limitée aux traités rédigés ou traduits en français,

³⁵ *Accord Économique et Commercial Global (AECG)*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016 (entrée en vigueur provisoire le 21 septembre 2017); *Accord Canada-États Unis-Mexique (ACEUM)*, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020).

anglais et espagnol. Nous avons également écarté les traités dénoncés ou résiliés en date de la présente recherche.

Nous avons recherché toute référence aux attentes raisonnables dans le traité, quelle que soit la clause dans laquelle elle est insérée. Nous avons néanmoins exclu la notion d'attentes raisonnables liée au gain ou au profit que l'on retrouve parfois dans la définition de l'investissement³⁶.

L'objectif de cette analyse était de répertorier trois éléments :

- a) L'évolution temporelle de la protection des attentes raisonnables dans les traités d'investissement pendant la période visée afin de dégager certaines tendances ;
- b) L'évolution du libellé des clauses qui y font référence pour la période de 2000 à 2018 ;
- c) Et les distinctions géographiques constatées entre les traités afin de dégager certaines pratiques étatiques.

1.2 L'évolution temporelle des attentes raisonnables dans les traités d'investissement

Le premier constat que nous avons pu observer est l'absence de toute mention d'une protection des attentes raisonnables dans les traités d'investissement et accords de libre-échange au cours des années 2000, 2001 et 2002. Ce vocable commence à

³⁶ Modèle de traité des Pays-Bas de 2019, voir aussi *Traité de libre-échange Inde-Malaisie*, 18 février 2011, (entrée en vigueur : 01 juillet 2011); *Traité de libre-échange Australie-Nouvelle Zélande*, 16 février 2011, (entrée en vigueur : 01 mars 2013), *Traité Bilatéral d'Investissement Autriche-Tadjikistan*, 15 décembre 2010, (entrée en vigueur : 21 décembre 2012).

apparaître à partir de 2003 dans le traité de libre-échange entre les États-Unis et le Chili³⁷ à l'annexe 10-D relative à l'expropriation indirecte en ces termes :

Annexe 10.D expropriation

4. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; (...)

La formule : « *distinct, reasonable, investment-backed expectations* » deviendra l'expression consacrée dans les traités d'investissement et plus particulièrement dans les clauses d'expropriation indirecte. Ainsi, à partir de 2003, la clause relative à la protection des attentes raisonnables sera majoritairement, sinon exclusivement, rattachée à la notion d'expropriation indirecte. Pourtant, et nous le verrons plus loin, les tribunaux arbitraux ont progressivement dissocié la protection des attentes raisonnables du cadre exclusif de l'expropriation indirecte en l'intégrant au principe du traitement juste et équitable, et en ont donc élargi la portée. La protection des attentes raisonnables introduite par les tribunaux arbitraux a produit deux effets : d'une part elle est à l'origine d'une certaine circonspection de la part des États dans la rédaction des traités internationaux d'investissement les plus récents qui souhaitent en limiter la portée et les conditions d'application, d'autre part elle est parfois expressément écartée par certains États.

S'agissant du premier effet, l'*Accord économique et commercial global* (ci-après AECG) entre le Canada et l'Union européenne fit écho à la jurisprudence arbitrale en intégrant la protection des attentes raisonnables, non plus dans le contexte de l'expropriation indirecte, mais dans celui du traitement juste et équitable. Cet accord

³⁷ *Traité de libre-échange Chili-États-Unis*, 6 juin 2003 (entrée en vigueur le janvier 2004) Annexe 10.D.

réitéra néanmoins le droit légitime des États à réglementer quand bien même cette réglementation « interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit »³⁸, mais précisa que :

4. Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable précitée, le Tribunal peut tenir compte du fait qu'une Partie a fait ou non des déclarations spécifiques à un investisseur en vue d'encourager un investissement visé, lesquelles ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement visé, mais auxquelles la Partie n'a pas donné suite.

En revanche, en 2017, l'Accord entre la Chine et Hong Kong (CEPA)³⁹ évoqua la protection des attentes raisonnables dans le cadre de l'application de la norme minimale de traitement⁴⁰, mais uniquement dans le but de l'écarter de son champ d'application. L'article 4 dudit accord mentionna à cet égard :

CHAPTER 2 SUBSTANTIAL OBLIGATIONS

Article 4 Minimum Standard of Treatment

[...]

3. A breach of another provision of this agreement does not establish that there has been a breach of this article.

4. For greater certainty, the mere fact that one side takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this article, regardless of whether there is loss or damage to the covered investment as a result.

On observera également que la même année, le traité de libre-échange entre le Chili et l'Argentine exclut expressément les attentes raisonnables de l'investisseur de toute protection internationale en ces termes :

³⁸ Article 8.9.1 de l'*Accord Économique et Commercial Global* (AECG), Canada et Union européenne, 30 octobre 2016 (entrée en vigueur provisoire le 21 septembre 2017)

³⁹ *Accord de rapprochement économique entre la Chine et Hong Kong*, 28 juin 2017, (entrée en vigueur : 28 juin 2017)

⁴⁰ *Ibid.*

Pour plus de certitude, le simple fait qu'une Partie réalise ou omette de réaliser une action, y compris par le biais d'une modification de ses lois et réglementations, qui affecterait négativement les investissements ou qui ne satisferait pas les attentes d'un investisseur y compris ses attentes de profits [...] ne constitue pas une violation des obligations énoncées dans le présent Chapitre. [notre traduction]⁴¹

L'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*⁴² adopta la même approche notamment à l'article 9.6 qui prévoit ce qui suit :

Article 9.6 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme aux principes de droit international coutumier applicables, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

2. Il est entendu que le paragraphe 1 prescrit la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier comme norme de traitement à accorder aux investissements visés. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par cette norme ni ne créent de droits substantiels additionnels. Les obligations contenues au paragraphe 1 d'accorder :

a) un « traitement juste et équitable » comprend l'obligation de ne pas dénier justice dans les instances décisionnelles pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de l'application régulière de la loi consacrée dans les principaux systèmes juridiques du monde ;

⁴¹ *Traité de libre-échange Chili-Argentine*, 2 novembre 2017, (entrée en vigueur : 1^{er} mai 2019) art 8.2.4 : « Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte realice u omite realizar una acción, incluye mediante una modificación de sus leyes y reglamentaciones, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversionista, incluidas sus expectativas de beneficios, aun si hubiera una pérdida o daño a la inversión protegida como resultado, no constituye una violación de las obligaciones de este Capítulo. »

⁴² *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (Australie, Brunei Darussalam, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour, Vietnam), 8 mars 2018 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018).

b) une « protection et une sécurité intégrales » exige que chacune des Parties accorde le niveau de protection policière requis en vertu du droit international coutumier.

3. La constatation d'un manquement à une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas un manquement au présent article.

4. *Il est entendu que le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.*

5. *Il est entendu que le simple fait pour une Partie de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, ou de la modifier ou de la réduire ne constitue pas un manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.* [nos italiques]⁴³

Le nouvel *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020 abonde dans le même sens en précisant :

Article 14.6 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme au *droit international coutumier*, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité intégrales.

2. Il est entendu que le paragraphe 1 prescrit la norme minimale de traitement des étrangers *en droit international coutumier comme norme de traitement à accorder aux investissements visés*. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par cette norme ni ne créent de droits substantiels additionnels. Les obligations contenues au paragraphe 1 d'accorder :

a) un « traitement juste et équitable » comprend l'obligation de protection contre les dénis de justice dans les instances décisionnelles pénales, civiles ou

⁴³ *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* (Australie, Brunei Darussalam, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour, Vietnam), 8 mars 2018 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018) art 9.6.

administratives, conformément au principe de l'application régulière de la loi consacré dans les principaux systèmes juridiques du monde;

b) une « protection et sécurité intégrales » exige que chacune des Parties accorde le niveau de protection policière requis en vertu du droit international coutumier.

3. La constatation d'un manquement à une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas un manquement au présent article.

4. *Il est entendu que le simple fait qu'une Partie agisse ou omette d'agir d'une manière qui pourrait être incompatible avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas un manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte à l'investissement visé ou de causer un dommage à celui-ci.* [nos italiques]⁴⁴

L'article 14.6 renvoie par ailleurs à l'Annexe 14.a de l'Accord, qui prévoit :

DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

Les Parties confirment leur compréhension commune selon laquelle le « droit international coutumier », au sens général et tel qu'il est mentionné expressément à l'article 14.6 (Norme minimale de traitement), *résulte d'une pratique générale et constante des États, à laquelle ceux-ci prêtent un caractère juridiquement contraignant.* La norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier désigne l'ensemble des principes du droit international coutumier qui protègent les investissements des étrangers.

Ces précisions illustrent selon nous une intention manifeste des États à préciser le contenu des normes de protection de l'investissement et à contrôler l'interprétation que les tribunaux arbitraux peuvent faire de celles-ci. En effet, la clause de protection du traitement juste et équitable est celle qui fait le plus souvent l'objet d'une réécriture pour y apporter des précisions ou des exclusions ce qui illustrerait une volonté de circonscrire l'interprétation des tribunaux arbitraux. Dans le cas de l'ACEUM cela se se situerait à deux niveaux : d'une part l'article 14.6 de l'Accord

⁴⁴ *Accord Canada-États Unis-Mexique (ACEUM)*, 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) art 14.6.

lie le traitement juste et équitable au droit international coutumier et précise à ce propos la nécessité de démontrer une pratique générale et constante des États, ainsi qu'une conviction que son caractère obligatoire. Quant au deuxième volet, il consiste à exclure de manière explicite les attentes de l'investisseur en tant que motif de recours contre l'État. La référence au droit coutumier ne manque donc pas de rappeler celle de la *Note d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* (ci-après *Note d'interprétation*)⁴⁵ de l'ALENA, mais celle-ci va plus loin en rappelant l'exigence d'une pratique étatique et d'*opinio juris*, ainsi que l'exclusion des attentes raisonnables.

Le modèle colombien de 2017 a également adopté une liste exhaustive de ce qui constituerait une violation du traitement juste et équitable, ce qui exclut *de facto* la protection des attentes raisonnables dans le contexte du traitement juste et équitable⁴⁶. Ce modèle prévoit en effet ce qui suit :

Fair and Equitable Treatment

1. Each Contracting Party shall grant Covered Investors and Investments of the other Contracting Party a fair and equitable treatment.
2. The fair and equitable treatment granted to Covered Investors and Investments refers *solely to* the prohibition against:
 - a. denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
 - b. fundamental breach of due process in judicial or administrative proceedings;
 - c. manifest arbitrariness;
 - d. targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; or

⁴⁵ Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (Commission du libre-échange de l'ALENA - 31 juillet 2001), disponible en ligne : sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_f.asp.

⁴⁶ Yadira Castillo, « Does a higher threshold of responsibility translate into greater possibilities for defending domestic regulatory measures? The fair and equitable standard of treatment in Latin American countries with emphasis in Colombia » (2019) 6:5 McGill J Dispute Resolution 132 à la p 160, en ligne : *MJDR* <mjdr-rrdm.ca/s/548>.

e. abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment. The Council may review the content of this Article, upon request of a Contracting Party.

3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or any other international obligation owed by the Host Party to the Covered Investor or Investment does not imply that fair and equitable treatment has been breached. [nos italiques]⁴⁷

L'approche des États est parfois plus radicale, c'est le cas notamment de *l'Intra-Mercosur Cooperation and Facilitation Investment Protocol* qui exclut expressément le traitement juste et équitable de l'application du traité en ces termes :

Article 4 :

[...]

3- Pour plus de certitude, les standards de traitement juste et équitable, de protection et sécurité intégrales et la phase de préétablissement ne sont pas couverts par le présent Protocole. [notre traduction]⁴⁸

Les pays signataires semblent ainsi lancer un message clair voulant que l'interprétation extensive du traitement juste et équitable en y insérant la protection des attentes raisonnables est loin de faire consensus.

*L'Accord bilatéral d'investissement entre le Brésil et le Suriname*⁴⁹ est encore plus explicite quant à l'exclusion de ces deux standards de l'application du traité et

⁴⁷ Modèle de la Colombie de 2017, disponible en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6082/download>.

⁴⁸ *Intra-Mercosur Cooperation and Facilitation Investment Protocol*, 7 avril 2017, (entrée en vigueur : 30 juillet 2019) art 4 :

« 1. Los Estados Partes no denegarán a los inversionistas de otro Estado Parte el acceso a la justicia y a los procedimientos administrativos, de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte Anfitrión. 2. Cada Estado Parte otorgará a los inversionistas de otro Estado Parte y sus inversiones un tratamiento ajustado al debido proceso legal. 3. Para mayor certeza, los estándares de "trato justo y equitativo", de "proteccion y seguridad plena" y la fase de pre-establecimiento no son cubiertos por el presente Protocolo »

⁴⁹ *Traité bilatéral d'investissement Brésil-Suriname*, 2 mai 2018, (non en vigueur en date du 27 mars 2022).

restreint par la même occasion l'interprétation qui peut être faite des obligations de l'État, l'article 4 prévoit ce qui suit :

Article 4 : Treatment

1. Each Party shall treat investors of the other Party and their investments according to its applicable rules and regulations and in conformity with this agreement.
2. In line with the principles of this agreement, each Party shall ensure that all measures that affect investment are administered in a reasonable, objective and impartial manner, in accordance with the due process of law and their respective legislation.
3. *For greater certainty, the standards of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" are not covered by this agreement and shall not be used as interpretative standards in investment dispute settlement procedures.* [nos italiques]⁵⁰

L'analyse chronologique des traités d'investissement et de libre-échange a donc permis de formuler les observations et hypothèses suivantes. En premier lieu, la doctrine de la protection des attentes légitimes émerge dans les traités à compter de 2003 et figure principalement sous le chapitre de l'expropriation indirecte. La frustration de ces attentes peut alors être considérée comme un motif d'expropriation indirecte si tant est que les autres critères d'expropriation soient remplis. Nous constaterons néanmoins que la pratique arbitrale a, pour sa part, emprunté une voie distincte lors des arbitrages internationaux en s'appuyant sur une interprétation de la norme du traitement juste et équitable. Cette interprétation a donc permis que la protection des attentes raisonnables relève du traitement juste et équitable et non exclusivement que de la clause d'expropriation. Or, nous verrons que les critères appliqués à la frustration des attentes raisonnables dans le contexte d'une expropriation diffèrent de ceux retenus en vertu du traitement juste et équitable. Ce

⁵⁰ Article 4 du *Traité bilatéral d'investissement Brésil-Suriname*, 2 mai 2018, (non en vigueur en date du 10 mars 2021).

courant jurisprudentiel est ainsi à l'origine d'une protection accrue des investisseurs lors des litiges arbitraux. Effet boomerang ou pas, nous avons constaté que plusieurs traités d'investissement ou d'accords de libre-échange tentent désormais de restreindre, directement ou indirectement, l'interprétation de la clause de traitement juste et équitable. Directement, en excluant expressément la protection des attentes raisonnables de toute protection internationale⁵¹, et indirectement en resserrant la portée du traitement juste et équitable, parfois même en l'écartant purement et simplement du traité⁵². D'autres traités tenteront enfin de circonscrire les critères applicables à la protection des attentes raisonnables⁵³.

La pratique récente de certains États à l'égard de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur laisse entrevoir une volonté de reprendre le contrôle de leurs prérogatives étatiques et de parer aux recours éventuels intentés par les investisseurs sur la base de la protection de leurs attentes raisonnables. Dans tous les cas, elle soulève des questionnements légitimes quant au rôle des tribunaux arbitraux dans l'émergence d'une norme, ainsi que de la dichotomie entre la volonté étatique et l'interprétation que font les tribunaux arbitraux des traités d'investissement.

1.3 Les distinctions rédactionnelles des clauses de protection de l'investisseur

En marge de l'évolution temporelle de la protection des attentes raisonnables dans les traités d'investissement, certaines variations rédactionnelles ont également été constatées dans le libellé de la clause de l'expropriation indirecte quant au volet

⁵¹ *Accord de rapprochement économique entre la Chine et Hong Kong*, 28 juin 2017, (entrée en vigueur : 28 juin 2017).

⁵² Article 4 du *Traité bilatéral d'investissement Brésil-Suriname*, 2 mai 2018, (non en vigueur en date du 27 mars 2022).

⁵³ Article 8.9.1 de l'*Accord Économique et Commercial Global (AECG)*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016 (entrée en vigueur provisoire le 21 septembre 2017).

relatif à la protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Nous avons pu ainsi dégager deux principales catégories de clauses. La première comporte des dispositions assez larges que l'on retrouve dans la majorité des traités d'investissement. Les attentes raisonnables y sont citées sous le chapitre de l'expropriation indirecte en ces termes :

The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: [...] ii. the extent to which the measure or the series of measures interfere with *distinct, reasonable investment-backed expectations* [...]. [nos italiques]⁵⁴

Nous verrons dans la troisième partie que cette expression puise son origine du droit américain en matière d'expropriation, et fut plus précisément évoquée dans la décision *Penn Central Transportation Co v City of New York*⁵⁵.

La deuxième catégorie est davantage restrictive dans la mesure où elle comporte certaines limitations qui se retrouvent soit dans le corps du texte soit en note de bas de page. Ces limitations consistent à circonscrire la nature des attentes pouvant bénéficier de la protection internationale, à savoir :

- a) Celles qui découlent d'un engagement spécifique à l'égard de l'investisseur⁵⁶ ;
- b) Celles qui exigent un engagement écrit, direct, explicite et spécifique de l'État⁵⁷ ;

⁵⁴ Affaires mondiales Canada, *Modèle d'API*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2004 à la p 21.

⁵⁵ *Penn Central Transportation Co v New York City* (1978), 438 US 104, 98 S Ct 2646, 57 L Ed 2d 631 (LII) (Justia) [*Penn Central*].

⁵⁶ *Traité bilatéral d'investissement Chine-Tanzanie*, 24 mars 2014 (entrée en vigueur : 17 avril 2014). Voir également *Traité bilatéral d'investissement Chine-Ouzbékistan*, 19 avril 2011 (entrée en vigueur 1^{er} septembre 2011) :

« Article 6-expropriation

2. c) the extent to which the measure or the series of measures interferes with the *clear and reasonable* investment expectations of investors of the other Contracting Party; where such expectations arise from *specific commitments* made by one Contracting Party to the investors of the other Contracting Party [...]. » [nos italiques]

- c) Celles qui tiennent compte du niveau de réglementation et du secteur visé par ladite réglementation, selon qu'il est fortement réglementé ou pas⁵⁸ et ;
- d) Celles qui requièrent une atteinte substantielle aux attentes claires et raisonnables de l'investisseur⁵⁹.

Qu'elles soient de portée générale ou plus restrictive, force est de constater que la protection des attentes raisonnables y figure sous le chapitre de l'expropriation indirecte et non en vertu du traitement juste et équitable ce qui laisse alors entrevoir une sorte de mutation de cette notion par la jurisprudence arbitrale.

⁵⁷ *Traité bilatéral d'investissement République islamique d'Iran-Slovaquie*, 19 janvier 2016, (entrée en vigueur : 30 août 2017) :

« Article 6-Expropriation

4. The determination of whether a measure or series of measures of the Contracting Party constitute measures having equivalent effect to expropriation or nationalization requires a Case-by-Case, fact-based inquiry that considers:

b) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations arising out of the Contracting Party's prior binding explicit written commitment directly and specifically to the investor ».

⁵⁸ *Accord de libre-échange Australie-République de Corée*, 8 avril 2014 (entrée en vigueur le 12 décembre 2014) :

« Annexe 11-b expropriation

4 (b) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; [...] For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends in part on the nature and extent of governmental regulation in the relevant sector. For example, an investor's expectations that regulations will not change are less likely to be reasonable in a heavily regulated sector than in a less heavily regulated sector or whether at the time the investment was made the host Party had particular regulatory power over the relevant sector can be considered ».

Voir aussi *Accord de libre-échange Colombie-République de Corée*, 21 février 2013, (entrée en vigueur 15 juin 2016).

⁵⁹ *Accord de libre-échange Mexique-Pérou*, 06 avril 2011 (entrée en vigueur 1^{er} février 2012) :

« Article 11.12 Expropiación

La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación fáctica, caso por caso, que considere entre otros factores: [...] ii) el grado en el cual el acto gubernamental interfiere sustancialmente con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión »

« Article 11.12 Expropriation

La détermination du fait qu'un acte ou une série d'actes d'une Partie, dans une situation factuelle spécifique, constitue une expropriation indirecte, nécessite une enquête factuelle, au cas par cas, qui considère entre autres facteurs : [...] ii) le degré dans lequel l'acte gouvernemental interfère substantiellement avec les attentes claires et raisonnables de l'investissement » [notre traduction]

Voir aussi *Accord de libre-échange Colombie-Costa Rica*, 22 mai 2013 (entrée en vigueur : 1 août 2016).

1.4 L'analyse géographique des traités d'investissement et des accords de libre-échange

À la suite de l'analyse temporelle des traités d'investissement ainsi que l'évolution des variations rédactionnelles des clauses portant protection des attentes raisonnables de l'investisseur, il nous a semblé pertinent de procéder à une analyse géographique de ces traités afin de mettre en exergue la pratique des États quant à l'inclusion ou l'exclusion de la protection des attentes raisonnables. Plus précisément, nous avons souhaité apporter un éclairage quant à l'absence de concordance, dans l'espace, d'une pratique internationale relativement à la protection des attentes raisonnables. En d'autres termes, cette analyse nous servira de point d'appui lorsque nous aborderons la nature juridique des attentes raisonnables en droit international notamment sous le prisme de la coutume internationale et les principes généraux de droit.

Ainsi, cette étude a permis d'observer que malgré certaines constantes étatiques il existe des divergences notables quant à la protection des attentes raisonnables au sein de la communauté internationale. À titre d'exemple, la majorité des traités signés par le Canada, à l'exception des traités entre le Canada et la Mongolie⁶⁰ ainsi que le Canada et le Koweït⁶¹ intègrent la notion d'attentes raisonnables au chapitre de l'expropriation indirecte⁶². À l'inverse, les traités signés par le Japon⁶³ ne comportent

⁶⁰ *Traité bilatéral d'investissement Canada-Mongolie*, 8 septembre 2016, (entrée en vigueur : 24 février 2017).

⁶¹ *Traité bilatéral d'investissement Canada-Koweït*, 26 septembre 2011 (entrée en vigueur : 19 février 2014).

⁶² *Traité bilatéral d'investissement (TBI) Canada-Cameroun*, 3 mars 2014, (entrée en vigueur 16 décembre 2016); *TBI Canada-Hong-Kong*, 10 février 2016, (entrée en vigueur 6 septembre 2016); *TBI Canada-Mali*, 28 novembre 2014 (entrée en vigueur 8 juin 2016); *TBI Canada-Sénégal*, 27 novembre 2014, (entrée en vigueur : 5 août 2016); *TBI Canada-Côte d'Ivoire*, 30 novembre 2014, (entrée en vigueur : 14 décembre 2015); *ALE Canada-Honduras*, 5 novembre 2013, (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2014); *TBI Canada-Benin*, 9 janvier 2013, (entrée en vigueur : 12 mai 2014); *TBI Canada-Tanzanie*, 17 mai 2013 (entrée en vigueur : 9 décembre 2013); *TBI Canada-Chine*, 9 septembre 2012, (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2014); *ALE Canada-Colombie*, 21 novembre 2008, (entrée en vigueur : 15 août 2011); *TBI Canada-Slovaquie*, 27 juillet 2010, (entrée en vigueur : 14 mars 2012); *ALE*

presque jamais de clause relative aux attentes raisonnables même dans le cadre de l'expropriation indirecte. À cet égard, bien que l'incorporation des attentes raisonnables à la notion d'expropriation indirecte soit significative dans traités les internationaux⁶⁴, elle est loin de constituer une approche unique dans la pratique

Canada-Panama, 14 mai 2010, (entrée en vigueur : 1^e avril 2013); *TBI Canada-Jordanie*, 28 juin 2009, (entrée en vigueur : 14 décembre 2009); *TBI Canada-Roumanie*, 8 mai 2009 (entrée en vigueur : 23 novembre 2011); *TBI Canada-République Tchèque*, 6 mai 2009, (entrée en vigueur : 22 janvier 2012) ; *TBI Canada-Lettonie*, 5 mai 2009, (entrée en vigueur : 24 novembre 2011); *ALE Canada-Pérou*, 29 mai 2008, (entrée en vigueur : 1^e août 2009); *TBI Canada-Pérou*, 14 novembre 2006, (entrée en vigueur : 20 juin 2007), disponible en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/35/canada>.

⁶³ *TBI Japon-Kenya*, 28 août 2016 (entrée en vigueur : 14 septembre 2017) ; *TBI Japon-République islamique d'Iran*, 5 février 2016 (entrée en vigueur 6 avril 2017); *TBI Japon-Arabie Saoudite*, 30 avril 2013 (entrée en vigueur : 7 avril 2017); *TBI Japon-Ukraine*, 5 février 2015, (entrée en vigueur : 26 novembre 2015) ; *TBI Japon-Oman*, 19 juin 2015 (entrée en vigueur : 21 juillet 2017); *TBI Japon-Uruguay*, 26 janvier 2015, (entrée en vigueur : 14 avril 2017); *Accord de partenariat économique Japon-Australie*, 8 juillet 2014 (entrée en vigueur : 15 janvier 2015); *TBI Japon-Myanmar*, 15 décembre 2013 (entrée en vigueur : 7 août 2014) ; *TBI Japon-Mozambique*, 1^e juin 2013, (entrée en vigueur : 29 août 2014); *TBI Japon-Irak*, 7 juin 2012 (entrée en vigueur : 25 février 2014); *TBI Japon-Koweït*, 22 mars 2012 (entrée en vigueur : 24 janvier 2014); *TBI Japon-Colombie*, 12 septembre 2011 (entrée en vigueur : 11 septembre 2015); *TBI Japon-Pérou*, 11 novembre 2011 (entrée en vigueur : 1 mars 2012); *TBI Japon-Nouvelle Guinée*, 26 avril 2011, (entrée en vigueur : 17 janvier 2014), disponible en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/105/japan>.

⁶⁴ *TBI République islamique d'Iran-Slovaquie*, 19 janvier 2016, (entrée en vigueur : 30 août 2017); *ALE Singapour-Turquie*, 14 novembre 2015 (entrée en vigueur : 1^e octobre 2017); *ALE Chine-République de Corée*, 1^e juin 2015 (entrée en vigueur : 20 décembre 2015); *ALE Honduras-Pérou*, 29 mai 2015, (entrée en vigueur : 1^e janvier 2017) ; *TBI Canada-Cameroun*, 3 mars 2014, (entrée en vigueur : 16 décembre 2016); *TBI Canada-RAS de Hong Kong*, 10 février 2016, (6 septembre 2016); *TBI Canada-Mali*, 28 novembre 2014, (entrée en vigueur : 8 juin 2016); *TBI Canada-Sénégal*, 27 novembre 2014, (entrée en vigueur : 5 août 2016); *TBI Canada-Côte d'Ivoire*, 30 novembre 2014, (14 décembre 2015); *ALE Canada-Honduras*, 5 novembre 2013 (entrée en vigueur : 1^e octobre 2014); *TBI Canada-Benin*, 9 janvier 2013 (entrée en vigueur : 12 mai 2014); *TBI Canada-République Unie de Tanzanie*, 13 mai 2013, (entrée en vigueur : 9 décembre 2013); *TBI Canada-Chine*, 9 septembre 2012, (entrée en vigueur : 1^e octobre 2014) ; *ALE Australie-République de Corée*, 8 avril 2014, (entrée en vigueur : 12 décembre 2014); *ALE Mexique-Panama*, 3 avril 2014 (entrée en vigueur : 1^e juillet 2015); *Protocole additionnel de l'Alliance pacifique entre le Chili, la Colombie et le Pérou*, 10 février 2014, (entrée en vigueur : 1^e mai 2016); *TBI Cameroun-République de Corée*, 24 décembre 2013 (entrée en vigueur : 13 avril 2018); *ALE Colombie-République de Corée*, 21 février 2013 (entrée en vigueur : 15 juillet 2016); *Accord de partenariat économique Singapour-Taiwan*, 7 novembre 2013 (entrée en vigueur : 19 avril 2014); *ALE Colombie-Costa Rica*, 22 mai 2013, (entrée en vigueur : 1^e août 2016); *TBI Chine-République Unie de Tanzanie*, 24 mars 2013, (entrée en vigueur : 17 avril 2014); *TTI Chine-Japon-République de Corée*, 15 mai 2012, (entrée en vigueur : 17 mai 2014); *TBI Serbie-Émirats Arabes Unis*, 17 février 2013, (entrée en vigueur : 25 décembre 2014); *ALE Amérique centrale (Marché commun Amérique centrale)-Mexique*, 22 novembre 2011, (entrée en vigueur : 1^e juillet 2013); *ALE Panama-Pérou*, 25 mai 2011, (entrée en vigueur : 1^e mai 2012); *TBI Chine-Ouzbékistan*,

conventionnelle étatique puisque de nombreux traités l'occultent purement et simplement⁶⁵. Nous ne soulignerons pas la tendance marginale de certains traités à

19 avril 2011, (entrée en vigueur : 1^e septembre 2011); *ALE Mexique-Pérou*, 6 avril 2011, (entrée en vigueur : 1^e février 2012); *TBI Inde-Lituanie*, 31 mars 2011, (entrée en vigueur : 1^e décembre 2011); *ALE République de Corée-Pérou*, (2010-2011); *TBI Canada-Slovaquie*, 20 juillet 2010, (entrée en vigueur : 14 mars 2012); *ALE Canada-Panama*, 14 mai 2010, (entrée en vigueur : 1^e avril 2013); *ALE Costa Rica-Singapour*, 6 avril 2010, (entrée en vigueur : 1^e juillet 2013); *TBI Colombie-GB*, 17 mars 2010, (entrée en vigueur : 10 octobre 2014); *TBI Inde-Lettonie*, 18 février 2010, (entrée en vigueur : 27 novembre 2010).

⁶⁵ *ALE Australie-Chine*, 17 juin 2015, (entrée en vigueur : 20 décembre 2015); *ALE Australie-Malaisie*, 22 mai 2012, (entrée en vigueur : 1^e janvier 2013); *ALE Union économique eurasiatique-Vietnam*, 29 mai 2015, (entrée en vigueur : 5 octobre 2016); *TBI Danemark-Macédoine*, 8 mai 2015, (entrée en vigueur : 30 juin 2016); *ALE République de Corée-Nouvelle Zélande*, 23 mars 2015 (entrée en vigueur : 20 décembre 2015); *TBI Japon-Kenya*, 28 août 2016 (entrée en vigueur : 14 septembre 2017); *TBI Japon-République islamique d'Iran*, 5 février 2016 (entrée en vigueur : 26 avril 2017); *TBI Japon-Arabie Saoudite*, 30 avril 2013, (entrée en vigueur : 7 avril 2017); *Accord de partenariat économique Japon-Mongolie*, 10 février 2015 (entrée en vigueur : 7 juin 2016); *TBI Japon-Ukraine*, 5 février 2015, (entrée en vigueur : 26 novembre 2015); *TBI Japon-Oman*, 19 juin 2015, (entrée en vigueur : 21 juillet 2017); *TBI Japon-Uruguay*, 26 janvier 2015, (entrée en vigueur : 14 avril 2017); *ALE Japon-Australie*, 8 juillet 2014 (entrée en vigueur : 15 janvier 2015); *TBI Japon-Myanmar*, 15 décembre 2013, (entrée en vigueur : 7 août 2014) ; *TBI Japon-Mozambique*, 1^e juin 2013, (entrée en vigueur : 29 août 2014); *TBI Japon-Irak*, 7 juin 2012, (entrée en vigueur : 25 février 2014), *TBI Japon-Koweït*, 22 mars 2012, (entrée en vigueur : 24 juin 2014); *TBI Japon-Colombie*, 12 septembre 2011 (entrée en vigueur : 11 septembre 2015); *Accord de partenariat économique Japon-Pérou*, 31 mai 2011, (entrée en vigueur : 1 mars 2012); *TBI Japon-Nouvelle Guinée*, 26 avril 2011 (entrée en vigueur : 17 janvier 2014); *Accord d'association entre l'Union européenne et la Géorgie*, 27 juin 2014, (entrée en vigueur : 1^e juillet 2016); *Accord d'association entre l'Union européenne et la Moldavie*, 27 juin 2014 (entrée en vigueur : 1 juillet 2016); *Accord d'association entre l'Union européenne et l'Ukraine*, 27 juin 2014, (entrée en vigueur : 1 janvier 2016); *Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et la Communauté de développement d'Afrique australe*, 10 juin 2016, (entrée en vigueur : 1^e septembre 2017); *TBI Moldavie-Monténégro*, 20 juin 2014, (entrée en vigueur : 23 juin 2015); *TBI Géorgie-Suisse*, 3 juin 2014, (entrée en vigueur : 17 avril 2015); *TBI Slovaquie-Émirats Arabes Unis*, 22 septembre 2016, (entrée en vigueur : 5 février 2018); *TBI Grèce-Émirats Arabes Unis*, 6 mai 2014, (entrée en vigueur : 6 mars 2016); *TBI Inde-Émirats Arabes Unis*, 12 décembre 2013, (entrée en vigueur : 21 août 2014); *TBI Monténégro-Émirats Arabes Unis*, 26 mars 2012, (entrée en vigueur : 1 mars 2013); *TBI Portugal-Émirats Arabes Unis*, 19 septembre 2011, (entrée en vigueur : 4 juillet 2012); *TBI Bahreïn-Pakistan*, 18 mars 2014 (entrée en vigueur : 7 octobre 2015); *ALE Chili-Thaïlande*, 4 septembre 2013 (entrée en vigueur : 5 novembre 2015) ; *TBI Guatemala-Trinidad et Tobago*, 13 août 2013 (entrée en vigueur : 23 juin 2016); *Accord de coopération économique Nouvelle Zélande-Taiwan*, 10 juillet 2013 (entrée en vigueur : 1^e décembre 2013); *ALE Chine-Suisse* 6 juillet 2013, (entrée en vigueur : 1^e juillet 2014); *ALE Bosnie-Herzégovine-Association européenne de libre-échange*, 24 juin 2013, (entrée en vigueur : 1^e janvier 2015); *Accord cadre de commerce et d'investissement Communauté caribéenne (CARICOM)-États-Unis*, 28 mai 2013 (entrée en vigueur : 28 mai 2013); *TBI Koweït et Ile Maurice*, 18 avril 2013, (entrée en vigueur : 24 juillet 2014); *TBI Koweït-Mexique*, 22 février 2013, (entrée en vigueur : 28 avril 2016); *TBI Irak-Koweït*, 6 décembre 2013, (entrée en vigueur : 4 février 2015) ; *TBI Koweït-Kenya*, 12 novembre 2013, (entrée en vigueur : 22.04.2015); *ALE Chine-Islande*, 15 avril 2013, (entrée en vigueur : 1^e juillet 2014); *TBI Bahreïn-Mexique*, 29 novembre 2012, (entrée en vigueur : 30 juillet 2014); *TBI Suisse-Tunisie*, 16 octobre

inclure la protection des attentes raisonnables dans le cadre de l'obligation de transparence étatique⁶⁶.

L'analyse des traités internationaux a donc constitué le point de départ de notre recherche. Elle nous a permis dans un premier temps de cibler toute référence aux attentes raisonnables dans les traités d'investissement ce qui sera déterminant lorsque

2012, (entrée en vigueur : 8 juillet 2014) ; *ALE Chili-Hong Kong*, 7 septembre 2012, (entrée en vigueur 9 octobre 2014) ; *TBI Algérie-Serbie*, 13 février 2012, (entrée en vigueur : 25 novembre 2013); *TBI Nicaragua-Fédération de Russie*, 26 janvier 2012 (entrée en vigueur : 3 septembre 2013); *ALE Association européenne de libre-échange-Géorgie*, 27 juin 2016, (entrée en vigueur 1^{er} septembre 2017); *ALE Association européenne de libre-échange-Monténégro*, 14 novembre 2011 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 2012); *TBI Azerbaïdjan-Turquie*, 25 octobre 2011, (entrée en vigueur : 2 mai 2013); *TBI Azerbaïdjan-Monténégro*, 16 septembre 2011, (entrée en vigueur : 2 novembre 2012); *TBI Azerbaïdjan-Serbie*, 8 juin 2011, (entrée en vigueur : 14 avril 2011); *TBI Canada-Mongolie*, 8 septembre 2016, (entrée en vigueur : 24 février 2017); *TBI Canada-Koweït*, 26 septembre 2011, (entrée en vigueur : 19 février 2014); *TBI Bosnie Herzégovine-Saint Marin*, 2 août 2011, (entrée en vigueur : 24 mai 2012) ; *ALE Association européenne de libre-échange-Hong Kong*, 21 juin 2011, (entrée en vigueur : 1^{er} octobre 2012); *Accord cadre de commerce et d'investissement Argentine-États Unis*, 23 mars 2016, (entrée en vigueur : 23 mars 2016); *TBI Azerbaïdjan-République Tchèque*, 17 mai 2011 (entrée en vigueur : 9 février 2012); *TBI République Tchèque-Sri Lanka*, 28 mars 2011, (entrée en vigueur : 15 juin 2016); *Accord de commerce et de coopération économique Brésil-États-Unis*, 18 mars 2011 (entrée en vigueur : 18 mars 2011); *TBI Lituanie-Macédoine*, 8 mars 2011, (entrée en vigueur : 13 janvier 2012); *TBI Koweït-Pakistan*, 14 février 2011, (entrée en vigueur : 10 novembre 2013); *TBI Congo et République de Maurice*, 20 décembre 2010, (entrée en vigueur : 15 décembre 2013) ; *TBI Macédoine-Monténégro*, 15 décembre 2010, (entrée en vigueur : 30 septembre 2011); *TBI Israël-Ukraine*, 24 novembre 2010, (entrée en vigueur : 20 novembre 2012); *ALE Chili-Malaisie*, 13 novembre 2010, (entrée en vigueur : 18 avril 2012); *TBI Suisse-Trinité-et-Tobago*, 26 octobre 2010, (entrée en vigueur : 4 juillet 2012); *TBI Kazakhstan-Serbie*, 7 octobre 2010, (entrée en vigueur : 7 décembre 2015); *TBI Fédération de Russie-Singapour*, 27 septembre 2010 (entrée en vigueur : 16 juin 2012); *TBI Albanie-Chypre*, 5 août 2010, (entrée en vigueur : 7 novembre 2011); *TBI Liban-Syrie*, 18 juillet 2010, (entrée en vigueur : 16 décembre 2011); *ALE Association européenne de libre-échange-Pérou*, 14 juillet 2010, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2011), *TBI Malte-Serbie*, 2 juillet 2010, (14 décembre 2010); *Accord cadre Chine-Taiwan*, 29 juin 2010, (entrée en vigueur : 1^{er} septembre 2010); *TBI Fédération de Russie-Émirats Arabes Unis*, 26 juin 2010, (entrée en vigueur : 19 août 2013), *ALE Association européenne de libre-échange-Ukraine*, 24 juin 2010 (entrée en vigueur : 1^{er} juin 2012); *TBI Estonie-Moldavie*, 18 juin 2010, (entrée en vigueur : 21 avril 2011), *TBI Sénégal-Turquie*, 15 juin 2010, (entrée en vigueur : 17 juillet 2012); *TBI Koweït-Turquie*, 27 mai 2010, (entrée en vigueur : 8 mai 2013); *TBI Macédoine-Maroc*, 11 mai 2010, (entrée en vigueur : 15 octobre 2012); *TBI Malte-Monténégro*, 7 avril 2010, (entrée en vigueur : 19 juillet 2011); *ALE Chine-Costa Rica*, 1^{er} avril 2010, (entrée en vigueur : 1^{er} août 2011); *Accord de rapprochement économique Hong Kong (RAS Chine)-Nouvelle-Zélande*, 29 mars 2010, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2011); *TBI Chili-Uruguay*, 25 mars 2010, (entrée en vigueur : 18 mars 2012) ; *TBI Kazakhstan-Roumanie*, 2 mars 2010, (entrée en vigueur : 17 juillet 2013); *TBI Chypre-Jordanie*, 20 décembre 2009, (entrée en vigueur : 19 juillet 2010).

⁶⁶ *ALE Union européenne-République de Corée*, 6 octobre 2010, (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011).

nous aborderons la jurisprudence arbitrale sur cette question. Elle s'inscrit en outre dans notre hypothèse de recherche à savoir que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur est avant tout le fruit d'une interprétation arbitrale et que celle-ci incarnerait l'émergence d'un rôle normatif des tribunaux arbitraux.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LA JURISPRUDENCE ARBITRALE

Nous avons établi au chapitre précédent que la protection des attentes raisonnables, lorsqu'elle est mentionnée dans un traité d'investissement, est inhérente à la définition de l'expropriation indirecte. Pourtant, la voie empruntée par les tribunaux arbitraux et les investisseurs pour revendiquer une telle protection dépasse le cadre strict de l'expropriation indirecte, et constitue désormais la clé de voûte du traitement juste et équitable. La question est donc la suivante : comment les tribunaux arbitraux sont-ils parvenus à établir ce lien ? Pour tenter d'apporter une réponse à ce questionnement, nous scinderons ce chapitre en quatre sections. Dans un premier temps, nous exposerons la méthodologie que nous avons adoptée dans le recensement des sentences arbitrales qui se sont penchées sur la protection des attentes raisonnables (section 2.1). Nous examinerons en second lieu la protection des attentes raisonnables comme vecteur de stabilité du cadre juridique étatique et nous dégagerons trois orientations des tribunaux arbitraux à cet égard (section 2.2). Nous traiterons enfin des variables retenues par les tribunaux arbitraux dans la détermination des attentes raisonnables d'un investisseur plus particulièrement celle qui se rapporte au moment de l'investissement comme critère d'émergence d'une attente raisonnable ainsi que le lien entre la décision d'investir et le cadre juridique étatique (section 2.3). Nous traiterons enfin des décisions de l'ALENA (section 2.4)

Cette approche permet de dégager les grandes lignes du raisonnement juridique adopté par les tribunaux arbitraux lorsqu'ils se prononcent sur la protection des

attentes raisonnables des investisseurs. Autrement dit, leur raisonnement, leur méthodologie et, le cas échéant, le recours à des normes de droit international pour appuyer leurs conclusions. Ces dernières sont-elles alors compatibles avec les règles de droit international ? Cet état des lieux jurisprudentiel est ce qui amorcera la déconstruction de la notion de protection des attentes raisonnables en tant que sous-catégorie du traitement juste et équitable.

2.1 Méthodologie d'analyse

À l'instar des traités et accords d'investissement, nous avons sélectionné comme échantillon de base, les sentences arbitrales rendues au cours de la période s'étalant du 1^{er} janvier 2000 au 27 octobre 2018 dans lesquelles les attentes raisonnables sont mentionnées ce qui a donné lieu à cent quatre-vingt-quinze (195) sentences. Toutefois, plusieurs autres sentences y ont été ajoutées au fil de cette étude sans que cela influe sur les conclusions de notre recherche. Lors de cette analyse, nous avons tenté de déterminer :

- a) Le contexte dans lequel la protection des attentes raisonnables a été examinée par les tribunaux arbitraux ;
- b) Le lien établi avec la notion de traitement juste et équitable ;
- c) Les motifs des tribunaux arbitraux et leur méthodologie et ;
- d) Les critères retenus afin de se prononcer sur le bien-fondé de la réclamation de l'investisseur.

Ces éléments seront analysés majoritairement dans le cadre des litiges arbitraux faisant suite à l'adoption par l'État de mesures législatives ou réglementaires qui ont pour effet de priver l'investisseur d'un avantage quelconque ou qui pourraient influencer sur des bénéfices futurs. Il ne s'agit pas nécessairement d'un choix méthodologique de notre part, mais d'un constat basé sur la multiplicité des recours sur cette base.

2.2 La protection des attentes raisonnables de l'investisseur comme vecteur de stabilité du cadre juridique étatique

Il s'agit du motif de réclamation le plus fréquent en matière de traitement juste et équitable, plus particulièrement lorsque la protection des attentes raisonnables de l'investisseur est soulevée. Ce chef de réclamation s'appuie généralement sur l'adoption d'un changement législatif affectant les attentes raisonnables de l'investisseur. Il porte autant sur le maintien d'incitatifs fiscaux⁶⁷, l'octroi d'un permis d'exploitation minière⁶⁸, l'approvisionnement en ressources naturelles⁶⁹, ou sur un retour sur investissement⁷⁰. La jurisprudence arbitrale bien que réitérant le droit souverain de l'État⁷¹ est néanmoins traversée par trois courants principaux que nous qualifierons respectivement de « souverainiste », d'économiciste et de modéré.

⁶⁷ *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I]* (2013), ICSID Case No ARB/05/20 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Laurent Lévy, Dr Stanimir A Alexandrov et Prof Georges Abi-Saab) [*Micula*]; *Antaris Solar GmbH and Dr Michael Göde v Czech Republic* (2018), PCA Case No 2014-01 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Lord Collins of Mapesbury, Gary Born et Juge Peter Tomka) [*Antaris*]; *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain* (2018), ICSID Case No ARB/14/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : John Beechey, Gary Born et Prof Brigitte Stern) [*Masdar*].

⁶⁸ *Crystallex International Corporation v Bolivarian Republic of Venezuela* (2016), ICSID Case No ARB(AF)/11/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Laurent Lévy, Dean John Y Gotanda et Prof Laurence Boisson de Chazournes) [*Crystallex*].

⁶⁹ *Unión Fenosa Gas, SA v Arab Republic of Egypt* (2018), ICSID Case No ARB/14/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : VV Veeder, J William Rowley et Mark Clodfelter) [*Fenosa*].

⁷⁰ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain* (2018), SCC, Case No 2015/063 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of commerce) (Arbitre : Johan Sidklev) [*Novenergia*]. Voir aussi *Walter Bau AG (in liquidation) v The Kingdom of Thailand* (2009), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Sir Ian Barker, Hon Marc Lalonde et Jayavadh Bunnag) [*Walter*].

⁷¹ *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania* (2007), ICSID Case No ARB/05/8 au para 332 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Julian Lew, Hon Marc Lalonde et Dr Laurent Lévy) [*Parkerings*]; *Micula, supra* note 67 au para 666; *Continental Casualty Company v The Argentine Republic* (2008), ICSID Case No ARB/03/9 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Giorgio Sacerdoti, VV Veeder et Michell Nader) [*Continental*]; *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria* (2008), ICSID Case No ARB/03/24 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Carl F Salans, Prof Albert Jan van den Berg et VV Veeder) [*Plama*]; *EDF (Services) Limited v Romania*

Les premiers, sans remettre en question l'existence même d'une protection des attentes raisonnables en droit international de l'investissement, expriment une certaine déférence à l'endroit du pouvoir souverain de l'État qui conserve alors l'ensemble de ses prérogatives quant à l'adoption des textes de loi nécessaires à la préservation de l'intérêt public. Cette souveraineté interne n'est pas absolue, mais les tenants de cette approche exigent que la conduite de l'État ne contrevienne pas de *manière manifeste* aux principes de constance, de transparence, d'impartialité et de non-discrimination⁷² à l'égard de l'investisseur.

Dans un deuxième temps, il y a ceux qui estiment que la protection des attentes raisonnables s'appuie sur des textes généraux tels que les lois, les traités, licences, etc.⁷³ Il s'agit principalement de l'approche préconisée par les professeurs Schreuer et Dolzer, qui estiment que le point de départ pour déterminer s'il existe des attentes raisonnables est le cadre juridique global dans lequel l'investissement a été réalisé⁷⁴. La protection des investissements internationaux et le développement des échanges économiques justifieraient alors une approche libérale et une flexibilité dans l'interprétation des normes de traitement des investisseurs.

(2009), ICSID Case No ARB/05/13 au para 217 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Arthur W Rovine et Yves Derains) [*EDF Limited*]; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömi Kft v The Republic of Hungary* (2010), ICSID Case No ARB/07/22 aux para 9.3.29 et 10.3.7-10.3.8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Claus Werner von Wobeser, Prof Brigitte Stern et J William Rowley) [*AES*].

⁷² *Saluka*, *supra* note 27 au para 307.

⁷³ *Frontier Petroleum Services Ltd v The Czech Republic* (2010), PCA Case No 2008-09 au para 285 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : David AR Williams, Henri Alvarez et Christoph Schreuer) [*Frontier*].

⁷⁴ Christoph H Schreuer, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice » (2005) 6:3 J World Invest & Trade 357 à la p 374; Dolzer, Rudolf, « Fair and Equitable Treatment: Today's Contours » (2014) 12 Santa Clara J Intl L 7 à la p 22 : « The appropriate starting point to determine legitimate expectations is the legal order of the host state at the time when the investor made its investment. A number of investment Tribunals have relied on the nexus between legitimate expectations and the host state's legal order at the time of the investment. »

Enfin, il y a ceux qui considèrent que seul un engagement spécifique de l'État à l'égard de l'investisseur peut générer des attentes raisonnables et engager la responsabilité internationale de l'État, ce dernier n'est alors responsable que des attentes objectives qu'il a générées pour encourager les investisseurs⁷⁵. Ainsi, en l'absence de clause de stabilisation, la règle est que l'État conserve en tout temps, son droit d'adopter les lois et les règlements pour le bien public et l'investisseur ne peut donc raisonnablement s'attendre à ce que les circonstances qui prévalaient au moment de son investissement demeurent inchangées⁷⁶. L'exception à cette règle serait que l'investisseur ait reçu des assurances spécifiques voulant que la législation ou la réglementation en vigueur au moment de l'investissement ne serait pas modifiée. Dans un tel cas, il y aurait alors violation du traitement juste et équitable et plus précisément des attentes raisonnables de l'investisseur⁷⁷. C'est globalement l'approche préconisée par les tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA⁷⁸. La spécificité de l'engagement est laissée à l'appréciation des tribunaux arbitraux. Ainsi, dans l'affaire *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania*, le Tribunal conclut que des incitatifs économiques que l'État avait présentés aux investisseurs dans le but d'attirer ces derniers pouvaient créer l'illusion que ces incitatifs seraient maintenus durant dix ans dans les régions défavorisées⁷⁹. En d'autres termes, l'existence d'une politique d'exonération fiscale ciblée fut assimilée à un engagement étatique générant chez l'investisseur des attentes raisonnables.

Nous examinerons ces trois approches individuellement afin de clarifier notre propos.

⁷⁵ *Masdar*, *supra* note 67 au para 490; *Glamis Gold, Ltd v The United States of America* (2009), 48 ILM 1035 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Michael K Young, Prof David D Caron et Kenneth D Hubbard), DOI : <10.1017/S0020782900000346> [*Glamis*]; CNUCED, *supra* note 25.

⁷⁶ *Saluka*, *supra* note 27 aux para 304-306; *Crystallex*, *supra* note 68 au para 552; *Parkerings*, *supra* note 71 aux para 335-336.

⁷⁷ *Micula*, *supra* note 67 au para 673.

⁷⁸ Voir la section 2.4, ci-dessous, pour l'analyse de la jurisprudence de l'ALENA à cet égard.

⁷⁹ *Micula*, *supra* note 67 au para 686.

2.2.1 L'approche « souverainiste » des tribunaux arbitraux

Le respect des attentes raisonnables en lien avec la stabilité juridique est sans doute une question qui génère le plus d'antagonismes puisqu'elle oppose d'une part la protection de l'investisseur et d'autre part la souveraineté de l'État. À cet égard, plusieurs tribunaux arbitraux ont été plus circonspects quant à l'immixtion dans les prérogatives législatives ou réglementaires de l'État lorsqu'il adopte des lois d'intérêt public⁸⁰. Ainsi, en 2006, le Tribunal arbitral statuant dans l'affaire *Saluka Investments BV v Czech Republic* s'exprima comme suit :

305. No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well⁸¹.

L'affaire *El paso Energy International Company v The Argentine Republic* évoqua pour sa part la stabilité sous l'angle économique en ces termes : « une stabilité économique ne peut constituer une attente légitime d'un quelconque opérateur économique » [notre traduction]⁸². Il s'appuya à cet égard sur les propos exprimés par la Cour permanente de Justice dans l'affaire *Oscar Chinn (United Kingdom v Belgium)* :

No enterprise – least of all a commercial or transport enterprise, the success of which is dependent on the fluctuating level of prices and rates – can escape from the changes and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general

⁸⁰ Voir notamment *SD Myers, Inc v Government of Canada* (2000), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 263 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Bryan Schwartz, Bob Rae et Prof J Martin Hunter) [*Myers*].

⁸¹ *Saluka*, *supra* note 27 au para 305.

⁸² « [E]conomic stability cannot be a legitimate expectation of any economic actor ». *El Paso*, *supra* note 21 au para 366.

prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change.⁸³

Certes, la déférence exprimée par les tribunaux arbitraux n'a pas nécessairement empêché certains d'entre eux de conclure à la frustration des attentes légitimes de l'investisseur, mais cette conclusion fut motivée par un comportement arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi⁸⁴. Cette approche est dans la plupart des cas préconisée par les États eux-mêmes qui estiment que la portée de la protection des attentes raisonnables ne devrait pas excéder celle de la norme minimale de traitement et qu'à cet égard le pouvoir législatif de l'État ne saurait être altéré⁸⁵.

2.2.2 L'approche économiciste des tribunaux arbitraux

En 2003, dans l'affaire *Tecmed*, le Tribunal, se prononçant sur le traitement juste et équitable, déclara ce qui suit :

154. The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting

⁸³ *Affaire Oscar Chinn (Royaume Uni c Belgique)* (1934), CPJI (sér A/B) n° 63 à la p 88, tel que cité dans *El Paso*, *supra* note 21 au para 366.

⁸⁴ *Saluka*, *supra* note 27 au para 307.

⁸⁵ *Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain* (2018), ICSID Case No ARB/13/31 au para 360 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : J Christopher Thomas, Prof Francisco Orrego Vicuña et Dr Eduardo Zuleta) [*Infrastructure*].

decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized "...by any reasonable and impartial man," or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: ...(it) shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. [notes omises]⁸⁶

Ce paragraphe, cité 77 fois dans les autres sentences arbitrales⁸⁷, incarne une interprétation libérale du traitement juste et équitable et s'inscrit dans une logique mondialiste visant à favoriser la protection de l'investisseur au détriment du droit de l'État de réguler librement. L'opérateur économique est, en quelque sorte, en droit de s'attendre à ce que le cadre législatif ou réglementaire dans lequel il a investi demeure prévisible, voire inchangé, même en l'absence de clause de stabilisation. Le Tribunal n'exigea pas non plus de représentation spécifique de la part de l'État, mais s'appuya sur la notion de bonne foi⁸⁸. Dès lors, le respect des attentes raisonnables assurerait une sorte de « confort juridique » auquel un investisseur doit s'attendre

⁸⁶ *Tecmed*, supra note 3 au para 154.

⁸⁷ Investor state Law Guide (ISLG) <investorstatelawguide-com.proxy.bibliotheques.uqam.ca/ResearchTools/JurisprudenceCitators?toc=content&id=11&type=&disputeID=553271&cidsp=553271&SearchTab=288&sort=#553271_288>.

⁸⁸ *Tecmed*, supra note 3 au para 154. Voir aussi *Bernhard von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe* (2015), ICSID Case No ARB/10/15 au para 526 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof David AR Williams et Michael Hwang) [*Bernhard*].

lorsqu'il investit dans un pays⁸⁹. La stabilité juridique serait alors le pivot du traitement juste et équitable, abstraction faite de l'existence d'un engagement spécifique⁹⁰. À ce propos, Gary Born affirma, dans l'affaire *Antaris Solar GmbH and Dr Michael Göde v Czech Republic, PCA*⁹¹ : « there is certainly an obligation not to alter the legal and business environment in which the investment has been made »⁹². Il s'appuya à cet égard sur la sentence *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* selon laquelle :

Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment 'is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources.' The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment⁹³.

Plusieurs sentences abondèrent dans le même sens et firent ainsi abstraction de la nécessité d'un engagement spécifique de l'État⁹⁴ concluant qu'une législation

⁸⁹ *Joseph Charles Lemire v Ukraine* (2011), ICSID Case No ARB/06/18 au para 70 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, Jan Paulsson et Dr Jürgen Voss) [*Lemire*].

⁹⁰ *Antaris*, *supra* note 67 (avis individuel de Born [AI]); *Tecmed*, *supra* note 3 au para 154; *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile* (2004), ICSID Case No ARB/01/7 au para 114 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Andrés Rigo Sureda, Hon Marc Lalonde et Rodrigo Oremano Blanco) [*MTD*]; *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* (2004), LCIA Case No UN3467 au para 191 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Charles N Brower et Dr Patrick Barrera Sweeney) [*Occidental Exploration*]; *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina* (2005), ICSID Case No ARB/01/8 aux paras 134, 275-276 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Marc Lalonde et Juge Francisco Rezek) [*CMS*]; *LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp and LG&E International Inv v The Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/02/1 au para 124 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Tatiana B de Maekelt, Juge Francisco Rezek et Prof Albert Jan van den Berg) [*LG&E*]; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/01/3 aux para 259-260 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego-Vicuña, Prof Albert Jan van den Berg et Pierre-Yves Tschanz) [*Enron*].

⁹¹ *Antaris*, *supra* note 67.

⁹² *Occidental Exploration*, *supra* note 90 au para 191.

⁹³ *Ibid* au para 183.

⁹⁴ *Saluka*, *supra* note 27 au para 329. Soit également l'affaire *Electrabel v Hungary* : « Fairness and consistency must be assessed against the background of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State. While

générale portant sur les modalités d'investissement constituait un engagement au regard du droit international⁹⁵. Ainsi, dans *Frontier Petroleum Services Ltd v The Czech Republic*, le Tribunal statua :

While the host state is entitled to determine its legal and economic order, the investor also has a legitimate expectation in the system's stability to facilitate rational planning and decision-making.⁹⁶

Il s'appuya à cet égard sur la sentence *Suez*⁹⁷ :

When an investor undertakes an investment, a host government through its laws, regulations, declared policies and statements creates in the investor certain expectations about the nature of the treatment that it may anticipate from the host State. The resulting reasonable and legitimate expectations are important factors that influence initial investment decisions and afterwards, the manner in which the investment is to be managed.

Where a government through its actions subsequently frustrates or thwarts those legitimate expectations, arbitral Tribunals have found such host government has failed to accord the investments of that investor fair and equitable treatment⁹⁸.

Il en fut de même dans l'affaire *Saluka*, où le Tribunal indiqua : « the Claimant's reasonable expectations to be entitled to protection under the Treaty need not be based on an explicit assurance [from a government] »⁹⁹. Le Tribunal exigea

specific assurances given by the host State may reinforce the investor's expectations, such an assurance is not always indispensable [...] Specific assurances will simply make a difference in the assessment of the investor's knowledge and of the reasonability and legitimacy of its expectations. » *Electrabel SA v Republic of Hungary* (2015), ICSID Case No ARB/07/19 au para 7.78 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Brigitte Stern et VV Veeder) [*Electrabel*].

⁹⁵ *Antaris*, supra note 90 (AI à la p 16).

⁹⁶ *Frontier*, supra note 73 au para 285.

⁹⁷ *Compagnie Universelle du Canal de Suez c Vice-Roi d'Égypte* (1864), dans Henri Lafontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, La Hague, Boston, Nijhoff, 1997 aux pp 122-129, tel que cité dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.

⁹⁸ *Ibid* aux paras 222-223.

⁹⁹ *Saluka*, supra note 27 au para 329.

néanmoins qu'il y ait une atteinte manifeste et arbitraire ou discriminatoire aux droits de l'investisseur. Le Tribunal affirma pour sa part dans l'affaire *Duke c Ecuador* : « [t]he stability of the legal and business environment is directly linked to the investor's justified expectations »¹⁰⁰.

Ce souci de préserver la stabilité du cadre juridique en l'absence d'un engagement spécifique de l'État fut également évoqué par le professeur Tawil dans ses opinions dissidentes dans les affaires *Charanne*¹⁰¹ et *Isolux* en ces termes :

[L]egitimate expectations can in fact be generated from the legal system in force at the time of the investment, especially when the rules issued [...] had the declared purpose of attracting investments in a specific sector of the economy [...].¹⁰²

Ce courant jurisprudentiel élargit dès lors le champ d'application du traitement juste et équitable, ainsi que de la protection des attentes raisonnables en permettant que la responsabilité de l'État soit engagée uniquement sur la base du cadre juridique général qui prévalait au moment de l'investissement, ou des déclarations émanant des autorités publiques. Les tenants de cette approche s'appuient le plus souvent sur l'objet des traités d'investissement pour souligner que ces derniers visent à garantir un cadre juridique stable et favorable aux investisseurs. Cette approche s'apparente ainsi à une clause de stabilisation non contractuelle qui aurait pour effet d'assurer à l'investisseur une pérennité législative et réglementaire à son égard. Or, se baser sur

¹⁰⁰ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v Republic of Ecuador* (2008), ICSID Case No ARB/04/19 au para 340 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dr Enrique Gómez Pinzón et Prof Albert Jan van den Berg) [*Duke*].

¹⁰¹ *Charanne and Construction Investments v Spain* (2016), SCC Case No V 062/2012 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Alexis Mourre, Guido Santiago Tawil et Claus von Wobeser) [*Charanne*].

¹⁰² *Isolux Netherlands, BV v Kingdom of Spain* (2016), SCC Case V2013/153 (avis individuel du Prof Santiago au para 4) (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Prof Guido Santiago Tawil, Claus von Wobeser et Yves Derains) [*Isolux*], tel que cité dans *Masdar*, *supra* note 67 au para 492.

des textes législatifs ou réglementaires généraux ainsi que sur des déclarations publiques, en l'absence de tout engagement direct, express et spécifique émanant de l'État revient d'une part à extrapoler sur le contenu exact des obligations auxquelles a souscrit l'État, et d'autre part à accorder aux énoncés de politique publique, qui sont avant tout des outils de communication étatique, une valeur juridique qui leur serait propre.

2.2.3 L'approche « modérée » des tribunaux arbitraux

Contrairement à la précédente, cette approche est celle selon laquelle le maintien d'un cadre légal stable ne peut être érigé en clause de stabilisation si tant est que des amendements proportionnels et nécessaires à la législation ne constituent pas une violation du traitement juste et équitable¹⁰³. Les tribunaux sont donc appelés à décider si la nouvelle législation a modifié les caractéristiques essentielles de la loi en vigueur au moment de l'investissement¹⁰⁴. Par ailleurs, l'existence d'un engagement spécifique de l'État constituerait une limitation aux prérogatives législatives de l'État. Ainsi, certaines sentences évoquent une sorte d'« engagement de stabilisation »¹⁰⁵ pouvant prendre la forme soit d'une clause de stabilisation, auquel cas, l'État doit procéder à un gel législatif, soit d'un engagement spécifique de l'État à l'égard de l'investisseur. C'est cet engagement ou ces représentations qui, si elles génèrent des

¹⁰³ *Charanne*, *supra* note 101 aux para 517-518; *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg Sàrl v Kingdom of Spain* (2017), ICSID Case No ARB/13/36 au para 382 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof John R Crook, Dr Stanimir A Alexandrov et Prof Campbell McLachlan) [*Eiser*].

¹⁰⁴ *Infrastructure*, *supra* note 85 au para 531; *Charanne*, *supra* note 101 aux para 513-517.

¹⁰⁵ *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co KG v Czech Republic* (2017), PCA Case No 2014-03 au para 409 (Italaw) (Swiss Federal Act on Private International Law Act, chap 12) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Gary Born et Juge Peter Tomka); *Total SA v The Argentine Republic* (2013), ICSID Case No ARB/04/01 (Decision on Liability au para 121 [DL]) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Giorgio Sacerdoti, Henri Alvarez et Luis Herrera Marcano) [*Total*]; *Masdar*, *supra* note 67 aux para 501-502.

attentes raisonnables auprès de l'investisseur, constitueraient alors la source de la responsabilité internationale de l'État¹⁰⁶.

Dans l'ensemble, les tribunaux qui adoptent ce raisonnement énoncent les critères suivants :

- a) Il y aura violation du traitement juste et équitable si le cadre juridique de l'État a été altéré de telle sorte que cela frustre les attentes légitimes de stabilité¹⁰⁷. Toutefois, le recours en vertu du traitement juste et équitable ne pourra aboutir si l'État n'excède pas son pouvoir de légiférer normal et ne modifie pas la loi au-delà de la marge de *changement acceptable*¹⁰⁸.
- b) Un recours basé sur les attentes raisonnables doit s'appuyer sur l'identification de l'origine de l'attente et sa portée et doit être formulé avec précision¹⁰⁹ ;
- c) L'investisseur doit démontrer un engagement clair explicite ou implicite, ou des représentations attribuables à l'État ou des garanties législatives ayant encouragé l'investissement¹¹⁰. Toutefois, bien qu'une représentation

¹⁰⁶ *ECE Projektmanagement v The Czech Republic* (2013), PCA Case No 2010-5 au para 4.766 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Sir Franklin Berman, Prof Andreas Bucher et J Christopher Thomas).

¹⁰⁷ *Tecmed, supra* note 3 au para 154; *Duke, supra* note 100 au para 340; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan* (2009), ICSID Case No ARB/03/29 au para 179 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Sir Franklin Berman et Prof Karl-Heinz Böckstiegel) [*Bayindir*]; *Electrabel, supra* note 94 au para 7.74; *El Paso, supra* note 21 au para 348; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay* (2016), ICSID Case No ARB/10/7 au para 320 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Gary Born et Juge James Crawford) [*Philip Morris*]; *Rupert Joseph Binder v Czech Republic* (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 446 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Prof Jürgen Creutzig et Prof Emmanuel Gaillard).

¹⁰⁸ *Micula, supra* note 67 au para 529; *Philip Morris, supra* note 107 au para 423.

¹⁰⁹ *Antaris, supra* note 67 au para 360; *Mr Franck Charles Arif v Republic of Moldova* (2013), ICSID Case No ARB/11/23 au para 535 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Bernardo M Cremades, Dr Bernard Hanotiau et Dr Rolf Knieper) [*Arif*].

¹¹⁰ *Antaris, supra* note 67 au para 360; *Parkerings, supra* note 71 au para 331; *Enron, supra* note 90 au para 264-266; *LG&E, supra* note 90 aux para 162-163.

spécifique puisse appuyer le recours de l'investisseur, elle n'est pas indispensable pour traiter de la violation du traitement juste et équitable¹¹¹.

- d) L'investisseur s'est raisonnablement basé sur ces représentations pour investir.

Pour les fins de cette section, nous examinerons principalement les deux critères retenus par ce courant jurisprudentiel à savoir : l'engagement spécifique de l'État ainsi que l'évaluation du caractère raisonnable de la modification législative. Nous verrons qu'en dépit d'une apparente volonté de circonscrire l'intervention des tribunaux dans les prérogatives étatiques, l'interprétation libérale de ce qui constitue un engagement spécifique de l'État ou du caractère raisonnable d'une réforme législative aboutit en fin de compte à renforcer la protection accordée à l'investisseur étranger.

2.2.3.1 L'engagement spécifique de l'État comme source d'obligation internationale

Selon les tenants de cette approche, la protection des attentes raisonnables repose sur l'existence d'une promesse ou d'une représentation de l'État faite à l'investisseur et formerait le socle le plus solide des attentes légitimes¹¹². Cette promesse doit être néanmoins suffisamment précise quant à sa forme et à son contenu¹¹³. Elle doit être claire et spécifique indiquant la volonté de l'État de s'engager pour le futur¹¹⁴. Certains tribunaux arbitraux ont évalué la spécificité de la promesse ou de l'engagement en tenant compte soit du destinataire de la promesse, soit de l'objet de celle-ci. À titre d'exemple, citons la sentence *El Paso Energy International Company*

¹¹¹ *Electrabel*, supra note 94 aux para 7.78, 15.

¹¹² *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela* (2014), ICSID Case No ARB(AF)/09/1 au para 571 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre Marie Dupuy, Prof David AR Williams et Prof Piero Bernardini) [*Gold Reserve*].

¹¹³ *Crystallex*, supra note 68 au para 547; *Arif*, supra note 109 au para 535.

¹¹⁴ *Total*, supra note 105 (DL au para 121).

v The Argentine Republic lors de laquelle le Tribunal énonça les contours de l'engagement étatique en ces termes :

375. A reasonable general regulation can be considered a violation of the FET standard if it violates a specific commitment towards the investor. The Tribunal considers that a special commitment by the State towards an investor provides the latter with a certain protection against changes in the legislation, but it needs to discuss more thoroughly the concept of 'specific commitments.' In the Tribunal's view, no general definition of what constitutes a specific commitment can be given, as all depends on the circumstances. However, it seems that two types of commitments might be considered 'specific': those specific as to their addressee and those specific regarding their object and purpose.

376. First, in order to prevent a change in regulations being applied to an investor or certain behavior of the State, there can indeed exist specific commitments directly made to the investor – for example in a contract or in a letter of intent, or even through a specific promise in a person-to-person business meeting – and not simply general statements in treaties or legislation which, because of their nature of general regulations, can evolve. The important aspect of the commitment is not so much that it is legally binding – which usually gives rise to some sort of responsibility if it is violated without a need to refer to FET – but that it contains a specific commitment directly made to the investor, on which the latter has relied.

377. Second, a commitment can be considered specific if its precise object was to give a real guarantee of stability to the investor. Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behavior of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely.

402. The Tribunal will thus consider whether any of the measures complained of by El Paso can be considered as adopted outside the acceptable margin of change that must be taken into account by any investor and therefore be characterized as unfair and inequitable treatment, before considering the issue of a possible violation of the FET standard by the accumulation of all the measures complained of. The question is therefore whether the measures

adopted exceeded the normal regulatory powers of the State and violated the legitimate expectations of the claimant.¹¹⁵

Le Tribunal considéra donc en premier lieu qu'un engagement spécifique pouvait prendre la forme d'un contrat, d'une lettre d'intention, d'échanges directs ou de toute autre forme d'échanges spécifiques avec l'investisseur. Dans ces circonstances, il n'est pas déraisonnable de conclure à l'existence d'une promesse étatique notamment lorsqu'elle est inhérente à un contrat d'État. Il en va autrement lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la nature des déclarations générales qui ont été réitérées par l'État et dont l'objet viserait à garantir aux investisseurs la stabilité ou la pérennité du cadre juridique¹¹⁶. De fait, le Tribunal ne précisa pas la nature de ces déclarations générales, autrement dit, s'agit-il d'énoncés de politique publique, de textes législatifs, réglementaires, de discours politiques, etc. ? Par ailleurs, qu'entend-on par le fait de réitérer des déclarations publiques et à partir de quel moment celles-ci peuvent être assimilées à un engagement étatique ? Le Tribunal estima enfin qu'un engagement devenait spécifique s'il avait pour objet de présenter des garanties aux investisseurs. Cette démarche implique donc de se prononcer sur la finalité des déclarations générales et de l'intention qui la sous-tend.

Une approche similaire fut adoptée dans l'affaire *Ioan Micula c Roumanie*¹¹⁷. En effet, bien que le Tribunal rappelât la nécessité d'une promesse, ou de garanties implicites ou explicites attribuables aux organes compétents de l'État, il statua que ces promesses pouvaient prendre la forme de déclarations ou d'une conduite adoptée par l'État ou ses représentants. Le fait que l'État ait eu l'intention ou non de s'engager ne serait donc pas un facteur d'analyse puisqu'il suffirait que l'investisseur ait raisonnablement cru que l'État s'engageait à son égard. En d'autres termes, l'apparence d'un engagement ou d'une promesse suffirait à générer des attentes

¹¹⁵ *El Paso*, *supra* note 21 aux para 375-377, 402.

¹¹⁶ *Ibid* au para 376.

¹¹⁷ *Micula*, *supra* note 67 au para 669.

raisonnables sans nécessairement requérir d'engagement formel¹¹⁸. Ainsi, les engagements pourraient être formulés de manière générale ou spécifique, mais devraient générer des attentes spécifiques et objectivement raisonnables de l'investisseur¹¹⁹. Le professeur Abi-Saab, dans son opinion séparée, a cependant pris ses distances vis-à-vis de ces conclusions en affirmant que les attentes légitimes devaient reposer sur un comportement « suffisamment concret et spécifique pour être qualifiées d'engagement juridique dont le non-respect engagerait la responsabilité internationale de l'État »¹²⁰. Les promesses générales ou des déclarations politiques ne sauraient donc, à elles seules, générer un engagement au sens du droit international, car même si cet engagement n'a pas à être formel ou explicite, il doit être suffisamment clair et précis pour générer une attente objective¹²¹.

Certains tribunaux arbitraux ont néanmoins fait preuve de plus de circonspection sur la notion de l'engagement étatique. Dans l'affaire *Pawłowski AG and Project Sever s.r.o. v. Czech Republic*¹²², l'investisseur alléguait *inter alia* la frustration de ses attentes raisonnables¹²³ suite au refus de lui délivrer un permis pour la construction d'un complexe résidentiel sur un terrain arable. Le Tribunal souligna que bien que les autorités municipales de Benice et de Uhřetřeben soutenaient le projet, des déclarations générales formulées verbalement par des politiciens de niveau municipal, qui ne se reflétaient pas dans les documents contractuels ne pouvaient générer des attentes raisonnables et engager la responsabilité de l'État¹²⁴. De plus, la loi tchèque

¹¹⁸ *Ibid*; *Electrabel*, *supra* note 94 au para. 7.78.

¹¹⁹ *Micula*, *supra* note 67 au para 671.

¹²⁰ *Ibid* (avis individuel du Prof Abi Saab au para 5).

¹²¹ *Ibid*.

¹²² *Pawłowski AG and Project Sever sro v Czech Republic* (2021), ICSID Case No ARB/17/11 (Itlaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, John Beechey et Prof Vaughan Lowe) [*Pawłowski*].

¹²³ Cette allégation s'appuie sur le TBI République Tchèque-Suisse art 4.2 : « Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party. »

¹²⁴ *Pawłowski*, *supra* note 122 au para 637.

prévoyait un délai de (2) deux ans pour contester le changement de zonage devant les instances judiciaires¹²⁵. Le Tribunal rappela par la même occasion les critères requis pour conclure à la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur à savoir : que l'État doit avoir formulé des assurances spécifiques et non ambiguës. Qu'elles doivent avoir eu lieu avant ou au moment de l'investissement et qu'elles soient légitimes au regard des circonstances¹²⁶.

Il en est de même dans l'affaire *Charanne and Construction Investments v Spain* où le Tribunal estima que des mesures réglementaires, quoique ciblant une catégorie d'investisseurs, ne pouvaient être assimilées à un engagement spécifique :

493. Even if RD 661/2007 and 1578/2008 were addressed to a limited group of investors, that does not turn them into commitments specifically addressed to each of those investors. Having a specific scope does not mean that the disputed provisions lose the general nature that characterizes any legislative or regulatory measure. Turning a regulatory provision, due to the limited number of persons that may be subject thereto, into a specific commitment entered into by the State towards each and every one of those persons would be an excessive limitation of the capacity of States to regulate the economy according to the public interest.¹²⁷

Il en fut de même dans l'affaire *Philip Morris SÀRL v Oriental Republic of Uruguay*, où le Tribunal précisa :

It clearly emerges from the analysis of the FET standard by investment Tribunals that legitimate expectations depend on specific undertakings and representations made by the host State to induce investors to make an investment. Provisions of general legislation applicable to a plurality of persons or of category of persons, do not create legitimate expectations that there will be no change in the law.¹²⁸

¹²⁵ *Ibid* au para 639.

¹²⁶ *Ibid* au para 627.

¹²⁷ *Charanne, supra* note 101 au para 493. Voir aussi *Ibid* aux para 491-493, 504, 508.

¹²⁸ *Philip Morris, supra* note 107 au para 426.

Dans l'affaire *Continental Casualty Company v Argentina Republic*, le Tribunal conclut que les déclarations politiques ne constituaient pas un engagement de l'État et ne pouvaient pas générer des attentes raisonnables. Il précisa que les engagements contractuels étaient susceptibles de représenter un engagement clair de l'État, que les déclarations législatives générales pouvaient créer des attentes réduites, mais que le Tribunal devait alors examiner les circonstances et les motifs de tout changement législatif ou réglementaire¹²⁹. La sentence *Antin Infrastructure Services Luxembourg sàrl and Antin Energia Termosolar bv v the Kingdom of Spain*, souligna pour sa part que les attentes raisonnables devaient découler d'une action positive (*affirmative action*) de l'État, à savoir : un engagement spécifique adressé à l'investisseur ou des représentations faites aux investisseurs pour encourager les investissements dans un secteur spécifique¹³⁰ et devait viser les investisseurs enregistrés conformément aux lois nationales¹³¹. Cette exigence d'un engagement spécifique fut résumée par les auteurs Newcombe et Paradell en ces termes :

Legitimate expectations about the treatment of investments will arise 'based on the conditions offered by the host State at the time of the investment.' Investment treaty jurisprudence highlights that, to create legitimate expectations, State conduct needs to be specific and unambiguous. Encouraging remarks from government officials do not of themselves give rise to legitimate expectations. There must be an 'unambiguous affirmation' or a 'definitive, unambiguous and repeated assurances'. The conduct must be targeted at a specific person or identifiable group.¹³²

¹²⁹ *Continental*, *supra* note 71 au para 261.

¹³⁰ *Infrastructure*, *supra* note 85 aux para 538-562. En l'espèce, l'argument de l'Espagne était à l'effet que la loi espagnole garantissait uniquement un retour sur investissement raisonnable. Toutefois, selon le Tribunal arbitral, il ne s'agissait pas de déterminer s'il y avait eu un retour sur investissement raisonnable, mais s'il pouvait s'appuyer sur des critères identifiables, or la détermination du retour sur investissement était laissée à la discrétion de l'État.

¹³¹ *Novenergia*, *supra* note 70 au para 652.

¹³² Andrew Newcombe et Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009 aux pp 281-282, tel que cité dans *White Industries Australia Limited v The Republic of India* (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 10.3.7 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Charles N Brower, Christopher Lau et J William Rowley). « Newcombe and Paradell draw on *Metalclad* (need for specific and unambiguous

S'agissant plus spécifiquement de la stabilité et la prévisibilité du cadre juridique, la sentence *EDF (Services) Limited v Romania*¹³³ mit en garde contre les effets d'une interprétation extensive de la protection des attentes raisonnables sur les pouvoirs réglementaires de l'État :

The idea that legitimate expectations, and therefore FET [fair and equitable treatment], imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State's normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

La sentence *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina* abonda dans le même sens :

It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. The law of foreign investment and its protection has been developed with the specific objective of avoiding such adverse effects.¹³⁴

Il en fut de même dans l'affaire *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg Sàrl v Kingdom of Spain* :

362. Absent explicit undertakings directly extended to investors and guaranteeing that States will not change their laws or regulations, investment treaties do not eliminate States' right to modify their regulatory regimes to

contract), *GAMS* (need for unambiguous, definitive, repeated assurances) and *Nagel* (encouraging remarks are not enough to give rise to legitimate expectations). » *Ibid* à la p 94, n 62.

¹³³ *EDF Limited*, *supra* note 71 au para 217; *Parkerings*, *supra* note 71 au para 332; *El Paso*, *supra* note 21 aux para 366-367.

¹³⁴ *CMS*, *supra* note 90 au para 277.

meet evolving circumstances and public needs. As other Tribunals have observed, “[i]n order to adapt to changing economic, political and legal circumstances the State’s regulatory powers still remain in place. The fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The State has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability”. [notes omises]¹³⁵

Ainsi que dans l’affaire *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömi Kft v Hungary* :

The stable conditions that the ECT mentions relate to the framework within which the investment takes place. Nevertheless, it is not a stability clause. A legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and a state has the sovereign right to exercise its powers which include legislative acts. Therefore, to determine the scope of the stable conditions that a state has to encourage and create is a complex task given that it will always depend on the specific circumstances that surrounds the investor’s decision to invest and the measures taken by the state in the public interest. In this case, however, the Tribunal observes that *no specific commitments* were made by Hungary that could limit its sovereign right to change its law (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur ;

In these circumstances, *absent a specific commitment* from Hungary that it would not reintroduce administrative pricing during the term of the 2001 PPA, Claimants cannot properly rely on an alleged breach of Hungary’s Treaty obligation to provide a stable legal environment [...]. This is because any reasonable informed business person or investor knows that laws can evolve in accordance with the perceived political or policy dictates of the time. [nos italiques]¹³⁶

D’aucuns pourraient conclure, à la lumière de ce qui précède, que ce courant jurisprudentiel parvient à concilier le principe de souveraineté étatique et la protection des attentes raisonnables de l’investisseur. Force est en effet d’admettre qu’elle tente, de prime abord, de circonscrire la responsabilité étatique en écartant toute intrusion

¹³⁵ *Eiser*, *supra* note 103 au para 362.

¹³⁶ *AES*, *supra* note 71 aux para 9.3.29-31, 9.3.34. Voir aussi *Parkerings*, *supra* note 71 aux paras 331-332; *Lemire*, *supra* note 89 au para 285; *Saluka*, *supra* note 27 au para 305.

dans les pouvoirs législatifs et réglementaires de l'État. Pourtant, au-delà de cette déclaration de principe, le débat demeure ouvert quant à la définition d'un engagement étatique. Il s'agit en effet d'une notion équivoque dont la portée fluctue au gré des sentences arbitrales. Certaines sentences ont en effet adopté une approche plus libérale de la notion d'engagement spécifique. Parfois, le Tribunal qui est appelé à se prononcer sur l'existence d'une promesse ou représentation étatique entreprend également de faire une analyse littérale¹³⁷ du contenu des correspondances échangées et des documents officiels qui porterait sur le projet ou sur les étapes préliminaires de celui-ci¹³⁸. Parfois, on tient compte du paiement des frais d'émission d'un permis¹³⁹ afin de conclure à un engagement spécifique. Plus globalement, les tribunaux arbitraux évaluent l'environnement politique et économique du pays au moment où l'investisseur décide d'investir et des risques prévisibles inhérents au contexte de l'État¹⁴⁰. Dès lors, l'investisseur qui souhaite se prévaloir de la protection de ses attentes raisonnables doit démontrer qu'il a fait preuve de diligence raisonnable afin de s'informer du cadre économique, politique et juridique dans lequel l'investissement doit être effectué¹⁴¹. Le secteur d'activité est en outre un facteur d'analyse supplémentaire, notamment s'il s'agit d'un domaine où les investissements sont majeurs et effectués sur le long terme, tel que dans le domaine énergétique.

Mais l'analyse des tribunaux arbitraux porte également sur les textes en vigueur au moment de l'investissement afin d'y déceler un engagement quelconque. Ainsi, ils tentent de déterminer si une loi, un règlement ou une directive, etc. visaient à attirer des investisseurs ou à favoriser l'investissement. Leurs conclusions reposent tant sur

¹³⁷ *Crystallex*, *supra* note 68 au para 562 (« The letter contains a phrase – “the Permit will be handed over” »).

¹³⁸ *Ibid* au para 558.

¹³⁹ *Ibid* au para 562.

¹⁴⁰ *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania* (2008), ICSID Case No ARB/05/22 au para 601 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Gary Born, Toby Landau et Bernard Hanotiau) [*Bewater*].

¹⁴¹ *Masdar*, *supra* note 67 au para 495.

le corps du texte que sur le préambule. Si ce dernier fait mention de la volonté de maintenir un cadre juridique stable, cet élément peut alors constituer un engagement étatique et justifier l'émergence d'attentes raisonnables à cet égard. Ce fut le cas dans *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain*¹⁴². En l'espèce, le Tribunal conclut que la loi espagnole avait pour objet de favoriser la confiance de l'investisseur¹⁴³ puisque son préambule s'adressait expressément à « ceux qui ont décidé ou décideront dans un futur proche d'opter pour un régime spécial avec un cadre durable, objectif et transparent »¹⁴⁴.

Sachant qu'en 2018, deux tiers des mesures législatives adoptées par les États visaient à promouvoir les investissements¹⁴⁵, et qu'un nombre significatif d'États adoptent des codes d'investissement, nous ne pouvons que nous interroger sur les attentes qu'ils pourraient susciter auprès des investisseurs et leur impact sur la responsabilité internationale de l'État.

De plus, certains tribunaux arbitraux tiennent également compte des communiqués de presse émanant des organes de l'État qui renverraient à la notion de stabilité ou de prévisibilité¹⁴⁶, et s'appuient sur les prospectus et les rapports émanant de l'État qui laisseraient entrevoir une pérennité dans les avantages octroyés¹⁴⁷. Dans certains cas, les discours politiques sont scrutés afin d'en extraire une intention ou un engagement

¹⁴² *Novenergia*, supra note 70. Voir aussi *Walter*, supra note 70.

¹⁴³ *Novenergia*, supra note 70 au para 668.

¹⁴⁴ « (b) In REP 2005–2010, with respect to the Special Regime, the Kingdom of Spain declared that "the proper functioning of these mechanisms must be guaranteed [...] to maintain investor's confidence" and that it should maintain "investor's confidence [...] through a stable and predictable support scheme". » *Ibid* au para 668.

¹⁴⁵ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 : Les zones économiques spéciales. Repères et vue d'ensemble*, Genève, NU, 2019, en ligne (pdf) : [CNUCED <unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2019_overview_fr.pdf>](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2019_overview_fr.pdf).

¹⁴⁶ *Infrastructure*, supra note 85.

¹⁴⁷ *Novenergia*, supra note 70.

quelconque. Ainsi, dans l'affaire *Bernhard von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe*, l'investisseur affirma que le président Mugabe avait reconnu l'importance des principes de transparence et de non-discrimination lors du discours prononcé à l'occasion de l'indépendance du Zimbabwe¹⁴⁸. M. Sornarajah critiqua néanmoins cette approche dans la mesure où des déclarations promotionnelles ne peuvent générer un droit protégé par le droit international et donner ouverture à un recours contre l'État¹⁴⁹.

En définitive, malgré l'apparente déférence que certains tribunaux arbitraux manifestent à l'égard de la souveraineté étatique, la notion d'engagement est, quant à elle, appliquée de manière inégale. Les variables qui entourent ce concept ne permettent donc pas d'en déterminer la portée et neutralisent indirectement, ou du moins limite de manière significative, les pouvoirs législatifs et réglementaires de l'État. Qui plus est, la source de l'engagement demeure imprécise puisque cet engagement pourrait être déduit autant des déclarations spécifiques, que publiques, des lois internes, de tout texte ou discours qui appelleraient à promouvoir les investissements étrangers. Les investisseurs bénéficient alors *de facto* d'un éventail de possibilités permettant d'extraire un engagement étatique quelconque, aussi ténu soit-il, pour appuyer leur réclamation.

2.2.3.2 L'évaluation du caractère raisonnable de la modification législative

En marge de la définition de l'engagement étatique pouvant générer une attente raisonnable, la protection de cette attente est parfois influencée par le caractère raisonnable de la modification de la loi ou des règlements qui prévalaient au moment de l'investissement. Autrement dit, cette modification est-elle substantielle au point de changer le cadre juridique de manière radicale ? C'est sur cette question que le

¹⁴⁸ *Bernhard*, *supra* note 88 au para 525.

¹⁴⁹ *El Paso*, *supra* note 21 (AL à la p 15).

Tribunal arbitral se pencha dans l'affaire *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain* et affirma :

Notwithstanding those variations, the Tribunal is in no doubt that the FET constitutes a standard the purpose of which is to ensure that an investor may be confident that (i) the legal framework in which the investment has been made will not be subject to unreasonable or unjustified modification; and (ii) the legal framework will not be subject to modification in a manner contrary to specific commitments made to the investor.¹⁵⁰

Cette sentence appelle deux observations. En premier lieu, même si elle évoque la capacité de l'État à légiférer, ce pouvoir ne doit pas être exercé de manière « déraisonnable et injustifiée ». Il est cependant difficile de concevoir comment un texte législatif adopté en bonne et due forme par un Parlement, composé de représentants du peuple, peut être qualifié de déraisonnable ou d'injustifié. Tout porte donc à croire que cette qualification se fait à l'aune de ce qu'un investisseur s'attend à obtenir en matière de stabilité. L'origine de l'obligation étatique semble dès lors être déterminée par ces attentes ce qui aboutit à une circularité dans le raisonnement. En second lieu, cette décision permet au Tribunal arbitral de se prononcer sur le caractère d'intérêt public d'une loi ce qui constitue une immixtion flagrante dans les pouvoirs souverains de l'État qui se voit alors contraint de justifier les circonstances tant politiques, que sociales ou économiques ayant motivé ces changements législatifs ou réglementaires.

Cette sentence ne représente pas un cas isolé puisque des décisions arbitrales récentes contre l'Espagne ont emprunté la même voie. En date des présentes, dix décisions ont été rendues en faveur de l'investisseur, trois en faveur de l'État et trente recours pour des motifs similaires sont encore pendants¹⁵¹. L'Espagne a, à ce jour, été condamnée

¹⁵⁰ *Masdar*, *supra* note 67 au para 484.

¹⁵¹ *9REN Holding Sàrl v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/15/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Ian Binnie, David R Haigh et VV Veeder) [*9REN*]; *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case

à verser aux investisseurs près de 792 millions d'euros à titre de compensation pour avoir modifié le cadre législatif qui prévalait au moment de l'investissement et pour avoir frustré les attentes raisonnables des investisseurs.

Pour situer ces sentences dans leur contexte, rappelons qu'à la suite de l'adoption par l'Espagne d'une série de réformes dans le domaine énergétique et plus précisément dans celui des panneaux photovoltaïques, ainsi qu'une révision des avantages fiscaux octroyés aux investisseurs, plusieurs compagnies étrangères intentèrent un recours contre l'État espagnol en vertu de l'article 10 (1) de la Charte de l'énergie¹⁵². Citons à ce propos la sentence *Antin infrastructure services Luxembourg sàrl and Antin Energia Termosolar bv v the Kingdom of Spain*¹⁵³ qui illustre parfaitement cette tendance jurisprudentielle. Dans cette affaire, les investisseurs prétendaient avoir investi près de 139,5 millions dans le secteur énergétique espagnol avec pour objectif

No ARB/15/20 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Hon James Jacob Spigelman et Prof Christian Tomuschat) [*Cube*]; *Foresight Luxembourg Solar 1 SÀRL, et al v Kingdom of Spain* (2018), SCC Case No 2015/150 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Dr Michael Moser, Dr Klaus Michael Sachs et Dr Raúl Emilio Vinuesa) [*Foresight*]; *Novenergia, supra* note 70; *SolEs Badajoz GmbH v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/15/38 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Joan E Donoghue, Prof Giorgio Sacerdoti et David A R Williams) [*SolEs*]; *Masdar, supra* note 67; *NextEra Energy Global Holdings BV and NextEra Energy Spain Holdings BV v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/14/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Donald M McRae, Hon L Yves Fortier et Prof Laurence Boisson de Chazournes) [*NextEra*]; *Infrastructure, supra* note 85; *Eiser, supra* note 103; *Isolux, supra* note 102; *RREEF, supra* note 9; *Charanne, supra* note 101; *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa SAU v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/14/34 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Anna Joubin-Bret, Judd L Kessler et Samuel Wordsworth) [*RWE*].

¹⁵² « (1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no Case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. 20 Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Part ». *Charte de l'énergie, supra* note 32 Art 10.

¹⁵³ *Infrastructure, supra* note 85. Voir aussi *Antaris, supra* note 67.

que ces installations énergétiques généreraient un revenu régulier et durable. Or l'Espagne en adoptant de nouvelles mesures législatives et réglementaires aurait causé des pertes substantielles en raison d'une altération fondamentale du cadre juridique sur lequel s'étaient basés les investisseurs pour investir, contrevenant ainsi à l'article 10.1 de la Charte sur l'énergie et plus précisément à la clause de traitement juste et équitable¹⁵⁴. En l'espèce, le Tribunal s'appuya sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour conclure que le contexte, l'objet et le but de la Charte de l'énergie permettaient de conclure à l'existence d'une obligation de l'État de maintenir les caractéristiques essentielles du régime juridique en vigueur au moment de l'investissement¹⁵⁵. Cette obligation ne priverait pas l'État de légiférer, mais de modifier de manière radicale, ou de vider de sa substance, la législation mise en place pour attirer les investisseurs¹⁵⁶. L'État a donc l'obligation de maintenir les caractéristiques du cadre juridique existant au moment de l'investissement en évitant tout amendement drastique qui annihilerait totalement la valeur économique de celui-ci, et toute possibilité de retour sur investissement¹⁵⁷. Les tribunaux arbitraux tiendront compte des mesures législatives dans leur ensemble. Ainsi, des mesures, prises isolément, pourraient être légitimes, mais le cumul de celles-ci pourrait constituer une violation du traitement juste et équitable en raison de la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur¹⁵⁸. En somme, les mesures étatiques ne doivent pas dépasser la portée acceptable des pouvoirs législatif et réglementaire de l'État¹⁵⁹. Bien entendu, l'analyse du caractère proportionnel, acceptable ou modéré de la modification législative est laissée à l'appréciation du Tribunal arbitral. En outre, cette analyse se fait sans tenir compte de la bonne foi de

¹⁵⁴ *Infrastructure*, *supra* note 85 au para 359.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 532.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 532. Voir aussi *Toto Costruzioni Generali SpA v The Republic of Lebanon* (2012), ICSID Case No ARB/07/12 au para 244 (Itlaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Hans van Houtte, Juge Stephen M Schwebel et Fadi Moghaizel) [*Toto*].

¹⁵⁷ *Charanne*, *supra* note 101 au para 370.

¹⁵⁸ *El Paso*, *supra* note 21 au para 515.

¹⁵⁹ *AES*, *supra* note 71 au para 9.3.73.

l'État¹⁶⁰, ni de l'intérêt public puisque dans l'affaire *Antin*¹⁶¹ susmentionnée, le Tribunal rejeta l'argument de l'Espagne voulant que les amendements législatifs visaient à lutter contre le déficit tarifaire de l'État. Il conclut à cet égard que même s'il s'agissait d'une mesure d'intérêt public, le déficit tarifaire était antérieur à la politique de développement des énergies renouvelables adoptées par l'Espagne et ne pouvait donc justifier l'adoption de la nouvelle législation¹⁶².

Ce courant jurisprudentiel s'inscrit dans la foulée de la décision *Charanne BV and other v Kingdom of Spain*¹⁶³ à l'occasion de laquelle le Tribunal arbitral y affirma :

In their Memorial on the Merits, the Claimants submit in this regard that 'the investor's legitimate expectations [...] are defeated, even in the absence of specific commitments, when the host State carries out actions that are incompatible with a criterion of economic reasonableness, with the public interest, or with the proportionality principle.' As a matter of principle, the Arbitration Tribunal accepts this approach. Indeed, an investor has the legitimate expectation that, when the State modifies the regulation under which the investor made the investment, it will not do so unreasonably, contrary to the public interest, or in a disproportionate manner. [...] The Arbitration Tribunal considers that the proportionality requirement is fulfilled as long as the modifications are not random or unnecessary, and that they do not suddenly and unexpectedly eliminate the essential features of the regulatory framework in place¹⁶⁴.

Inutile de mentionner que les critères de proportionnalité, d'intérêt public ainsi que le caractère raisonnable des motifs économiques qui justifierait une modification législative sont pour le moins nébuleux sinon aléatoires. Ils favorisent, dans tous les cas, l'intervention des tribunaux arbitraux dans les politiques publiques d'un État qui se trouve ainsi à devoir justifier ses choix. Au demeurant, l'analyse des tribunaux

¹⁶⁰ *El Paso*, *supra* note 21 au para 356; *Loewen Group, Inc and Raymond L Loewen v United States of America* (2003), ICSID Case No ARB(AF)/98/3 au para 132 (Itaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Anthony Mason, Juge Abner J Mikva et Lord Mustill).

¹⁶¹ *Infrastructure*, *supra* note 85 aux para 570-571.

¹⁶² *Ibid* au para 538.

¹⁶³ *Charanne*, *supra* note 101 au para 370.

¹⁶⁴ *Charanne*, *supra* note 101 aux para 513-517.

arbitraux ne peut être que parcellaire puisqu'il est peu probable qu'ils soient au fait de tous les enjeux politiques, économiques, sociaux, et environnementaux pouvant justifier une réorientation de l'État, aussi radicale soit-elle.

Qui plus est, le caractère substantiel de la modification législative est également ambigu. Si l'analyse du Tribunal doit se faire à l'aune de la perte économique subie par l'investisseur deux scénarios sont alors possibles : d'une part, dans le cas où la modification législative a pour effet d'engendrer une perte totale de la valeur économique de l'investissement, un recours pour expropriation indirecte serait normalement ouvert à l'investisseur. En effet, ce recours s'applique notamment en cas de perte d'un élément constitutif de l'investissement, des droits de propriété de l'investisseur¹⁶⁵ ou une perte de contrôle¹⁶⁶. Une diminution de la valeur n'est donc pas suffisante¹⁶⁷. En revanche, si la modification législative n'affecte pas la valeur économique de l'investissement de manière drastique, peut-on alors véritablement évoquer le caractère disproportionné, ou déraisonnable du changement législatif ?

L'approche que nous avons qualifiée de « médiane » des tribunaux arbitraux se distingue des deux précédentes, car elle semble, de prime abord, plus nuancée. Toutefois, bien qu'elle puisse apparaître comme préconisant *a priori* un équilibre entre les intérêts de l'État et celui de l'investisseur, elle présente plusieurs failles dans la détermination des critères d'évaluation du comportement de l'État. Dans un premier temps, même si les tribunaux arbitraux exigent un engagement spécifique de l'État, le caractère « spécifique » de l'engagement ne recueille pas l'unanimité et son interprétation libérale met en échec cette condition. Dans un deuxième temps,

¹⁶⁵ *Pope & Talbot Inv v The Government of Canada* (2002), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 99 (Itlaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Lord Dervaird, Hon Benjamin J Greenberg et Murray J Belman) [*Pope*].

¹⁶⁶ *El Paso, supra* note 21 au para 245.

¹⁶⁷ Charles Leben, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte » dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 163 aux pp 173-174.

l'appréciation du caractère proportionnel, raisonnable et acceptable d'un changement législatif ainsi que son intérêt public permettrait aux tribunaux de se substituer au pouvoir politique pour décider *a posteriori* si un État souverain avait des motifs raisonnables d'adopter des changements législatifs ou réglementaires.

2.3 Les autres variables intervenant dans la détermination des attentes raisonnables

Deux autres éléments, par leur caractère évanescent, alimentent également l'imprécision entourant la protection des attentes raisonnables et favorisent ainsi une interprétation libérale de ce que constitue une attente raisonnable. Il s'agit en l'occurrence de l'imprécision quant à la détermination du moment où l'attente est censée émerger, et du lien entre la décision d'investir et le cadre juridique qui prévalait au moment de l'investissement.

2.3.1 La détermination du moment de l'investissement

Les tribunaux arbitraux saisis d'un recours en vertu de la clause de traitement juste et équitable et plus particulièrement celui fondé sur la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur déterminent en premier lieu le moment où l'investissement est effectué, car l'attente protégée est celle générée au moment de l'investissement¹⁶⁸ et sur laquelle l'investisseur s'est appuyé¹⁶⁹. Certaines sentences

¹⁶⁸ *Duke*, *supra* note 100 (« expectations must be legitimate and reasonable at the time when the investor makes the investment » au para 340); *National Grid plc v The Argentine Republic* (2008), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Judd Kessler, Alejandro Garro et Andrés Rigo Sureda) (« [FET] protects the reasonable expectations of the investor at the time it made the investment » au para 173) [*National Grid*]; *Bayindir*, *supra* note 107 aux paras 190-191; *Lemire*, *supra* note 89 (decision on jurisdiction and liability au para 264 [DJL]); *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v Republic of Albania* (2015), ICSID Case No ARB/11/24 au para 695 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Rolf Knieper, Dr Yas Banifatemi et Steven A Hammond) [*Mamidoil*]; *AES*, *supra* note 71 au para 9.3.8.

dérogent cependant à ce principe en tenant compte des attentes créées, non pas au moment de l'investissement, mais sur la base d'engagements étatiques subséquents¹⁷⁰. De plus, malgré certains signes annonciateurs d'un changement législatif, ceux-ci ne peuvent être opposés à l'investisseur s'ils sont postérieurs à la date de l'investissement. Ainsi, dans l'affaire *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain*, le Tribunal se prononçant sur la défense soumise par l'Espagne, statua comme suit :

671. Nevertheless, the Respondent has drawn the Tribunal's attention to a number of warning signs that should have alerted the Claimant to the fact that the Special Regime would not remain intact over the course of the lifetime of the PV Plants. However, the vast majority of the sources referred to by the Kingdom of Spain post-date the Claimant's investment date, which the Tribunal has found to be 13 September 2007.¹⁷¹

Dans tous les cas, la protection des attentes raisonnables débute au moment où l'investissement est censé être effectué. L'investisseur bénéficie alors en quelque sorte d'un droit acquis à ce que l'environnement dans lequel il a investi demeure similaire. Il a donc tout intérêt à ce que son investissement soit qualifié comme tel assez rapidement puisqu'il constitue le point de départ de la protection de ses attentes raisonnables. Pourtant, les auteurs Schreuer et Kriebaum, rappellent que « la réalisation d'un investissement n'est pas un acte unique, mais une combinaison de droits et de processus qui rend la détermination du moment où l'attente a été générée plus complexe »¹⁷². La difficulté réside ainsi dans le fait que certains investissements

¹⁶⁹ Christoph H Schreuer et Ursula Kriebaum, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? » dans Jacques Werner et Arif Hyder Ali, dir, *A Liber Amicorum : Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP, 2009, 265, en ligne (pdf) : [OGEL <ogel.org/downloads/tw-liberamicorum.pdf>](http://ogel.org/downloads/tw-liberamicorum.pdf).

¹⁷⁰ *Ron Fuchs v The Republic of Georgia* (2010), ICSID Case No ARB/07/15 au para 439 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, Prof Francisco Orrego Vicuña et Prof Vaughan Lowe) [*Fuchs*]. Est à noter qu'il s'agissait en l'espèce d'engagements de compensation.

¹⁷¹ *Novenergia*, *supra* note 70 au para 671.

¹⁷² Schreuer et Kriebaum, *supra* note 169.

s'opèrent en plusieurs temps¹⁷³, auquel cas il devient essentiel « d'analyser les attentes raisonnables à chaque étape décisive de l'investissement quant à sa création, expansion, développement et réorganisation »¹⁷⁴. Or, nous disposons rarement d'indication quant au moment où l'attente émerge ou devient légitime puisque l'investissement n'est pas nécessairement un processus ponctuel, complété à un moment donné¹⁷⁵. Le Tribunal arbitral résuma la situation dans la sentence *Mamidoil Jetoï v Albanie* en ces termes :

The Tribunal agrees with Schreuer and Kriebaum, who state that “[t]he realization that an investment is often not a single right or an isolated transaction but a combination of rights and an integrated process of transactions is important also for the timing of the legitimate expectations upon which investment decisions rely. If the investment cannot be reduced to a onetime event but is seen as a process, the identification of the relevant time for the existence of legitimate expectations becomes more difficult¹⁷⁶.

Certaines distinctions ont été faites quant aux différents stades que traverse l'investissement. À l'étape préliminaire, on considère souvent que l'investisseur jouit d'une certaine latitude, ou option de retrait, et que les pertes sont limitées¹⁷⁷. En revanche, lorsque l'investissement est réellement effectué, les risques encourus par l'investisseur seraient plus grands ce qui accroîtrait les attentes de stabilité et de protection¹⁷⁸. Cette conception s'applique davantage aux investissements directs qui requièrent la construction d'usines, de structures, etc. Elle est moins évidente lorsqu'il s'agit d'actionnariat, de titres, de biens intangibles. D'ailleurs, l'élargissement de la notion d'investissement dans plusieurs traités d'investissement participe à la dilution de celle-ci. Citons à titre d'exemple le modèle de traité bilatéral d'investissement des États-Unis de 2012 qui définit l'investissement comme suit :

¹⁷³ *Frontier*, *supra* note 73 au para 287.

¹⁷⁴ Schreuer et Kriebaum, *supra* note 169. Voir aussi *Frontier*, *supra* note 73 au para 287.

¹⁷⁵ Schreuer et Kriebaum, *supra* note 169 à la p 270.

¹⁷⁶ *Mamidoil*, *supra* note 168 au para 702.

¹⁷⁷ *Ibid* au para 705.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 707.

Every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may include: (a) an enterprise; (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans; (d) futures, options, and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law, and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.¹⁷⁹

L'investissement peut donc revêtir une multitude de formes, et intervenir à des moments distincts de la vie de l'entreprise. Il inclut tant une implantation physique que les biens intangibles. Partant de là, la détermination du moment où l'attente émerge est plus ardue. Certes, plusieurs décisions arbitrales ont tenté de limiter cette fragmentation en adoptant la doctrine de *l'unité générale de l'investissement*¹⁸⁰. Autrement dit, des opérations secondaires effectuées par l'opérateur étranger peuvent être rattachées à l'investissement initial et former donc un tout indivisible¹⁸¹. Ce raisonnement visait surtout à retenir la juridiction des tribunaux arbitraux face à l'exception déclinatoire présentée par l'État et ne semble pas avoir eu des échos favorables en matière de protection des attentes raisonnables de l'investisseur tout simplement parce que cela priverait celui-ci de la possibilité de tout recours contre l'État pour les attentes subséquentes à l'investissement initial.

¹⁷⁹ 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, disponible en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

¹⁸⁰ *Duke*, *supra* note 100.

¹⁸¹ Voir par ex *H&H Enterprises Investments, Inc v Arab Republic of Egypt* (2014), ICSID Case No ARB 09/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Veijo Heiskanen et Hamid Gharavi). Il était question de déterminer si une option d'achat constituait un investissement. Le Tribunal rejeta le moyen déclinatoire de l'Égypte et renvoya la question de la validité de l'option d'achat à l'examen au mérite.

2.3.2 La décision d'investir source d'attentes raisonnables de l'investisseur

Le principe est que la protection des attentes raisonnables se justifie par le fait que l'investisseur a été incité à investir en raison des représentations directes ou indirectes de l'État. À cet égard, il n'est pas indispensable que l'ensemble de l'investissement se soit appuyé sur un engagement de l'État. Celui-ci est néanmoins un facteur déterminant dans la décision d'investir ou la portée de l'investissement¹⁸². Il est en outre de jurisprudence constante que les attentes, pour qu'elles soient protégées doivent être raisonnables et objectives. Elles ne peuvent donc pas être analysées *in abstracto*, mais doivent être scrutées au cas par cas¹⁸³. Les tribunaux arbitraux sont donc, en théorie, appelés à décider si un incitatif, une promesse, une loi d'investissement, etc. constituent la motivation principale et la cause immédiate de l'investissement. Pourtant, dans les faits, certains tribunaux arbitraux ont adopté une approche plus souple quant à l'émergence d'une attente raisonnable. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Ioan Micula c Roumanie* où le Tribunal arbitral conclut que même si le programme EGO 24 n'était pas le seul élément ayant motivé le choix d'investir, les incitatifs mis en place avaient déterminé *la portée et l'importance des investissements*¹⁸⁴. En d'autres termes, le lien direct requis entre le comportement de l'État et la décision initiale d'investir n'est plus le facteur unique pouvant engager la responsabilité internationale de l'État. En conséquence,

¹⁸² *Micula*, *supra* note 67 au para 672.

¹⁸³ *Noble Ventures, Inc v Romania* (2005), ICSID Case No ARB/01/11 au para 181 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Jeremy Lever et Prof Pierre-Marie Dupuy) [*Noble Ventures*]; *Generation Ukraine, Inc v Ukraine* (2003), ICSID Case No ARB/00/9 au para 20.37 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Eugen Salpius, Dr Jürgen Voss et Jan Paulsson) [*Generation Ukraine*]; *El Paso*, *supra* note 21 au para 360; *Methanex Corporation v United States of America* (2005), 44 ILM 1343 au para 9 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : VV Veeder, J William F Rowley, Prof W Michael Reisman), DOI : <10.1017/S0020782900006896> [*Methanex*]; *Continental*, *supra* note 71 au para 255; *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc and others v The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran and others* (1987), 16 IUSCT Case No 24 112 aux para 122, 154 (Iran-United States Claims Tribunal) (Arbitres : Gunnar Lagergren, Howard M Holtzmann et Koorosh-Hosseini Ameli).

¹⁸⁴ *Micula*, *supra* note 67 au para 721.

l'investisseur, à défaut de pouvoir démontrer que l'engagement de l'État est la source principale de son investissement, aura simplement à alléguer l'existence de facteurs contributifs.

Quelle que soit l'approche adoptée, la détermination de la motivation réelle de l'investisseur demeure floue. Il s'agit, ni plus ni moins, de tenter d'analyser l'intention de l'investisseur et l'influence qu'a eue une politique, une déclaration ou un texte législatif quelconque dans la décision d'investir. Le Tribunal doit alors se pencher sur la question suivante : n'eût été le comportement de l'État, l'investisseur aurait-il investi ? Tenter d'y répondre équivaut à rechercher, selon Sornarajah, « l'état mental » qui prévalait au moment de l'investissement et reflète une approche expansionniste du droit de l'investissement¹⁸⁵.

2.4 L'approche des tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain

Après avoir examiné les différentes approches adoptées par les tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur la protection des attentes raisonnables en vertu d'un TBI ou d'un ALE, il y a lieu, plus particulièrement, de s'attarder sur la lecture qu'ont fait les tribunaux arbitraux quant à la protection des attentes raisonnables dans le contexte du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain¹⁸⁶ (ALENA), accord qui a récemment été remplacé par l'Accord Canada, États-Unis, Mexique (ACEUM)¹⁸⁷. Le but de la démarche est d'analyser les divergences et convergences des

¹⁸⁵ *El Paso*, *supra* note 21 (AL à la p 51).

¹⁸⁶ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994).

¹⁸⁷ *Accord Canada-États Unis-Mexique* (ACEUM), 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020).

interprétations par rapport aux autres tribunaux arbitraux et saisir l'impact qu'ont pu avoir ces sentences sur les sentences arbitrales hors ALENA.

Sur le plan méthodologique, sur les 72 litiges recensés dans le cadre de l'ALENA¹⁸⁸, nous avons bien entendu écarté ceux qui étaient encore pendants, réglés hors Cour ou abandonnés. Nous n'avons retenu par ailleurs que les sentences qui ont abordé d'une manière ou d'une autre la question de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur en vertu de l'article 1105 de l'Accord et ce, indépendamment du fait que ces sentences aient été favorables à l'investisseur ou à l'État. Notons néanmoins que la majorité de ces sentences ont été favorables à l'État.

En premier lieu, rappelons que l'article 1105 de l'Accord prévoit ce qui suit :

Article 1105 : Norme minimale de traitement

1. *Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.*

2. Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b). [nos italiques]

L'analyse de la jurisprudence arbitrale inhérente à l'ALENA a permis de constater que la majorité des tribunaux ont fait montre d'une certaine circonspection quant à

¹⁸⁸ Suivant les données rendues disponibles par la CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator » (2020), en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

l'interprétation et l'application de l'article 1105.1 de l'Accord. Ainsi, dans l'affaire *Eli Lilly and Company v. Canada*¹⁸⁹, la plaignante, une compagnie pharmaceutique américaine, détentrice de brevets canadiens pour ses deux médicaments, le Zyprexa and le Strattera, a vu ses brevets invalidés par les juridictions canadiennes suite à l'adoption par le Canada de nouvelles dispositions relatives au concept d'utilité (*utility requirement*). La compagnie réclama alors 500 millions en guise de dommages arguant que l'application des cours canadiennes de la doctrine d'utilité contrevenait à ses attentes légitimes et violait ainsi l'article 1105 de l'ALENA. Le Tribunal statua que la réclamation de l'investisseur faite en vertu de l'article 1105 de l'ALENA nécessitait de démontrer « un changement radical » de la loi canadienne et que Eli Lilly ne s'était pas déchargée de son fardeau¹⁹⁰. Le Tribunal s'interrogea en outre sur la nécessité d'examiner la présence ou l'absence d'autres éléments factuels pouvant constituer une violation de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur et estima qu'il n'était pas opportun de se prononcer sur la question juridique litigieuse de savoir si la protection des attentes raisonnables constituait une violation de l'article 1105¹⁹¹. L'analyse du Tribunal a donc subordonné la violation des attentes raisonnables à la notion de changement législatif drastique et rappela par la même occasion que les attentes raisonnables ne pouvaient résulter d'une simple perception¹⁹².

¹⁸⁹ *Eli Lilly and Company v The Government of Canada* (2017), ICSID Case No UNCT/14/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Albert Jan van den Berg, Sir Daniel Bethlehem et Gary Born).

¹⁹⁰ *Ibid* au para 380 : « 380. Claimant alleges that the Canadian courts' application of the alleged promise utility doctrine to invalidate the Strattera and Zyprexa Patents contravened its legitimate expectations. The Tribunal notes that this allegation, made primarily in the context of Claimant's claim under NAFTA Article 1105, depends on Claimant establishing a dramatic change in the Canadian law on utility. »

¹⁹¹ *Ibid* au para 381 : « 381. The Tribunal has considered whether there is any other factual basis on which Claimant could establish a violation of any legitimate expectation. For this limited purpose, the Tribunal need not, and does not, determine the contentious legal question of whether a violation of an investor's legitimate expectations can constitute a breach of NAFTA Article 1105. »

¹⁹² *Ibid* au para 384.

Dans l'affaire *Mesa Power Group LLC. v. Government of Canada*¹⁹³, la plaignante, une compagnie du Delaware œuvrant dans le secteur des énergies renouvelables, intenta un recours contre le Canada sur la base d'une application injuste et arbitraire de la réglementation de l'Ontario en matière d'énergies renouvelables. S'appuyant sur l'article 1105 de l'ALENA, la compagnie argua que cet article comportait notamment une obligation d'agir de bonne foi, d'équité, de transparence et celui de respecter les attentes raisonnables de l'investisseur. L'obligation contenue à l'article 1105 n'était donc pas, selon la partie plaignante, limitée au droit coutumier. Le Tribunal, se référant à la jurisprudence de l'ALENA, souligna alors que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur ne constituait *qu'un élément* à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer si d'autres volets de la norme ont été enfreints¹⁹⁴. Le Tribunal, plus globalement, rejeta l'idée que le traitement juste et équitable imposait des obligations supplémentaires à ce qui est prévu par la norme minimale de traitement. S'appuyant sur la *Note d'interprétation* du 31 juillet 2001¹⁹⁵, le Tribunal estima que cette disposition était claire quant à l'application de la norme coutumière de traitement minimal, sans plus¹⁹⁶.

¹⁹³ *Mesa Power Group LLC. v. Government of Canada* (2016), PCA Case No 2012-17 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler Hon Charles N Brower et Toby Landau) [*Mesa*].

¹⁹⁴ *Ibid* au para 502 : « 502. On this basis, the Tribunal considers that the following components can be said to form part of Article 1105: arbitrariness; “gross” unfairness; discrimination; “complete” lack of transparency and candor in an administrative process; lack of due process “leading to an outcome which offends judicial propriety”; and “manifest failure” of natural justice in judicial proceedings. Further, the Tribunal shares the view held by a majority of NAFTA tribunals that the failure to respect an investor's legitimate expectations in and of itself does not constitute a breach of Article 1105, but is an element to take into account when assessing whether other components of the standard are breached. »

¹⁹⁵ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

¹⁹⁶ *Mesa*, *supra* note 193 au para 503.

Cette approche avait été adoptée dans l'affaire *Clayton & Bilcon of Delaware inc. v. Gouvernement of Canada*¹⁹⁷ où le Tribunal conclut que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur n'était qu'un facteur devant être pris en compte au moment de se prononcer sur le respect, par l'État, de ses obligations internationales conformément à l'article 1105 de l'ALENA. Dans cette affaire, les demandeurs prétendaient que l'évaluation environnementale du projet Whites Point entreprise par le Canada était faite de manière arbitraire et discriminatoire. Ils alléguèrent également que la province de Nouvelle-Écosse avait frustré leurs attentes légitimes, générées par le cadre réglementaire et les encouragements spécifiques du gouvernement. S'appuyant sur les critères énoncés dans la sentence *Mobil*, ils affirmèrent notamment que le permis délivré par la Nouvelle-Écosse constituait en soi une représentation claire et explicite visant à encourager l'investissement et qu'ils avaient donc des motifs de s'y fier¹⁹⁸. Le Canada, pour sa part, réitéra le fait que l'article 1105 ne créait pas de norme autonome relative à la protection des attentes raisonnables de l'investisseur même si l'analyse de ces attentes pouvait être pertinente pour déterminer le caractère outrageant d'une mesure étatique¹⁹⁹. Le Tribunal, rappela dans un premier temps, être lié par l'interprétation authentique du Traité adoptée par les États parties, à savoir la *Note d'interprétation*²⁰⁰, et souligna par ailleurs qu'à la lumière de celle-ci et du contexte particulier du Chapitre 11 de l'ALENA, le TJE ne pouvait être qualifié de norme autonome imposant des obligations autres que celles exigées par la norme minimale de traitement²⁰¹. Bien qu'adoptant une approche évolutive de la NMT, le Tribunal conclut que les attentes raisonnables de l'investisseur sont un facteur à prendre en compte afin de déterminer si l'État

¹⁹⁷ *Clayton & Bilcon of Delaware inc. v. Gouvernement of Canada* (2015), PCA Case No 2009-04 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Juge Bruno Simma, Prof Donald McRae et Prof Bryan Schwartz) [*Clayton*].

¹⁹⁸ *Ibid* au para 395-397.

¹⁹⁹ *Ibid* aux paras 400-401.

²⁰⁰ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

²⁰¹ *Clayton*, *supra* note 197 au para 432.

d'accueil violait la norme minimale prévue à l'article 1105²⁰². Après une analyse factuelle, le Tribunal statua en faveur des investisseurs et conclut que les engagements spécifiques des autorités canadiennes ainsi que les ressources importantes que ces derniers avaient investies, faisaient en sorte que le Canada n'avait pas respecté les obligations prévues à l'article 1105²⁰³.

Enfin, dans la décision *Grand River Entreprises Six Nations, Ltd et al. v. United States of America*²⁰⁴, M. Montour, en tant que membre des Premières Nations aux États-Unis, affirma avoir eu des attentes légitimes relatives de ne pas être visé par les lois antitabac adoptées par les États-Unis et de bénéficier d'une immunité en vertu du Jay Treaty conclu entre les États-Unis et les Premières Nations ainsi qu'en vertu de la Loi sur les Indiens. Sa réclamation s'appuyait tant sur la clause 1110 relative à l'expropriation que sur l'article 1105 de l'ALENA. Les États-Unis admirent le fait que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur s'appliquait dans le contexte de l'expropriation (*investment-backed expectations*), mais pas dans celui du traitement juste et équitable²⁰⁵. Le Tribunal procéda donc à l'analyse de la protection des attentes raisonnables sous le prisme de l'article 1110 tout en précisant que « la discussion s'appliquait avec un poids égal à tous les arguments de M. Montour selon lesquels ses attentes légitimes ont été frustrées en violation au Chapitre 11 » [notre traduction]²⁰⁶.

²⁰² *Ibid.* au para 455 : « The reasonable expectations of the investor are a factor to be taken into account in assessing whether the host state breached the international minimum standard of fair treatment under Article 1105 of NAFTA. »

²⁰³ *Ibid* au para 603.

²⁰⁴ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al v United States of America* (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 141 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Fali S Nariman, Prof James Anaya et John R Crook) [*Grand River*].

²⁰⁵ *Ibid* au para 127.

²⁰⁶ *Ibid* : « The following discussion applies with equal weight to all of Arthur Montour's arguments that his legitimate expectations were frustrated contrary to NAFTA's Chapter 11 ».

Ainsi, le Tribunal se prononça globalement sur la protection des attentes raisonnables et souligna à cet égard :

141. The "conduct" of the United States pointed to by the Claimants as giving rise to reasonable expectations of immunity from MSA measures is U.S. federal Indian law and the Jay Treaty. Ordinarily, reasonable or legitimate expectations of the kind protected by NAFTA are those that arise through targeted representations or assurances made explicitly or implicitly by a state party. Even accepting that cited U.S. federal Indian law and the Jay Treaty might serve as sources of reasonable or legitimate expectations for the purposes of a NAFTA claim, the Tribunal finds that they do not in this case²⁰⁷.

Ainsi, malgré l'existence d'un Traité entre les États-Unis et les Premières Nations et la Loi sur les Indiens, le Tribunal ne considéra pas cela comme des éléments suffisants pour engager la responsabilité des États-Unis sur la base de la frustration des attentes raisonnables de Monsieur Montour.

Dans l'ensemble, les tribunaux arbitraux de l'ALENA se sont distingués des autres tribunaux arbitraux hors ALENA dans la mesure où ils ont majoritairement considéré la protection des attentes raisonnables non pas comme un standard de protection autonome, mais comme « un facteur » devant être pris en compte au moment de l'interprétation et de l'application de la clause de TJE²⁰⁸. Ils ont également posé des balises claires quant à la détermination de la violation des attentes raisonnables de l'investisseur.

D'aucuns pourraient alors s'interroger sur les raisons qui sous-tendent ces distinctions entre les tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA et ceux hors ALENA. Selon nous, le premier élément de réponse réside dans la *Note d'interprétation*

²⁰⁷ *Ibid* au para 141.

²⁰⁸ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to Nafta Case Law on Article 1105*, Toronto, Wolters Kluwer, 2013 à la p 316.

adoptée par la Commission du libre échange de l'ALENA le 31 juillet 2001. Cette *Note* visait précisément à circonscrire la portée de l'article 1105 et plus particulièrement le principe de traitement juste et équitable. Rappelons à cet égard que celle-ci énonce :

Après avoir examiné le déroulement des poursuites intentées aux termes du chapitre onze de l'Accord de libre-échange nord-américain, la Commission de libre-échange entérine par la présente les interprétations suivantes destinées à éclaircir et à réaffirmer la signification de certaines dispositions de l'Accord :

[...]

B. La norme minimale de traitement conforme au droit international

1- L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

2- *Les concepts de « traitement juste et équitable » et « de protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.*
[nos italiques]²⁰⁹

En outre, l'article 1131 para 2 de l'Accord a rendu cette interprétation obligatoire²¹⁰. Ce faisant, elle a constitué une base contraignante liant les tribunaux arbitraux. Le Tribunal dans *Mesa Powers* s'exprima d'ailleurs comme suit :

479. Thus, pursuant to Article 1131(2), an interpretation issued by the Free Trade Commission under the NAFTA, such as the FTC Note, is binding on all Chapter 11 tribunals. It is not for this Tribunal to determine whether – as the Claimant alleges – the FTC Note amounts to an amendment of the NAFTA or not. Rather, faced with an interpretation given by the Contracting States through the FTC, the Tribunal must simply apply it²¹¹.

²⁰⁹ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

²¹⁰ *Ibid* art 1131 : « 1131.2. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la présente section. »

²¹¹ *Mesa*, *supra* note 193 au para 479.

D'ailleurs, la *Note d'interprétation*²¹² fut invoquée dans pas moins de 15 sentences arbitrales²¹³. Toutefois, nous constatons également que les tribunaux arbitraux ont conservé une certaine latitude en interprétant la notion de conformité au droit international coutumier²¹⁴ en adoptant une interprétation évolutive. À ce propos, le Tribunal indiqua dans l'affaire *Merill & Ring* :

192. However, the binding character of the FTC Interpretation does not mean that that interpretation necessarily reflects the present state of customary and international law. [...]. In any event, the Tribunal is mindful of the evolutionary nature of customary international law, as discussed below, which provides scope for the interpretation of Article 1105(1), even in the light of the Free Trade Commission's 2001 interpretation²¹⁵.

La sentence *Glamis Gold Ltd v. The United States of America*, est allée plus loin en qualifiant la protection des attentes raisonnables d'obligation distincte et autonome²¹⁶. Le Tribunal s'exprima en ces termes :

627. The Tribunal holds that Claimant has not met its burden of proving that something other than the fundamentals of the Neer standard apply today. The Tribunal therefore holds that a violation of the customary international law minimum standard of treatment, as codified in Article 1105 of the NAFTA, requires an act that is sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105. Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international

²¹² Notes d'interprétation, *supra* note 45.

²¹³ Chow, Joel Sherad, Nadine Quah et Zhao Jingtong, *Joint Interpretation of Investment Treaties : A Study on Existing Practice, Legal Character and Strategies for Implementation*, rapport pour le Gouvernement du Royaume de Thaïlande, Singapour Centre for International Law, National University of Singapore, Trade Lab, 2020.

²¹⁴ *Ibid* à la p 20.

²¹⁵ *Merrill and Ring Forestry LP v The Government of Canada* (2010), ICSID Case No UNCT/07/1 au para 192 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Prof Kenneth W Dam et J William Rowley) [*Merrill & Ring*].

²¹⁶ Dumbery, *Article 1105*, *supra* note 211 à la p 157.

standards; *or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations.* [nos italiques]²¹⁷

En somme, hormis la sentence *Glamis Gold ltd v. The United States of America*, qui tend vers une autonomie de la protection des attentes raisonnables comme standard et donc se détache du TJE, l'approche des tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA semble de prime abord se démarquer de celle des autres instances arbitrales sur deux points : la nature juridique de la protection des attentes raisonnables, et les balises posées pour encadrer ce concept. La protection des attentes raisonnables est alors considérée comme un simple élément/facteur du traitement juste et équitable, et non comme un standard autonome. Toutefois, bien que les sentences arbitrales aient été majoritairement rendues en faveur des États, elles ne remettent pas en question l'adhésion des tribunaux arbitraux au principe de protection des attentes raisonnables de l'investisseur dans le cadre du traitement juste et équitable. Or, quand bien même nous affirmerions que la protection des attentes raisonnables est inhérente au traitement juste et équitable, cette affirmation doit, selon nous, reposer sur une démonstration juridique quelconque.

Conclusion

L'état des lieux que nous avons souhaité dresser sur le concept de protection des attentes raisonnables de l'investisseur nous a permis de constater que malgré des débuts timides, il s'agit d'un motif de recours qui a connu une croissance exponentielle qui fait désormais partie intégrante du paysage juridique arbitral. Nous avons mis en exergue le fait que la doctrine des attentes raisonnables a été, en premier

²¹⁷ *Glamis*, *supra* note 75 au para 627.

lieu, associée à l'expropriation indirecte, mais qu'au fil du temps et au gré des sentences arbitrales elle a, peu à peu, investi la sphère du traitement juste et équitable pour en constituer un élément essentiel sinon le pivot dans la jurisprudence hors ALENA.

Nous avons également dégagé trois modes de pensée au sein des tribunaux arbitraux que nous avons qualifiés respectivement de « souverainiste », d'économiciste, et finalement, de modéré, car ce dernier prétend concilier la protection de l'investisseur et le respect de la souveraineté de l'État. En réalité, aucun de ces trois courants ne conteste, dans son fondement même, l'intrusion d'une protection des attentes raisonnables dans la sphère du droit de l'investissement. Les critères d'application peuvent être distincts, mais reposent néanmoins sur une prémisse commune à savoir : la protection des attentes raisonnables est une composante du traitement juste et équitable.

Nous avons par ailleurs fait état de tous les écueils et questionnements entourant ce concept. Ceux-ci portent autant sur la définition d'un engagement étatique, la nature des mesures législatives, leur caractère raisonnable, proportionné, ou d'intérêt public, le moment où ces attentes sont réputées émerger ainsi que l'intention, ou la motivation, de l'investisseur. Compte tenu de toutes ces variables, affirmer que la doctrine des attentes raisonnables est incertaine relève du truisme. Il n'en demeure pas moins que la protection des attentes raisonnables bénéficie d'un consensus arbitral, mais aucune réponse claire n'a été apportée par ces mêmes tribunaux quant à l'origine d'une telle obligation en droit international. Partant de là, et c'est ce nous proposons de démontrer tout au long de cette thèse, la protection des attentes raisonnables est d'une part une notion étrangère au droit international et d'autre part, ne peut s'insérer juridiquement dans le traitement juste et équitable.

PARTIE II

LES ATTENTES LÉGITIMES EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Nous tenterons d'établir tout au long de cette partie que la doctrine des attentes raisonnables ne peut valablement s'inscrire dans les sources formelles du droit international, mais résulte d'une interprétation parcellaire des traités d'investissement. Elle ne peut s'appuyer ni sur l'interprétation des traités, ni sur la coutume internationale ou les principes généraux de droit et ne peut donc être érigée au rang de norme de droit international. Elle résulte d'une extension du principe de traitement juste et équitable qui permet à l'investisseur de se prévaloir d'outils supplémentaires à l'encontre de l'État d'accueil. Le recours aux sources formelles de droit international a d'ailleurs été consacré par l'article 40 du *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* prévoit :

En vertu de la Convention, un Tribunal arbitral est tenu d'appliquer le droit désigné par les parties. À défaut d'accord, le Tribunal doit appliquer le droit de l'État partie au différend (sauf si le droit de cet État prévoit l'application d'un autre droit), et toute règle de droit international applicable en l'espèce. Le terme « droit international » doit ici être interprété au sens de l'article 38(1) du Statut de la Cour internationale de Justice, compte tenu cependant du fait que cet article 38 est destiné à s'appliquer à des différends interétatiques.²¹⁸

C'est donc à l'aune des sources formelles de droit international que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur sera analysée. Ainsi, malgré une tendance jurisprudentielle en faveur de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, nous démontrerons que cette protection ne découle pas des sources formelles du droit international prévues à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice²¹⁹. Pour étayer notre propos, cette partie sera donc structurée de la manière suivante : nous aborderons dans un premier temps les sources conventionnelles du droit de

²¹⁸ Banque internationale pour la reconstruction et le développement (1965), *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 15 CIRDI 35 au par 40, en ligne (pdf) : [ICSID <icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>](http://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf).

²¹⁹ Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes ne sont pas abordées, dans la mesure où les sentences arbitrales ne peuvent être assimilées à des décisions judiciaires, et que la doctrine n'est pas unanime sur la notion de protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

l'investissement, soit les traités d'investissement en vertu desquels la protection des attentes raisonnables a été revendiquée par l'investisseur et octroyée par le Tribunal (Chapitre III). Nous nous pencherons dans un deuxième temps sur la coutume internationale afin de démontrer que la protection des attentes raisonnable ne pourrait constituer une coutume internationale en l'absence d'une pratique étatique et d'une *opinio juris* favorables à celle-ci (Chapitre IV). Nous évoquerons en troisième lieu les principes généraux de droit, comme source d'obligation internationale, puisque certaines sentences arbitrales ont suggéré que la protection des attentes raisonnables constituait l'un d'entre eux (Chapitre V).

CHAPITRE III

LES SOURCES CONVENTIONNELLES

Ce chapitre portera sur les traités et accords internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, ayant donné lieu à une interprétation du traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables²²⁰. Notre objectif est d'analyser les méthodes d'interprétation adoptées par les tribunaux arbitraux lorsqu'ils établissent un lien juridique entre le traitement juste et équitable et la protection des attentes raisonnables. Il vise également à mettre en exergue le fait que ce lien n'est pas le fruit d'une démarche interprétative objective, mais d'une extrapolation de la part des tribunaux arbitraux qui a pour effet d'accroître la protection internationale conférée aux investisseurs. Ce construit arbitral fait, dès lors, bénéficier les investisseurs d'un préjugé favorable²²¹ dans la mesure où l'interprétation des traités par les tribunaux arbitraux excède les engagements consentis par les États signataires²²² et échappe à la volonté initiale de ces derniers. En d'autres termes, les arbitres ne font pas qu'interpréter le traité, ils lui assignent un contenu

²²⁰ Nous excluons donc de notre étude les contrats d'État (à savoir un contrat d'investissement entre un État et un investisseur) dans la mesure où les attentes raisonnables découlant des contrats ont été clairement distinguées de celles découlant d'un traité. Nous n'aborderons pas non plus dans cette section la protection des attentes raisonnables dans le cadre de l'expropriation indirecte, car ce n'est pas sous ce volet que les attentes raisonnables sont habituellement analysées par les tribunaux arbitraux, mais sous celui du traitement juste et équitable. Par ailleurs, au sujet du lien entre les attentes raisonnables et l'expropriation indirecte, voir la partie III, ci-dessous.

²²¹ Peter T Muchlinski, « Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World » dans Jose E Alvarez et al, dir, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, New York, Oxford University Press, 2011, 35, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199793624.003.0005>.

²²² Muthucumaraswamy Sornarajah, « A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration » dans Karl P Sauvant et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York : Oxford University Press, 2008 à la p 51.

supplémentaire. Nous nous pencherons donc sur la dichotomie entre les principes qui gouvernent l'interprétation conventionnelle en droit international et celle adoptée par les tribunaux arbitraux en analysant le raisonnement adopté par les arbitres et en prenant nos distances avec cette interprétation dominante.

À cet effet, ce chapitre sera structuré de la manière suivante : nous nous pencherons dans un premier temps sur les principales méthodes d'interprétation en droit international à savoir : l'interprétation littérale de la clause du traitement juste et équitable, l'approche volontariste puis sur l'interprétation téléologique. Nous évoquerons ainsi au fur et mesure le raisonnement des tribunaux arbitraux pour chacune de celle-ci. Nous examinerons également de manière subsidiaire la règle de l'*effet utile*, le principe *in dubio mitiu*, et celui de la bonne foi pour mettre en exergue le caractère aléatoire de l'argumentaire des tribunaux arbitraux, et les choix opérés par ces derniers.

3.1 La protection des attentes raisonnables : fruit d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable

Lorsqu'ils sont saisis d'un recours en vertu de la clause de traitement juste et équitable, et plus particulièrement de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, les tribunaux arbitraux ont recours communément à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui énonce ce qui suit :

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
 - b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
 - c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.²²³

Le cadre d'analyse des traités d'investissement demeure donc celui de la Convention de Vienne. En effet, selon une étude menée en 2012 par Romesh Weeramantry, il appert que sur 258 sentences arbitrales, 53 % faisaient référence à l'article 31.1 de la Convention de Vienne, 19 % à l'article 31.2, 5 % à l'article 31.3 et 1 % à l'article 31.4 de la Convention²²⁴. Fauchald a, pour sa part, souligné que sur 98 sentences arbitrales, 35 référaient à la Convention, mais que 16 % de ces mêmes décisions avaient excédé les critères établis par l'article 31.1²²⁵. Ces principes d'interprétation

²²³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 art 31 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

²²⁴ J Romesh Weeramantry, *Treaty Interpretation In Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012, à la p 40.

²²⁵ Ole Kristian Fauchald, « The Legal Reasoning of ISCID Tribunals- An Empirical Analysis » (2008) 19:2 Eur J Intl L 301, en ligne (pdf) : *EJIL* <ejil.org/pdfs/19/2/188.pdf>.

relèvent du droit international coutumier²²⁶ et « doivent être considérés comme un tout »²²⁷ puisqu'ils participent à des degrés divers à la détermination du contenu du traité international.

Nous verrons cependant que des zones d'ombres subsistent lorsqu'il s'agit d'attribuer un sens au traitement juste et équitable notamment en raison du caractère fugace de cette notion. Précisons également que notre but n'est pas d'exposer *in abstracto* les principes d'interprétation en droit international public puisque ceux-ci ont fait l'objet d'une multitude d'ouvrages²²⁸, mais d'y avoir recours comme étalon de mesure pour examiner le bien-fondé de l'interprétation des tribunaux arbitraux lorsqu'ils se prononcent sur la portée de la clause de traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

Notons en premier lieu que les méthodes d'interprétation et leur nombre ont pu diverger au sein même de la doctrine. Villiger, par exemple, énonça cinq méthodes d'interprétation des traités internationaux : la méthode subjective et historique principalement mise en avant par Lauterpacht dont le but est de rechercher l'intention des rédacteurs et qui a pour corollaire le consensualisme, la méthode grammaticale, contextuelle, téléologique ou fonctionnelle et la méthode logique²²⁹. Toutefois, nous

²²⁶ Commission du droit international, *Rapport sur la soixante-huitième session*, Doc off AG NU, 2016, supp n° 10, Doc NU A/71/10 à la p 133 [Commission du droit international 2016].

²²⁷ *Affaire relative à la délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c Kenya)*, [2017] CIJ Rec 3 au para 64, en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20170202-JUD-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20170202-JUD-01-00-FR.pdf).

²²⁸ Voir notamment Ludwik Ehrlich, « L'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 24, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1928, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028606128_01>; Georges Berlia, « Contribution à l'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 114, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1965, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028615120_04>; Hersh Lauterpacht, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 048, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1934, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608528_08>.

²²⁹ Mark E Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention of the Laws of Treaties*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2009 aux pp 421-422.

pouvons considérer globalement qu'il existe trois écoles de pensée en matière d'interprétation : l'approche subjectiviste/volontariste qui met l'accent sur la volonté des États signataires, la méthode textualiste/objectiviste qui repose sur l'interprétation textuelle du traité et qui postule que l'intention des parties peut s'extraire du texte, et l'approche téléologique qui tient compte du but et de l'objet du traité²³⁰. Bien entendu, les principes d'interprétation énoncés dans la Convention de Vienne omettent les considérations d'ordre politique, idéologique ou économique qui peuvent teinter le choix de la méthode et constituer en soi un facteur de détermination de la norme. À ces méthodes, dites classiques, s'ajoutent deux courants jurisprudentiels qui ne constituent pas en soi des méthodes reconnues d'interprétation, mais sur lesquels les tribunaux arbitraux se réfèrent assez régulièrement. Le premier s'appuie sur la notion d'*effet utile*, et le deuxième repose sur le principe de bonne foi, non pas en tant que méthode d'interprétation prévue à l'article 31 de la Convention, mais en tant que vecteur d'émergence d'un droit substantiel.

Nous examinerons donc successivement l'interprétation textuelle, soit le sens ordinaire des termes du traité, puis l'interprétation volontariste et l'interprétation téléologique. Nous traiterons par ailleurs du principe de *l'effet utile*, de la règle *In Dubio mitius* et de la bonne foi puisque les tribunaux arbitraux y réfèrent régulièrement pour étayer leurs décisions.

3.1.1 L'impossible interprétation textuelle du principe de traitement juste et équitable

L'article 31(1) de la Convention de Vienne prévoit que l'interprétation d'un traité ou d'une disposition conventionnelle repose sur le sens ordinaire des termes qui y figurent. La sentence *Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka* résuma le principe comme suit :

²³⁰ Baiju S Vasani et Anastasiya Ugale, « Travaux Préparatoires and the Legitimacy of Investor-State Arbitration » dans Jean E Kalicki et Anna Joubin-Bret, dir, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leyde, Brill, 2015, 150 à la p 152, DOI : <10.1163/9789004291102_007>.

The first general maxim of interpretation is that it is not allowed to interpret what has no need of interpretation. When a deed is worded in a clear and precise terms, when its meaning is evident and leads to no absurd conclusion [...] In the interpretation of treaties we ought not to deviate from the common use of the language unless we have very strong reasons for it [...] words are only designed to express the thoughts. [notes omises]²³¹

On entend donc par sens ordinaire, le sens commun des mots. En conséquence, lorsqu'un mot est clair, le sens général doit prévaloir à moins que les États aient indiqué vouloir lui donner un sens différent (article 31.4) auquel cas, celui qui invoque une signification spécifique à un terme doit en faire la démonstration. L'interprète devra donc en premier lieu se prononcer sur le sens premier d'un vocable avant de pousser l'analyse plus loin. En matière de protection des attentes raisonnables, il s'agit donc normalement d'établir un lien sémantique entre celle-ci et le traitement juste et équitable.

Si nous examinons la formule « traitement juste et équitable », la notion de « juste » est, dans le langage usuel, ce qui « *est conforme au droit, à l'équité* » ou « *qui apparaît fondé et légitime* » et le vocable « équitable » renvoie à ce qui est « *conforme à l'équité et à la justice* »²³². Peu de tribunaux arbitraux se sont en revanche penchés sur la définition de « traitement » soulignant que cette notion est vague et qu'il s'agissait des « droits et privilèges accordés ainsi que les obligations imposées par un État contractant aux investissements visés par le traité » [notre traduction]²³³. Nous sommes donc davantage face à un pléonasme juridique, ou à une

²³¹ *Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka* (1990), ICSID Case No ARB/87/3 au para 40 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Berthold Goldman, Dr Samuel Asante et Dr Ahmed El-Kosheri) [*Asian*].

²³² *Larousse*, 2020, *sub verbo* « juste », en ligne : <larousse.fr>; *ibid*, *sub verbo* « équitable ».

²³³ « [...] the rights and privileges granted and the obligations and burdens imposed by a Contracting State on investments made by investors covered by the treaty ». *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA & InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic* (2006), ICSID Case No ARB/03/17 au para 55 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken) [*Suez*].

circularité, qui ne nous éclaire pas véritablement sur le sens et la portée exacts de cette notion et qui en fait un concept à texture ouverte permettant moult interprétations. On a d'ailleurs considéré que la rédaction « minimaliste » du traitement juste et équitable favorisait paradoxalement son interprétation extensive par les tribunaux arbitraux²³⁴. Certes, certains tribunaux ont parfois tenté de proposer une définition du traitement juste et équitable sans toutefois parvenir à un résultat satisfaisant. La sentence *Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania*, résume bien la situation en ces termes :

504. To establish the content of the standard, the Tribunal must first turn to the plain meaning of the terms “fair and equitable.” The plain meaning of these terms, however, does not provide much assistance. As noted by the Tribunal in *MTD v. Chile*, “[i]n their ordinary meaning, the terms ‘fair’ and ‘equitable’ [...] mean ‘just’, ‘even-handed’, ‘unbiased’, ‘legitimate’. Similarly, the Tribunal in *S.D. Myers v. Canada* stated that unfair and inequitable treatment meant “treatment in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective.” This Tribunal agrees with the *Saluka* Tribunal in that “[t]his is probably as far as one can get by looking at the ‘ordinary meaning’ of the terms of Article 3.1 of the Treaty.”²³⁵

Le Tribunal admit ainsi les limites de l'interprétation littérale en ce qui a trait à la clause de traitement juste et équitable puisque cela revient généralement à substituer un mot à un autre sans pour autant apporter de réponse ou de définition formelle à celle-ci. Par ailleurs, aucun des termes de substitution proposée ne permet *prima facie* de déceler un lien logique avec la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, du moins en vertu des règles d'interprétation littérale.

En marge du flou entourant l'interprétation du traitement juste et équitable, force est de constater que la notion d'attentes raisonnables ou légitimes, peut être en soi source

²³⁴ CNUCED, *supra* note 25 aux pp 11-12.

²³⁵ *Micula*, *supra* note 67 au para 504.

d'interprétation compte tenu de son caractère polysémique²³⁶. Le qualificatif « légitime » renvoie ainsi à « *ce qui est fondé en raison, en justice et en équité* »²³⁷ ou ce qui est « *conforme à l'équité, qui est fondé sur le droit naturel, la morale, la loi divine* »²³⁸. Le caractère nébuleux du concept a d'ailleurs incité l'arbitre Garibaldi à préciser, dans l'affaire *Glencore International AG et CI Prodeco SA c République de Colombie*, qu'il ne consentait à l'utilisation du terme « attentes légitimes » que si celles-ci étaient assimilées à des attentes *objectivement* raisonnables. Il jugea en effet que la notion de légitimité renvoyait à un critère légal, moral ou politique et ouvrait la voie à une interprétation qui s'écarterait de son sens original²³⁹. Il en est de même de la définition du « raisonnable » à savoir « *ce qui est dicté par la raison, le bon sens et la réflexion* » ou « *qui manifeste de la modération* »²⁴⁰. Ces définitions favorisent toutes une appréciation factuelle du caractère raisonnable des attentes de l'investisseur. Mais le véritable débat ne se situe pas à ce niveau, car ce n'est pas tant le caractère polymorphe de cette notion qui pose un problème, mais son insertion dans le cadre normatif international sous le couvert du traitement juste et équitable.

Le caractère fugace du traitement juste et équitable ainsi que celui des attentes raisonnables nous incitent donc à conclure que leur assigner un contenu juridique précis relève de la gageure intellectuelle. Les tribunaux arbitraux semblent d'ailleurs avoir renoncé à effectuer cet exercice et concluent que les attentes raisonnables font partie intégrante du traitement juste et équitable. La protection des attentes raisonnables semble alors s'appuyer sur une sorte de sui-référentialité²⁴¹ issue d'une

²³⁶ Voir notamment Corten, *supra* note 34.

²³⁷ Larousse, 2020, *sub verbo* « légitime », en ligne : <larousse.fr>.

²³⁸ Ortolang, Nancy, Centre national des ressources textuelles et lexicales, 2012, *sub verbo* « raisonnable », en ligne : Ortolang <cnrtl.fr/definition/raisonnable>.

²³⁹ *Glencore International AG and CI Prodeco SA v Republic of Colombia* (2019), ICSID Case No ARB/16/6 à la p 280 n 1206 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Oscar M Garibaldi et J Christopher Thomas) [*Glencore*].

²⁴⁰ Larousse, 2020, *sub verbo* « raisonnable », en ligne : <larousse.fr>.

²⁴¹ John R Searle, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998 à la p 50 : « un bout de papier passe pour de l'argent, car tous pensent que c'est de l'argent ».

croissance arbitrale dominante. L'article 13 de la résolution de l'Institut de Droit International, illustre l'existence de ce consensus lorsqu'il énonce :

Fair and equitable treatment, which is a key standard of investment protection, must accord investors and investments, in particular: (i) due process, (ii) non-discrimination and nonarbitrary treatment, (iii) due diligence, and (iv) respect of legitimate expectations. The notion of legitimate expectations, as applied to the investor, shall not be construed to include mere expectations of profit, in the absence of specific engagements undertaken towards them by competent State organs.²⁴²

Pourtant, le lien artificiel créé entre la protection des attentes raisonnables et le traitement juste et équitable a été critiqué à quelques occasions. Ce fut notamment le cas de P. Nikken qui, dans l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v Argentine Republic*²⁴³, affirma ce qui suit :

The assertion that fair and equitable treatment includes an obligation to satisfy or not to frustrate the legitimate expectations of the investor at the time of his/her investment does not correspond, in any language, to the ordinary meaning to be given to the terms fair and equitable. Therefore, prima facie, such a conception of fair and equitable treatment is at odds with the rule of interpretation of international customary law expressed in Article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).²⁴⁴

L'opinion de P. Nikken fut évoquée par la Colombie dans l'affaire *Glencore International AG et CI Prodeco SA c République de Colombie*²⁴⁵, mais le Tribunal rejeta purement et simplement l'argument en précisant :

²⁴² Institut de Droit International, *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, 18^e Commission, Session de Tokyo (13 septembre 2013), 29:3 ICSID Rev – Foreign Inv LJ 701.

²⁴³ *Suez*, *supra* note 233.

²⁴⁴ *Ibid* (avis individuel du Prof Nikken au para 3 [AI]). Le même avis individuel a été soumis lors de l'affaire *AWG Group Ltd v The Argentine Republic* (2015), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Itaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken) [AWG].

²⁴⁵ *Glencore*, *supra* note 239 à la p 280 n 1206.

Virtually unanimous case law identifies legitimate expectations of the investor as an important element of the FET standard²⁴⁶. So does scholarly opinion²⁴⁷. The only dissenting opinion seems to be that of Judge Nikken, who acknowledges that his position is contrary to the finding in “recent awards”.²⁴⁸

Le poids du précédent semble alors prendre tout son sens dans la mesure où le Tribunal s’adossa exclusivement à la jurisprudence arbitrale et à une certaine doctrine pour conclure à l’existence d’une protection des attentes raisonnables en droit international.

Notons enfin que les *Lignes directrices de la Banque mondiale relatives au traitement des investissements étrangers* de 1992²⁴⁹ prévoyait au Chapitre II, intitulé « Treatment », ce qui suit : « 2. Each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines »²⁵⁰. Or, les standards de traitement énumérés dans ces lignes directrices ne faisaient en aucun cas mention de la protection des attentes raisonnables de l’investisseur.

²⁴⁶ *Ibid* à la p 281 n 1210 : « C I, para. 180; see e.g. Saluka, paras. 301-302 (calling legitimate expectations the “dominant element” of the fair and equitable treatment standard); Lemire, para. 264; Suez, para. 203. » Voir *Ibid* au para 180; *Saluka, supra* note 27 aux para 301-302; *Lemire, supra* note 89 au para 264; *Suez, supra* note 233 au para 203.

²⁴⁷ *Glencore, supra* note 239 à la p 281 n 1211 : « C F Dugan, D Wallace Jr, N D Rubins and B Sabahi, *Investor-State Arbitration* (2008), p. 513 (Dov. CL-54); V. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed., 2017, para. 7.179 (Doc. RL-44). » Voir Christopher F Dugan et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 513, DOI : <10.1093/law:iic/9780379215441.book.1>; Campbell McLachlan, Laurence Shore et Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2017 au para 7.179, DOI : <10.1093/law/9780199676798.001.0001>.

²⁴⁸ *Glencore, supra* note 239 à la p 280 n 1206. Voir aussi *El Paso, supra* note 21 au para 35.

²⁴⁹ Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol II Guidelines World Bank 1992 <documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>.

²⁵⁰ Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol II Guidelines World Bank 1992 <documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf> à la p 38.

Quoi qu'il en soit, il existe une convergence de vues à l'effet que l'interprétation littérale du traitement juste et équitable ne permet pas de conclure que ce standard comprend la protection des attentes raisonnables de l'investisseur ce qui nous conduit à nous pencher sur les autres modes d'interprétation.

3.1.2 L'interprétation volontariste/subjectiviste des traités d'investissement

Cette méthode d'interprétation repose sur la recherche de la volonté des États parties au traité d'investissement ainsi que leur intention et leur consentement à être lié par certaines obligations internationales. Elle s'appuie sur le principe que l'État ne soit pas obligé au-delà de ce à quoi il a consenti²⁵¹ et a pour fondement le respect de la souveraineté étatique. La Cour internationale de justice avait souligné dans l'*Avis consultatif du 28 mai 1951* portant « réserves à la convention sur le génocide » ce qui suit : « Il est bien établi qu'un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement [...]. Cette conception, directement inspirée de la notion du contrat, conserve une valeur de principe indéniable »²⁵². D'ailleurs, selon la Commission de droit international²⁵³ les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne comportent les « éléments objectifs qui guident l'interprète afin d'établir l'intention des parties »²⁵⁴. Des divergences existent néanmoins quant aux méthodes adoptées pour extraire cette intention commune. Pour certains auteurs, dont Schreuer, le texte du traité incarne cette volonté et supplante même celle-ci. Ainsi, ce dernier affirma

²⁵¹ Emer de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, vol 1, traduit par Charles G Fenwick, Genève, Henry Dunant Institute, 1983 à la p 463.

²⁵² *Affaire relative aux réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 15 à la p 21, en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/cij-org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/cij-org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf) [Réserves].

²⁵³ « Report of the Commission on the work of the second part of its seventeenth Session » (Doc Nu A/6309/Rev.1) dans *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol 2, New York, UN, 1967, 169 à la p 220 (A/CN.4/SER.A/1966/Add 1).

²⁵⁴ Giorgio Gaja, « Trattati Internazionali » (1999) 15 DDP 344 aux pp 355-356, tel que cité dans Eirik Bjorge, « The Vienna Rules, Evolutionary interpretation and the Intention of the Parties » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 189, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0009>.

lors de son témoignage dans l'affaire *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic* :

86. [...] Intention is not a concept that is used by the Vienna Convention on the law of treaties. It refers to the text of the Treaty, more specifically in accordance with the ordinary meaning given to the terms of the Treaty, or, to put it differently, intention is relevant to the extent that it is expressed in the terms of the Treaty, no more, no less.²⁵⁵

Le Tribunal arbitral entérina cette approche en précisant :

88. In the circumstances, the Tribunal holds that, there is no room for any presumed intention of the Contracting Parties to a bilateral treaty, as an independent basis of interpretation; because this opens up the possibility of an interpreter (often, with the best of intentions) altering the text of the treaty in order to make it conform better with what he (or she) considers to be the treaty's "true purpose".²⁵⁶

Pourtant, le consentement des États et la recherche de leur volonté sont le fil d'Ariane qui doit guider toute interprétation d'un traité. Un texte n'existe que par ses auteurs, et n'est que le vecteur de l'intention des parties. Les instruments d'interprétation ne visent en effet qu'à faire ressortir cette intention²⁵⁷. L'organe d'appel de l'OMC a d'ailleurs souligné l'importance de rechercher la volonté commune des parties dans l'affaire *Communautés européennes-Classement tarifaire de certains matériels informatiques* lorsqu'il rappela que :

84. Le but de l'interprétation des traités conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne est d'établir les intentions communes des parties. Ces intentions communes ne peuvent pas être établies sur la base des « attentes »

²⁵⁵ *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic* (2008), ICSID Case No ARB/04/14 au para 86 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Fali S Nariman, Dr Santiago Torres Bernárdez et Prof Piero Bernardini) [*Wintershall*].

²⁵⁶ *Ibid* au para 88.

²⁵⁷ Boré Eveno, Valérie, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 2004 à la p 223 [non publiée], en ligne (pdf) : [hal <hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581/document>](http://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581/document).

subjectives et déterminées de manière unilatérale d'une des parties à un traité.²⁵⁸

Certes, lorsqu'un terme est clair et sans équivoque, il y a, le plus souvent, convergence entre le texte du traité et la volonté étatique. Il en est autrement face à un vocable polysémique ou ambigu comme c'est le cas avec le traitement juste et équitable. La définition du terme n'étant pas d'une grande utilité, la manifestation de la volonté des États et la détermination des engagements consentis par ces derniers doivent être recherchées. Les travaux préparatoires constituent alors un précieux outil en matière d'interprétation, car ils permettent de saisir les circonstances dans lesquelles un traité a été conclu²⁵⁹ et de circonscrire la portée de l'engagement que l'État a voulu consentir. La Convention de Vienne y fait d'ailleurs référence à l'article 32 comme suit :

MOYENS COMPLÉMENTAIRES D'INTERPRÉTATION

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.²⁶⁰

On entend par travaux préparatoires les « manifestations d'opinion, exposés de fait et déclaration d'intention émanant de représentants ou organismes des Parties Contractantes et relatifs au traité en question, depuis l'ouverture des négociations jusqu'à la signature, et, à certains points de vue secondaires, jusqu'à la

²⁵⁸ *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plaintes des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R au para 84 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS62/AB/R&Language=French&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true>.

²⁵⁹ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international Public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 286.

²⁶⁰ *Convention de Vienne*, supra note 223 art 32.

ratification »²⁶¹. Ces travaux peuvent donc revêtir plusieurs formes notamment des *discussions exploratoires visant la négociation*²⁶² ou des *évaluations environnementales initiales (EEI)*²⁶³ rendues publiques à des fins de consultation et des déclarations étatiques conjointes qui éclairent sur les orientations et les objectifs visés par les États parties. La possibilité d'avoir recours aux travaux préparatoires d'un traité confirme la place qu'occupe la recherche de la volonté des parties dans l'interprétation de celui-ci. L'importance de déterminer cette volonté a été exprimée à diverses occasions par la Cour permanente de justice notamment dans l'affaire *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c/ Islande)* qui rappela que l'historique des négociations pouvait faire « ressortir que l'intention véritable des parties était de donner au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne les mêmes assurances que celles qui avaient été fournies au Royaume-Uni » [nos italiques]²⁶⁴. Malgré cela, les travaux préparatoires demeurent un instrument sous-utilisé en droit de l'investissement. Ainsi, une étude menée par O. Fauchald a permis de constater que sur 98 sentences analysées, seules 25 d'entre elles faisaient référence aux travaux préparatoires, et que même dans ces cas l'analyse ne portait pas sur l'interprétation des droits substantiels²⁶⁵. Une autre étude menée par Vasani Baiju S et

²⁶¹ Lauterpacht, « Interprétation », *supra* note 228 aux pp 709, 779.

²⁶² Discussions exploratoires en vue d'un possible accord de libre-échange Canada-ANASE, Discussions exploratoires pour un possible accord de libre-échange entre le Canada et la Chine, Discussions exploratoires visant la négociation d'un accord de libre-échange entre le Canada et les Philippines; Discussions exploratoires visant la négociation d'un accord de libre-échange entre le Canada et la Thaïlande, Discussions préliminaires au sujet des relations commerciales Canada-Turquie. En ligne : <international.gv.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>.

²⁶³ *Évaluation environnementale initiale de l'Accord sur la protection des investissements étrangers Canada-Inde*, en ligne <international.gv.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/india-inde/ea-canindia-caninde.aspx?lang=fra>.

²⁶⁴ *Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande)*, [1973] CIJ Rec 49 au para 23, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/56/056-19730202-JUD-01-00-FR.pdf>. Voir aussi l'*Affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal)*, [1991] CIJ Rec 53 aux para 53-54, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/142/142-20111205-JUD-01-00-FR.pdf>.

²⁶⁵ Fauchald, *supra* note 225 à la p 349.

Anastasiya Ugale²⁶⁶ révéla, pour sa part, que seulement 46 sentences firent mention des travaux préparatoires au cours de la période s'étalant de 2008 à 2013²⁶⁷. Certains justifieront cette tendance par le manque d'accessibilité de ces travaux²⁶⁸ ou par le fait que les traités d'investissements reproduisent simplement le modèle type de l'un des États signataires²⁶⁹, mais cet argument ne suffit pas à écarter l'importance de tenir compte de l'intention des États. Au contraire, en matière d'interprétation du traitement juste et équitable, et compte tenu des limites de l'approche textuelle, les travaux préparatoires permettraient de déterminer le sens que les États ont voulu accorder à cette notion, ou de « confirmer une interprétation obtenue par d'autres moyens »²⁷⁰. Or, force est de constater que les arbitres ne requièrent pas des investisseurs de démontrer que l'intention de l'État d'accueil était de consentir à protéger leurs attentes raisonnables en vertu de la clause de traitement juste et équitable. Aucun des investisseurs ne s'est d'ailleurs prévalu des travaux préparatoires pour soutenir un argumentaire en ce sens. Certes les États peuvent être réticents à fournir ces travaux préparatoires, et l'investisseur ne peut dès lors les obtenir. Pourtant, dans certaines circonstances, notamment dans l'affaire *Orascom*

²⁶⁶ Vasani et Ugale, *supra* note 230 à la p 168.

²⁶⁷ Ce chiffre inclut les sentences arbitrales où le Tribunal arbitral fait état de l'absence de travaux préparatoires.

²⁶⁸ *Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia* (2005), ICSID Case No ARB/02/3 au para 274 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : David D Caron, José Luis Alberro-Semerena et Henri C Alvarez); *Perenco Ecuador Ltd v Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (2011), ICSID Case No ARB/08/6 aux para 92-95 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Peter Tomka, Neil Kaplan et J Christopher Thomas) tel que cité dans Rudolf Dolzer et Christoph H Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 31, DOI : <10.1093/law/9780199651795.001.0001>.

²⁶⁹ « [...] many times, in fact in the majority of times, BITs are among clauses of treaties that are not properly negotiated. BITs are very often pulled out of a drawer, often on the basis of some sort of a model, and are put forward on the occasion of state visits when the heads of states need something to sign, and the typical two candidates in a situation like that are Bilateral Investment Treaties, and treaties for cultural co-operation. In other words, they are very often not negotiated at all, they are just being put on the table, and I have heard several representatives who have actually been active in this Treaty-making process, if you can call it that, say that, "We had no idea that this would have real consequences in the real world". » *Wintershall, supra* note 255 au para 85 (lettre au tribunal du prof Schreuer à la p 144).

²⁷⁰ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 259 à la p 286.

*TMT Investments Sà rl v People's Democratic Republic of Algeria*²⁷¹ l'investisseur, qui alléguait une certaine interprétation du terme « siège social », avait pu obtenir de la Belgique la production des travaux préparatoires du traité avec l'Algérie pour confirmer son interprétation²⁷². Les travaux préparatoires, lorsque disponibles, sont un moyen d'interprétation complémentaire non négligeable lorsque le sens ordinaire des termes du traité et que le contexte ou le but de celui-ci ne suffisent pas à éclairer le Tribunal. Ils ont donc toute leur place en matière d'interprétation du traitement juste et équitable compte tenu précisément des limites de l'interprétation littérale, ainsi que des réserves que l'on peut émettre quant à l'interprétation que font les tribunaux arbitraux du but et de l'objet du traité.

3.1.3 L'interprétation téléologique des traités d'investissement

Rappelons que l'article 31 de la Convention de Vienne prévoit qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. [...] Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus[...] ». La recherche du but et de l'objet du traité, soit son interprétation téléologique, repose ainsi sur la recherche de l'économie générale du traité, son « but rationnel »²⁷³, son *télos* ou sa finalité²⁷⁴, La Cour internationale de Justice y a référé à certaines occasions, notamment dans l'affaire des *plates-formes pétrolières* :

²⁷¹ *Orascom TMT Investments Sà rl v People's Democratic Republic of Algeria* (2017), ICSID Case No ARB/12/35 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Albert Jan van den Berg et Prof Brigitte Stern) [*Orascom*]. Voir aussi *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation* (2014), PCA Case No 2005/05AA228 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Dr Charles Poncet et Juge Stephen M Schwebel) [*Veteran*]; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation* (2014), PCA Case No 2005-04/AA227 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Dr Charles Poncet et Juge Stephen M Schwebel) [*Yukos*].

²⁷² *Orascom*, *supra* note 271 au para 210.

²⁷³ Bachand, Rémi, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XX^e siècle » (2006) [2006]:1 Rev b dr Intern 173 à la p 189.

27. L'article premier [du traité d'amitié entre les États-Unis et l'Iran] dispose qu'« [il] y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les deux États contractants ». La Cour estime qu'une formulation (aussi) générale ne saurait être interprétée indépendamment de l'objet et du but du traité dans lequel elle est insérée.²⁷⁵

Certains auteurs, dont C. de Visscher, soulèvent néanmoins des préoccupations quant au rôle prépondérant qui pouvait être accordé à l'objet et le but du traité²⁷⁶.

En matière de litige arbitral, la jurisprudence arbitrale foisonne de sentences qui ont conclu à l'existence d'une protection des attentes raisonnables en se basant sur le but et l'objet du traité. Les tribunaux arbitraux s'appuient plus particulièrement sur le préambule des traités d'investissement. Ainsi, le Tribunal dans l'affaire *Mtd c Chili* souligna :

113. As regards the object and purpose of the BIT, the Tribunal refers to its Preamble²⁷⁷ where the parties state their desire “to create favourable conditions

²⁷⁴ Linderfalk, Ulf, « On the Meaning of the Object and Purpose Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19 » (2003) 72:4 *Nordic J Intl L* 429 à la p 442, DOI : <10.1163/157181003772759476>.

²⁷⁵ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique)*, [1996] CIJ Rec 803 au para 27, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-FR.pdf>.

²⁷⁶ Charles de Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, Paris, Pedone, 1963 à la p 17

²⁷⁷ Le préambule en cause est celui de la *Convenio entre el gobierno de la Republica de Chile y el gobierno de Malasia sobre la promocion y proteccion de las inversiones*. Promulgation du BIT de 1992 en 1995, en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/690/download>.

« Deseando desarrollar e intensificar una cooperación económica e industrial sustentada en el largo plazo y, en particular, que cree condiciones favorables para las inversiones por parte de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante; Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones por parte de los inversionistas de ambas Partes Contratantes y de estimular el flujo de inversiones y la iniciativa comercial individual con miras a la prosperidad económica de ambas Partes Contratantes »

« Désireux de développer et d'intensifier une coopération économique et industrielle à long terme et, en particulier, de créer des conditions favorables à l'investissement pour les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante; Reconnaisant la nécessité de protéger les investissements des investisseurs des deux parties contractantes et de stimuler les flux

for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”, and the recognition of “the need to protect investments by investors of both Contracting Parties and to stimulate the flow of investments and individual business initiative with a view to the economic prosperity of both Contracting Parties”.²⁷⁸

Il en est de même dans l’affaire *Occidental Exploration v Ecuador*, dans laquelle l’investisseur alléguait que l’Équateur avait contrevenu au traitement juste et équitable en frustrant ses attentes légitimes. Le Tribunal, souscrivant aux arguments du plaignant souligna ce qui suit :

183. Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble²⁷⁹ clearly records the agreement of the parties that such treatment "is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment.²⁸⁰

Le même raisonnement fut tenu dans l’affaire *Kardassopoulos v Georgia*²⁸¹ lors de laquelle le Tribunal conclut que, selon le préambule, le traité incarnait une volonté

d’investissements et les initiatives commerciales individuelles en vue de la prospérité économique des deux parties contractantes, les Parties conviennent de ce qui suit [...] » [notre traduction].

²⁷⁸ *MTD*, *supra* note 90 au para 113.

²⁷⁹ *Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* (entrée en vigueur le 27 août 1993 – dénoncée le 11 mai 1997).

<investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1065/download>.

« The United States of America and the Republic of Ecuador (hereinafter the "Parties"); Desiring to promote greater economic cooperation between them, with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party; Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the *economic development of the Parties*; Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources; Recognizing that the development of economic and business ties can contribute to the wellbeing of workers in both Parties and promote respect for internationally recognized worker rights; and Having resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment [...]. » [nos italiques]

²⁸⁰ *Occidental Exploration*, *supra* note 90 au para 183.

²⁸¹ *Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia* (2010), ICSID Case No ARB/05/18 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof Francisco Orrego Vicuña et Prof Vaughan Lowe) [*Kardassopoulos*]. Voir aussi *Fuchs*, *supra* note 170.

d'intensifier la coopération économique entre les deux États et de créer un climat d'affaires favorable aux investissements, ce qui pouvait générer des attentes légitimes de stabilité du cadre juridique. Le raisonnement du Tribunal fut le suivant :

432. The Treaty's preamble sets out its object and purpose as follows: "The Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Georgia (referred to hereinafter as the "Contracting Parties") DESIRING to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both countries, INTENDING to create favorable conditions for greater investments by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, and, RECOGNIZING that the promotion and reciprocal protection of investments on the basis of the present Agreement will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both states."

433. The standard of FET in Article 2(2) must therefore be understood in the context of this aim of encouraging the inflow and retention of foreign investment. As the Saluka Tribunal explained, such provisions form the basis for an investor's decision to invest— or not – in a particular territory.²⁸²

Par ailleurs, dans l'affaire *Saluka Investments BV v The Czech Republic*²⁸³, le Tribunal conclut simplement :

293. Bilateral investment treaties, however, are designed to promote foreign direct investment as between the Contracting Parties; in this context, investors' protection by the "fair and equitable treatment" standard is meant to be a guarantee providing a positive incentive for foreign investors. Consequently, in order to violate the standard, it may be sufficient that States' conduct displays a relatively lower degree of inappropriateness.

L'interprétation téléologique a enfin été systématique dans la série de sentences arbitrales rendues contre l'Argentine²⁸⁴. Globalement, les arbitres y ont eu recours

²⁸² *Kardassopoulos*, *supra* note 281 aux para 432-433. Voir aussi *Fuchs*, *supra* note 170.

²⁸³ *Saluka*, *supra* note 27 au para 293.

²⁸⁴ *CMS*, *supra* note 90; *LG&E*, *supra* note 90; *Siemens AG v The Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/02/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Juge Charles N Brower et Prof Domingo Bello Janeiro) [*Siemens*]; *Enron*, *supra* note 90; *National Grid*, *supra* note 168; *AWG*, *supra* note 244; *Teinver SA, Transportes de Cercanías*

dans de nombreuses sentences²⁸⁵ afin d'y déceler une forme d'« engagement » de l'État d'accueil de créer un environnement favorable à l'investisseur²⁸⁶, de maintenir un cadre juridique stable²⁸⁷ de renforcer la coopération entre les deux États²⁸⁸. Ces propos liminaires auraient alors eu pour effet de générer des attentes raisonnables auprès des investisseurs, et d'engager la responsabilité de l'État en vertu du traitement juste et équitable.

Bien qu'elle représente une méthode d'interprétation de droit international, la démarche téléologique ne permet pas, selon nous, de justifier l'existence d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Dans un premier temps, l'analyse des tribunaux se fait le plus souvent sous le prisme de la préservation des intérêts de l'investisseur et postule que les traités d'investissement ont pour seuls objet ou but d'attirer les investisseurs. Or les traités d'investissement présentent une double finalité : celle d'accorder une protection internationale aux ressortissants d'un État lorsqu'ils investissent à l'étranger (ce qui s'inscrit dans la même logique que la protection diplomatique), mais également celle de bénéficier, en tant qu'État d'accueil, de retombées économiques, sociales et/ou environnementales positives autrement dit, accroître sa prospérité économique et sociale. Dès lors, « la protection de l'investissement apparaît comme un principe "accessoire" suivant la finalité "principale" du développement économique des États »²⁸⁹. Dans tous les cas, les préambules sont davantage l'expression d'un vœu commun de favoriser les

SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic (2017), ICSID Case No ARB/09/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Thomas Buergenthal, Henri C Alvarez et Dr Kamal Hossain) [*Teinver*].

²⁸⁵ *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic* (2008), LCIA Case No UN 7927 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : R Doak Bishop, Bernardo Cremades et Prof Francisco Orrego Vicuña) [*Société Générale*]. Voir aussi *Micula*, *supra* note 67 au para 510.

²⁸⁶ *MTD*, *supra* note 90.

²⁸⁷ *Occidental Exploration*, *supra* note 90.

²⁸⁸ *Kardassopoulos*, *supra* note 281. Voir aussi *Fuchs*, *supra* note 170.

²⁸⁹ Yannick Radi, *La standardisation et le droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013 à la p 321.

investissements, d'offrir des conditions propices aux investisseurs, mais également la prospérité économique aux deux Parties²⁹⁰. Lorsque cet équilibre est rompu, les traités d'investissement peuvent alors avoir des effets contraires à ceux recherchés. Par ailleurs, affirmer qu'un traité d'investissement vise à promouvoir l'investissement est une lapalissade et omet de tenir compte du développement économique qui constitue, ultimement, le leitmotiv de tous les traités d'investissement. P.-M. Dupuy et Yann Kerbat rappellent à ce propos : « On aurait par conséquent tort de croire que le droit international des investissements sera nécessairement destiné à agir en sens unique en protégeant exclusivement l'investisseur contre l'État d'accueil »²⁹¹. Notons que la notion de prospérité étatique est récurrente dans les préambules, au même titre que la protection des investisseurs. À titre d'exemple l'ACEUM énonce dans son préambule la nécessité d'assurer à l'investisseur un cadre juridique stable et transparent, de favoriser la bonne gouvernance, mais souligne également l'importance de protéger les droits des travailleurs, d'accroître la participation des peuples autochtones et promouvoir l'égalité d'accès des femmes et leur participation au commerce international²⁹².

Pourtant, hormis quelques exceptions²⁹³, les tribunaux arbitraux ne font pas grand cas des deux objectifs du traité d'investissement, du moins ne leur accordent pas le même poids. Ce constat confirme alors que l'interprétation téléologique est « bien souvent

²⁹⁰ *MTD*, *supra* note 90; *Kardassopoulos*, *supra* note 281.

²⁹¹ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbat, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2008 à la p 772.

²⁹² *Accord Canada-États Unis-Mexique* (ACEUM), 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) au préambule.

²⁹³ « Economic development is an objective which must benefit all, primarily national citizens and national companies, and secondarily foreign investors. Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy. And local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest. » *Lemire*, *supra* note 89 (Decision on Jurisdiction and Liability au para 273).

influencée par la subjectivité du tribunal »²⁹⁴ et que l'interprétation des tribunaux serait en général favorable aux investisseurs²⁹⁵. Certains tribunaux arbitraux n'ont d'ailleurs pas occulté leur inclinaison en faveur des investisseurs, notamment dans l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines* à l'occasion de laquelle le Tribunal exprima comme suit :

116. The object and purpose of the BIT supports an effective interpretation of Article X(2). The BIT is a treaty for the promotion and reciprocal protection of investments. According to the preamble it is intended “to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other”. *It is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.* [nos italiques]²⁹⁶

D'aucuns estiment d'ailleurs que le caractère sibyllin des normes édictées dans les traités d'investissement permet aux tribunaux arbitraux de donner corps à des normes et d'en générer au-delà de ce qui était initialement prévu par les États signataires²⁹⁷ au détriment des pays les moins développés lesquels sont, la plupart du temps, les défendeurs dans les arbitrages internationaux²⁹⁸.

²⁹⁴ Bachand, « Interprétation juridictionnelle », *supra* note 273.

²⁹⁵ Schreuer, Christoph H, « Diversity and Harmonization of Treaty interpretation in Investment arbitration » dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010, 129 à la p 131.

²⁹⁶ *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines* (2004), ICSID Case No ARB/02/6 au para 116 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Ahmed S El-Kosheri, Prof James Crawford et Prof Antonio Crivellaro).

²⁹⁷ Sundaresh Menon, « The Transnational Protection of Private Rights. Issues, Challenges, and Possible Solutions » dans David D Caron et al, dir, *Practising Virtue. Inside International arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 17 à la p 33, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198739807.003.0002>.

²⁹⁸ Voir le Investment Dispute Settlement Navigator, *supra* note 188. En consultant ce moteur de recherche le 10 mars 2020, on pouvait en effet constater que les demandeurs proviennent le plus souvent de pays économiquement plus développés – par exemple l'Autriche (24 affaires), l'Italie (38), le Luxembourg (41), le Canada (50), la France (50), l'Allemagne (64), la Grande-Bretagne (83), les Pays-Bas (110) et les États-Unis (178). Inversement on constatait que les défendeurs sont principalement des pays du Sud ou des économies émergentes – par exemple le Venezuela (48 affaires), l'Ukraine (25), la Pologne (30), l'Inde (24), l'Égypte (34), la République tchèque (38) et l'Argentine (31).

En tout état de cause, il est rare que les traités aient un but unique, mais comportent une variété d'objets qui peuvent être eux-mêmes concurrents²⁹⁹. Cette double finalité ressort de certains traités, notamment du modèle canadien de 2004³⁰⁰, qui souligne expressément l'importance de réaliser des objectifs non économiques tel que le développement durable³⁰¹. Les préambules font ainsi référence à une protection globale des droits publics et privés³⁰². De plus, les préambules réfèrent exceptionnellement à des droits substantiels et leur valeur normative est incertaine³⁰³. C'est du moins ce qu'a révélé une étude menée par Chester Brown en 2013³⁰⁴. Ce dernier, en effet, s'est penché sur 17 modèles de traités bilatéraux d'investissements. Seul le préambule du modèle des Pays-Bas de 2004 citait expressément le traitement juste et équitable³⁰⁵.

²⁹⁹ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd, Manchester, Manchester University Press, 1984 à la p 30. Voir également *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al)* (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : [OMC <docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds58/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>](http://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds58/ab/r*%20not%20rw*)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#>).

³⁰⁰ Le modèle canadien de 2004 énonce : « Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development ». Affaires mondiales Canada, *supra* note 54.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Tarcisio Gazzini, *Interpretation of international Investment Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2016 à la p 158.

³⁰³ August Reinisch, « Austria » dans Chester Brown, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 15 à la p 20.

³⁰⁴ Chester Brown, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

³⁰⁵ « DESIRING to strengthen their traditional ties of friendship and to extend and intensify the economic relations between them, particularly with respect to investments by the nationals of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, RECOGNISING that agreement upon the treatment to be accorded to such investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting Parties and that fair and equitable treatment of investments is desirable ». Modèle 2004 des Pays-Bas, comme cité dans Brown, *supra* note 304 à la p 548.

Les préambules font effectivement état des grandes orientations des parties, et nous éclairent sur le contexte de la signature du traité. Pourtant, bien qu'il soit rédigé en termes généraux, il se voit désormais conférer, par les tribunaux arbitraux, la valeur d'une disposition spécifique³⁰⁶, ou du moins élevé au rang d'un engagement étatique spécifique pouvant générer des attentes raisonnables. Pourtant, le Tribunal rappela, dans l'affaire *Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic*³⁰⁷, que le préambule ne pouvait conférer des droits substantiels aux dispositions du traité³⁰⁸. Z. Douglas a d'ailleurs mis en garde contre les dérives possibles en mentionnant : « To invoke a policy based upon the preambular statements to resolve a concrete dispute is often to substitute a speculative discourse for principled arguments. »³⁰⁹ Gardiner abonda dans le même sens concluant que le recours au préambule doit se faire avec circonspection dans la mesure où il n'est pas toujours rédigé de manière claire et qu'il nécessite parfois sa propre interprétation³¹⁰. Le Tribunal nota également dans l'affaire *Plama v Bulgaria* :

193. [H]ere, the Tribunal is mindful of Sir Ian Sinclair's warning of the "risk that the placing of undue emphasis on the 'object and purpose' of a treaty will encourage teleological methods of interpretation [which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties."³¹¹

Les risques d'une telle approche avaient déjà été évoqués par la Cour permanente de justice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain* qui s'exprima comme suit :

On peut faire valoir que la Cour serait fondée à combler des lacunes en application d'un principe téléologique d'interprétation aux termes duquel il

³⁰⁶ Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 192.

³⁰⁷ *Société Générale*, *supra* note 285. Voir aussi *Micula*, *supra* note 67 au para 510.

³⁰⁸ *Société Générale*, *supra* note 285 au para 32.

³⁰⁹ Douglas, Zachary, *The International Law Investment claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 à la p 84.

³¹⁰ Gardiner, *supra* note 306 à la p 192.

³¹¹ Sinclair, *supra* note 299 à la p 130, tel que cité dans *Plama*, *supra* note 71 (decision on jurisdiction au para 193).

faudrait donner aux instruments leur effet maximum en vue d'assurer l'accomplissement de leurs objectifs fondamentaux. Il n'y a pas lieu de discuter dans le présent arrêt d'un principe dont la portée exacte est fortement sujette à controverse, car ce principe ne saurait évidemment s'appliquer en des circonstances où la Cour devrait sortir du domaine que l'on peut normalement considérer comme celui de l'interprétation pour entrer dans celui de la rectification ou de la révision. *On ne saurait présumer qu'un droit existe simplement parce que son existence peut paraître souhaitable.* [nos italiques]³¹²

En somme, la lecture faite par les tribunaux arbitraux du préambule des traités ne permet pas de clarifier le lien établi entre le traitement juste et équitable et la protection des attentes raisonnables, car cette lecture est sélective, adopte un angle unique favorable à l'investisseur et fait fi des motivations de l'État d'accueil à s'engager sur le plan international. Les traités d'investissement s'inscrivent certes dans la perspective de promouvoir les investissements, mais visent également un objectif de prospérité économique et sociale, ce qui implique la possibilité pour l'État de prendre toutes les mesures d'intérêt public en ce sens. Il est difficilement concevable qu'un État puisse s'engager à limiter ses pouvoirs régaliens. Une interprétation téléologique qui repose dès lors sur l'existence d'un objectif unilatéral du traité d'investissement ne peut donc être que remise en question.

3.2 La règle de *l'effet utile*

La règle de *l'effet utile* ou *effectiveness*, telle que traduite dans nombre de sentences³¹³, n'est pas en soi une méthode d'interprétation expressément énoncée aux

³¹² *Affaire du Sud-Ouest africain, deuxième phase*, [1966] CIJ Rec 6 au para 91, en ligne (pdf) : <http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-FR.pdf> [*Sud-Ouest africain*].

³¹³ « 177- The Tribunal also notes that the principle of effectiveness (effet utile) is broadly accepted as a fundamental principle of treaty interpretation. This principle requires that provisions of a treaty be read together and that “every provision in a treaty be interpreted in a way that renders it meaningful

articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, mais constitue néanmoins une réalité dans la pratique arbitrale et joue « un rôle subsidiaire dans la détermination de l'intention des parties ». ³¹⁴ Cette règle, largement défendue par Anzilotti ³¹⁵ et Castberg ³¹⁶, permet d'établir un sens juridiquement valable aux termes du traité et de lui donner effet. Elle postule que chaque terme présente une utilité et doit être analysé en ce sens ³¹⁷, mais ne doit pas être confondue avec le principe d'effectivité en droit international ³¹⁸. Selon Charles de Visscher : « les clauses d'un traité doivent non

rather than meaningless (or inutile) .” » *The Renco Group Inv v Republic of Peru I* (2014), ICSID Case No UNCT/13/1 (Decision as to the Scope of the Respondent Preliminary Objections under Article 10.20.4 au para 177) (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Dr Michael J Moser, Hon L Yves Fortier et Toby T Landau). Voir aussi *Asian*, *supra* note 231; *Banro American Resources, Inc and Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL v Democratic Republic of the Congo* (2000), ICSID Case No ARB/98/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Carveth Harcourt Geach, Alioune Diagne et Prosper Weil); *Empresas Lucchetti, SA and Lucchetti Peru, SA v The Republic of Peru* (2005), ICSID Case No ARB/03/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Thomas Buergenthal, Dr Bernardo M Cremades et Jan Paulsson); *Wintershall*, *supra* note 255; *Venezuela Holdings, BV, et al v Bolivarian Republic of Venezuela* (2014), ICSID Case No ARB/07/27 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Dr Ahmed Sadek El-Kosheri) [*Venezuela Holdings*]; *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic* (2016), ICSID Case No ARB/07/26 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Andreas Bucher, Prof Pedro J Martinez-Fraga et Prof Campbell McLachlan) [*Urbaser*]; *Garanti Koza LLP v Turkmenistan* (2016), ICSID Case No ARB/11/20 (opinion dissidente de Laurence Boisson de Chazournes) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : John M Townsend, George Constantine Lambrou et Laurence Boisson de Chazournes); *Postova banka, AS and ISTROKAPITAL SE v Hellenic Republic* (2014), ICSID Case No ARB/13/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Eduardo Zuleta, Prof Brigitte Stern et John M Townsend); *Beijing Urban Construction Group Co Ltd v Republic of Yemen* (2017), ICSID Case No ARB/14/30 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Ian Binnie, Prof Zachary Douglas et John M Townsend); *GPF GP Sàrl v Republic of Poland* (2020), SCC Case No V 2014/168 153 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kahler, David A R Williams et Prof Philippe Sands).

³¹⁴ *PNG Sustainable Development Program Ltd v Independent State of Papua New Guinea* (2015), ICSID Case No ARB/13/33 au para 304 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Gary Born, Hon Duncan Kerr et Dr Michael Pryles) [*PNG*].

³¹⁵ Dionisio Anzilotti, Cours de droit international, Premier volume, Introduction, Théorie générale, Recueil Sirey, Paris 1929 à la p 113. Voir aussi Publications de la V.P.J.I. série A/B no 50, à la p 383.

³¹⁶ Castberg, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tome 43 à la p 330.

³¹⁷ Gardiner, *supra* note 306 aux pp 66-68.

³¹⁸ Malgosia Fitzmaurice et Panos Merkouris, « Canons Of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From The World Trade Organization And The North American Free Trade Agreement » dans Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010, 153.

seulement être envisagées dans leur ensemble, mais encore s'interpréter de façon à éviter, autant que possible, de priver aucune d'elles de son effet utile au bénéfice des autres. »³¹⁹

La règle de l'*effet utile* a été résumée dans l'affaire *Canada – mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* en ces termes :

La tâche de celui qui interprète le traité est d'établir un sens juridiquement valable pour les termes du traité et de lui donner effet. Le principe fondamental applicable de l'effet utile est que celui qui interprète un traité n'est pas libre d'adopter un sens qui aurait pour résultat de rendre redondantes ou inutiles des parties du traité.³²⁰

Bien que constituant un outil complémentaire en matière d'interprétation des clauses d'un traité, le Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock exprima, déjà à l'époque, certaines réserves soulignant que la règle de l'*effet utile* présentait un risque d'interprétation extensive ou téléologique³²¹. Sir Lauterpacht mis également en garde contre les risques inhérents à l'application de cette règle en précisant que :

« le principe *ut res magis quam pereat* ne signifie pas qu'il faille donner le maximum d'effet utile à un instrument ayant pour objet de créer une obligation internationale; il signifie qu'il faut lui donner le maximum d'effet utile qui soit compatible avec l'intention — l'intention commune — des parties. »³²²

La règle de l'*effet utile* peut ainsi favoriser une interprétation subjective susceptible de s'écarter de l'usage ordinaire du terme³²³ et contribuer ainsi à l'émergence d'une

³¹⁹ *Sud-Ouest africain*, *supra* note 312 (avis consultatif de Charles de Visscher à la p 187).

³²⁰ Organe d'appel de l'OMC au Canada – mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers WT/DS103/AB/R 13 octobre 1999 para 133

³²¹ Humphrey Waldock, « Troisième rapport sur le droit des traités » (Doc NU A/CN.4/167 et Add.1 à 3) dans *Annuaire de la Commission du Droit International 1964*, vol 2, New York, NU, 1965 à la p 62 (A/CN.4/SER.A/1964/ADD.1), en ligne (pdf) : *OLC* <legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1964_v2.pdf>.

³²² Sir H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, Stevens, 1958 à la p 229, tel que cité dans Waldock, *supra* note 321 à la p 62.

³²³ Weeramantry, *supra* note 224 à la p 68.

nouvelle norme. D'ailleurs, dans l'affaire *CEMEX Caracas Investments BV and CEMEX Caracas II Investments BV v Bolivarian Republic of Venezuela*, le Tribunal rappela que « ce principe ne requiert pas qu'un maximum d'effet soit attribué à un texte, il exclut simplement les interprétations qui priverait ce texte de sens » [notre traduction]³²⁴.

En matière arbitrale, un certain nombre de sentences ont appliqué la règle de *l'effet utile* de manière explicite pour déterminer la compétence juridictionnelle du Tribunal arbitral³²⁵, donner effet à une disposition du traité³²⁶, ou distinguer entre deux standards³²⁷. En revanche, cette règle n'a pas été expressément appliquée pour justifier l'inclusion de la protection des attentes raisonnables dans la clause de traitement juste et équitable, mais tacitement pour en élargir la portée et lui attribuer un contenu qui se distingue de la norme minimale de traitement ou de la clause de pleine et entière protection et ce sans pour autant s'assurer que cela soit compatible avec l'intention commune des parties.

³²⁴ « 114. In this respect one must recall that this principle does not require that a maximum effect be given to a text. It only excludes interpretations which would render the text meaningless, when a meaningful interpretation is possible. » *CEMEX Caracas Investments BV and CEMEX Caracas II Investments BV v Bolivarian Republic of Venezuela* (2010), ICSID Case No ARB/08/15 au para 114 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Prof Georges Abi-Saab et Robert B von Mehren).

³²⁵ Voir notamment *Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic* (2004), ICSID Case No ARB/97/4 (Decision on Objections to Jurisdiction) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Hans van Houtte, Prof Piero Bernardini et Prof Andreas Buche); *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan* (2003), ICSID Case No ARB/01/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Florentino P Feliciano, André Faurès et J Christopher Thomas) [*SGS* 2003]; *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v The Hashemite Kingdom of Jordan* (2006), ICSID Case No ARB/02/13 (decision on jurisdiction) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Bernardo Cremades et Ian Sinclair) [*Salini*].

³²⁶ PNG, *supra* note 314.

³²⁷ *Joseph Houben v Republic of Burundi* (2016), ICSID Case No ARB/13/7 au para 156 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Yas Banifatemi et Prof Brigitte Stern).

Bien au contraire, si nous appliquons la règle de l'*effet utile*, nous devons d'une part supposer que l'État ne peut avoir voulu renoncer à légiférer sur son territoire et d'autre part, lorsque la protection des attentes raisonnables est énoncée dans la clause de l'expropriation indirecte, celle-ci ne présente aucune utilité à être incluse dans celle du traitement juste et équitable autre que celle de favoriser indûment l'investisseur en écartant les critères de dépossession inhérents à l'expropriation.

3.3 La règle *in dubio mitius* : grande oubliée des tribunaux arbitraux

L'interprétation extensive ou restrictive constitue, en marge des méthodes d'interprétation conventionnelles, une technique utilisée en cas de flou ou de doute sur la portée d'une clause³²⁸. Le caractère subsidiaire de cette technique a d'ailleurs été souligné par la Cour permanente de justice dans *l'Avis consultatif du 16 mai 1925 sur le service postal polonais à Dantzig*³²⁹. Le choix entre une interprétation extensive ou restrictive sera déterminant quant à la portée que l'on accordera à la clause du traitement juste et équitable. Ainsi, deux tendances s'opposent quant à l'interprétation que l'on peut accorder aux clauses dites ambiguës. La première estime que tout engagement de l'État doit être considéré comme une exception à sa souveraineté et que les clauses d'un traité devraient dès lors être interprétées restrictivement³³⁰. G. Berlia estime d'ailleurs que tant l'interprétation restrictive qu'extensive doivent tenir compte de la souveraineté de l'État et de son consentement à s'engager³³¹. Une autre, préconise une interprétation extensive des traités, c'est le

³²⁸ Berlia, *supra* note 228 à la p 313.

³²⁹ *Service postal polonais à Dantzig* (1925), Avis consultatif, CPJI (série B) n° 11.

³³⁰ Appellate Body Report, EC – Hormones, au para 165.

³³¹ Berlia, *supra* note 228 à la p 312.

cas notamment de C. Schreuer pour qui l'interprétation restrictive des clauses du traité est inappropriée³³².

Pourtant, l'interprétation restrictive, connue également sous le vocable de *in dubio mitius*, a été privilégiée par la Cour Permanente de Justice dans *l'Avis relatif à la frontière turco-iranienne* en ces termes :

[...] si le texte d'une disposition conventionnelle n'est pas clair, il y a lieu, en choisissant entre plusieurs interprétations possibles, de retenir celle qui comporte le minimum d'obligations pour les Parties. Cette idée peut être admise comme juste.³³³

La nécessité de limiter la responsabilité de l'État lorsque la disposition est plurivoque a également été évoquée par l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dans l'affaire *EC-Hormones*, qui mentionnait que l'interprétation restrictive :

est utilisée dans l'interprétation des traités par égard à la souveraineté des États. Si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation, ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale.³³⁴

Se prononçant plus précisément sur la protection des attentes raisonnables en matière de commerce international, l'organe d'appel de l'OMC a conclu que l'introduction de ce concept était incompatible avec les règles d'interprétation en droit international public, en mentionnant :

45. [...] Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31

³³² Schreuer, « Diversity », *supra* note 295 à la p 134.

³³³ *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (1925)*, Avis consultatif, CPJI (série B) n° 12.

³³⁴ Appellate Body Report, *EC – Hormones*, au para 165.

de la Convention de Vienne. Mais ces principes d'interprétation ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus.³³⁵

Le principe *in dubio mitius* fut néanmoins évoqué dans l'affaire *SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan*, où le Tribunal arbitral, se prononçant sur l'article 11 du traité bilatéral d'investissement entre le Pakistan et la Suisse³³⁶, conclut :

171. We believe, for the foregoing considerations, that Article 11 of the BIT would have to be considerably more specifically worded before it can reasonably be read in the extraordinarily expansive manner submitted by the Claimant. The appropriate interpretive approach is the prudential one summed up in the literature as *in dubio pars mitior est sequenda*, or more tersely, *in dubio mitius*. [notes omises]³³⁷

Cela dit, bien qu'il ait été invoqué par l'État à plusieurs occasions, que ce soit en lien avec des objections de juridiction³³⁸ ou des droits substantiels³³⁹, le principe de *in dubio mitius* fut régulièrement écarté par les tribunaux arbitraux qui ont démontré une certaine inclinaison à privilégier une interprétation extensive du traitement juste et

³³⁵ Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture Rapport de l'Organe d'appel, 19 décembre 1997 au para 45; Appellate Body Report, *India—Patents (US)*, au para 45; aussi Appellate Body Report, *India—Quantitative Restrictions*, au para 94; Appellate Body Report, *EC—Hormones*, au para 181; Appellate Body Report, *EC—Computer Equipment*, au para 83; Appellate Body Report, *EC—Poultry*, au para 146; Appellate Body Report, *US—Line Pipe*, au para 250; Appellate Body Report, *EC—Tube or Pipe Fittings*, au para 98; Appellate Body Report, *EC—Bed Linen*, au para 83. Voir aussi Chapitre 7, Section 7.6.

³³⁶ Art 11 sur le respect des engagements : « Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante. »

³³⁷ *SGS* 2003, *supra* note 325 au para 171.

³³⁸ *PNG*, *supra* note 314; *Methanex*, *supra* note 183; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan* (2013), ICSID Case No ARB/10/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : J William Rowley, Prof William W Park et Prof Philippe Sands); *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan* (2015), ICSID Case No ARB/12/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Julian DM Lew, Prof Laurence Boisson de Chazournes et Prof Bernard Hanotiau).

³³⁹ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v The Republic of Paraguay* (2009), ICSID Case No ARB/07/9 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Rolf Knieper, L Yves Fortier et Prof Philippe Sands).

équitable en optant pour un sens plus contraignant pour la partie qui assume l'obligation, soit l'État.

3.4 L'amalgame entre l'application du principe de bonne foi et la protection des attentes raisonnables de l'investisseur

La bonne foi à laquelle nous faisons référence ici n'est pas celle prévue à l'article 31.1 de la Convention de Vienne qui vise à éviter un résultat absurde ou déraisonnable³⁴⁰, mais celle qui, selon les tenants de cette approche, s'appuierait sur l'article 31.2 c) de la Convention soit sur « l'existence de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties »³⁴¹ pour justifier l'émergence d'un droit substantiel en faveur de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Si plusieurs décisions arbitrales considèrent que la protection des attentes raisonnables constitue un volet du traitement juste et équitable au même titre que l'obligation d'agir de bonne foi, d'autres en revanche, créent un amalgame en intégrant la protection de ces attentes au principe de bonne foi. La protection des attentes de l'investisseur serait alors la manifestation de la bonne foi. La sentence prononcée dans l'affaire *Tecmed* s'est inscrite dans cette tendance lorsqu'elle a conclu :

The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in *light of the good faith principle* established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment [nos italiques].³⁴²

³⁴⁰ Jan Klucka, « The Significance Of Principles of International Law for Interpretation of International Treaties » (2017) 8 Czech YB Intl L 149 à la p 149.

³⁴¹ *Convention de Vienne*, supra note 223 art 32.2c).

³⁴² *Tecmed*, supra note 3 au para 154.

Ce fut également le cas dans l'affaire *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic* :

348. There is an overwhelming trend to consider the touchstone of fair and equitable treatment to be found in the legitimate and reasonable expectations of the Parties, *which derive from the obligation of good faith* [...]. [nos italiques]³⁴³

Thomas Wälde tenta de justifier ce raisonnement dans l'affaire *Thunderbird* lorsqu'il affirma :

25. First the doctrinal structure: "Legitimate expectation" is not explicitly mentioned in Art. 1105 nor in other similar investment treaties. *It is, however, considered to be part of the "good faith" principle which is a guiding principle (also a general principle of international law)* [...]. They (the Parties) can, correctly, rely on the recognition of "good faith" principle – either as a separate obligation or, arguably mainly, as a major interpretative principle that is applied ancillary to a principal obligation (such as "fair and equitable treatment"). [nos italiques] [notes omises]³⁴⁴

Pour autant, malgré l'existence d'un principe général de droit relatif à la bonne foi en droit international³⁴⁵, son application ne peut ouvrir la voie à une interprétation arbitrale sans bornes. L'arbitre Brower a d'ailleurs cru utile de mentionner dans l'affaire *Daimler c Argentina*, que le rôle de l'arbitre ne permet pas de piétiner la volonté des parties³⁴⁶ et que la notion de bonne foi ne peut servir de carte blanche pour promouvoir une nouvelle norme juridique³⁴⁷. Pour sa part, Lord McNair mit en garde contre les dérives possibles lors de l'application du principe de bonne foi dans le cadre de l'interprétation du traité et rappela à cet égard que : « Ce serait une

³⁴³ *El Paso*, *supra* note 21 au para 348.

³⁴⁴ *Thunderbird*, *supra* note 15 (AI au para 25).

³⁴⁵ Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1^{ère} réimpression, Cambridge, Grotius publications limited, 1987.

³⁴⁶ *Daimler Financial Services AG v Argentine Republic* (2012), ICSID Case No ARB/05/1 (opinion dissidente du juge Brower aux para 3-11 [OD]) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Juge Charles N Brower et Prof Domingo Bello Janeiro).

³⁴⁷ *Ibid* (OD au para 7).

violation du principe de la bonne foi pour une partie d'utiliser l'ambiguïté afin de faire avancer une interprétation qui ne reflète pas l'intention des parties »³⁴⁸. Arnaud de Nanteuil souligna enfin la circularité entourant l'application du principe de bonne foi dans le contexte de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, puisque la bonne foi exigée de l'État est celle d'agir de manière cohérente et transparente, voire de *respecter les attentes légitimes de l'investisseur et d'assurer un cadre de prévisibilité*³⁴⁹. Bien que cette tendance arbitrale ne soit pas majoritaire, elle illustre les tâtonnements de la jurisprudence arbitrale lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause du traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables en droit international.

La fragilité de l'argumentaire arbitral quant à l'interprétation du traitement juste et équitable n'est-il pas alors une manifestation tacite d'un raisonnement en équité ? Cette question peut d'emblée surprendre dans la mesure où les arbitres ne peuvent statuer *ex aequo et bono* et que ce principe a été clairement énoncé dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al v United States of America*³⁵⁰. Pourtant, Michel Virally, se prononçant sur l'équité en droit international, affirma que cette dernière ne se limite pas à l'application de la norme, mais contribue également à son émergence³⁵¹. Il ajouta :

lorsque la règle est imprécise ou incertaine, lorsqu'elle est insuffisante, ou inadaptée, *a fortiori* lorsqu'aucune règle n'existe, l'équité peut, au contraire, devenir un système alternatif de traitement juridique de la situation particulière.

³⁴⁸ Lord McNair, *Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 1961 à la p 465, DOI : <10.1093/law/9780198251521.001.0001>.

³⁴⁹ Arnaud de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014 à la p 334.

³⁵⁰ « "Fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not exist as independent, free-standing concepts drawing content from sources such as equity or the policy preferences of individual arbitrators. Their content is determined by international law ». *Grand River*, *supra* note 204 au para 174.

³⁵¹ Michel Virally, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990 aux pp 405-413, DOI : <10.4000/books.iheid.4377>.

Elle se sépare alors du droit, mais peut y rentrer à nouveau si c'est une règle de droit qui ordonne d'y avoir recours.³⁵²

La protection des attentes raisonnables est clairement le fruit d'une interprétation arbitrale du traitement juste et équitable, lequel constitue un « signifiant vide à l'intérieur duquel on va verser un contenu idéologique quelconque associé à une conception de la justice et de l'équité »³⁵³. Ce contenu idéologique est favorisé par la latitude dont bénéficient les tribunaux arbitraux en matière d'interprétation, voire de création de droit. Un raisonnement en équité pourrait constituer le moteur d'une interprétation qui viserait la préservation de la partie que l'on considère comme étant la plus vulnérable, soit l'investisseur, et ce au détriment de la volonté réelle des États parties.

Conclusion

Nous avons évoqué dans ce chapitre la démarche intellectuelle des tribunaux arbitraux appelés à se pencher sur l'existence d'une protection des attentes raisonnables. Cette démarche s'appuie sur l'interprétation de la clause du traitement juste et équitable puisque c'est sur cette base que les tribunaux se prononcent. L'impossibilité de procéder à une interprétation littérale du traitement juste et équitable ne fait pas en soi débat. Tous s'entendent en effet pour affirmer qu'il s'agit d'une norme sibylline, imprécise, insaisissable. Ceci dit, ce n'est pas tant le caractère flou du traitement juste et équitable qui constitue un obstacle dirimant, mais le fait qu'un contenu puisse lui être attribué sans s'assurer du consentement des États, et

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ Rémi Bachand, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement » dans Mathieu Arès et Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 83 à la p 85.

sans que ce contenu soit confirmé par une pratique étatique. D'ailleurs, force et de constater que l'interprétation volontariste semble la grande oubliée des tribunaux arbitraux. La recherche de la volonté des États signataires, dans des instruments complémentaires tels que les travaux préparatoires, est pour le moins anecdotique et les tribunaux arbitraux ne requièrent pas de l'investisseur qu'il présente une preuve quelconque d'une volonté étatique de s'engager à protéger ses attentes raisonnables. Le traité semble dès lors bénéficier de sa propre dynamique et constituer un instrument juridique qui se détache de ses rédacteurs.

Face à l'impasse que représente l'interprétation littérale du traitement juste et équitable, nous aurions pu nous attendre à ce que l'interprétation du but et de l'objet du traité puisse éclairer le débat. Ce ne fut pourtant pas le cas. Nous avons en effet mis en évidence que l'interprétation téléologique ouvrait la voie à des préjugés favorables à l'investisseur. En effet, pour les tribunaux arbitraux, les traités d'investissement semblent gouvernés par une seule et unique finalité : celle de promouvoir l'investissement en octroyant à l'investisseur des protections accrues. Cette perspective est en soi biaisée, car les traités d'investissement visent également à générer une richesse, une prospérité étatique dans le respect des considérations économiques, sociales et environnementales. Nombre d'entre eux font ainsi référence au développement durable, la création d'emploi, au respect des droits humains, etc. Le préambule du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis d'Amérique et l'Albanie résume clairement cette quête de l'équilibre entre les droits étatiques et ceux de l'investisseur comme suit :

The Title and Preamble state the goals of the Treaty. Foremost is the encouragement and protection of investment. Other goals include economic cooperation on investment issues; the stimulation of economic development; higher living standards; promotion of respect for internationally-recognized

worker rights; and maintenance of health, safety, and environmental measures³⁵⁴.

L'inclinaison des tribunaux arbitraux à circonscrire le but et l'objet d'un traité international à la promotion des investissements est selon nous fautive, car elle « n'obéit pas à un processus purement juridique, mais se situe hors la sphère du droit »³⁵⁵. Le choix politique ou idéologique des arbitres quant au poids accordé à certains éléments du préambule au détriment d'autres rend cette interprétation téléologique fragile. Marti Koskenniemi souligna d'ailleurs à propos de ces choix : « the point is not that it was wrong or political, the opposite interpretation would have been no less so but that the interpretative choices remain just that: choices »³⁵⁶.

En tout état de cause, l'application des principes d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne ne permet pas de soutenir l'interprétation du traitement juste et équitable adoptée par les tribunaux arbitraux. Le fait que ces derniers s'appuient tant sur l'interprétation téléologique, que de la bonne foi, témoigne, selon nous, de la fragilité du raisonnement et relève de l'argutie intellectuelle³⁵⁷. Les arbitres s'octroient alors un rôle normatif (*legislator-oriented*) et non simplement judiciaire (*dispute oriented*)³⁵⁸.

³⁵⁴ TBI Etats-Unis-Albanie (signé le 1^{er} novembre 1995, en vigueur depuis le 4 janvier 1998).

³⁵⁵ Hans Kelsen, « Théorie pure du droit » *The law of the United Nations*, Londres, Stevenson and sons, 1951 aux pp xiii-xvii.

³⁵⁶ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la p 585, DOI : <10.1017/CBO9780511493713>.

³⁵⁷ Voir Remi Bachand, « Quatre strates du droit international analysées du point de vue des subalternes » (2011) 24:1 RQDI 1 à la p 26, 2011 CanLIIDocs 359, en ligne : *CanLII* <canlii.ca/t/x7bd>.

³⁵⁸ Fauchald, *supra* note 225 à la p 307.

CHAPITRE IV

LA COUTUME INTERNATIONALE

Nous avons examiné, au chapitre précédent, la question de l'interprétation des traités bilatéraux d'investissement par les tribunaux arbitraux et plus particulièrement celle de la clause de traitement juste et équitable. Nous avons observé que son contenu normatif avait été défini par les tribunaux arbitraux compte tenu de son caractère volatile. Nous avons également constaté que l'interprétation littérale n'était pas d'une grande utilité pour saisir le lien avec les attentes raisonnables, que les tribunaux arbitraux étaient enclins à privilégier une interprétation téléologique des traités et que cela avait pour effet d'élargir la portée du traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables.

Pour poursuivre dans la logique des sources de droit international, nous aborderons ici la question de la protection des attentes raisonnables et de la coutume internationale. Notre exposé nous permettra de conclure à l'absence d'une règle coutumière de droit international ayant pour objet la protection des attentes raisonnables qui s'imposerait à tous les États en dépit du principe de l'effet relatif des traités. D'emblée, précisons que notre propos n'est pas de prétendre que les tribunaux arbitraux contribuent à l'émergence d'une norme coutumière, mais de déterminer la nature juridique des attentes raisonnables dans la sphère du droit international public.

Nous proposons donc d'aborder la question en effectuant en premier lieu un bref rappel des critères de l'émergence de la coutume internationale. Puis nous nous

pencherons sur la pratique des États et sur *l'opinio juris* le tout à la lumière des traités d'investissement et des législations nationales.

Une remarque préliminaire s'impose néanmoins à ce stade. Si l'on postule, comme le fait la jurisprudence arbitrale, que la protection des attentes raisonnables découle du traitement juste et équitable, le débat, tant doctrinal que jurisprudentiel, autour du caractère coutumier de ce dernier devient pertinent dans la mesure où il détermine le niveau de protection garanti par le traité d'investissement. C'est la raison pour laquelle nous aborderons succinctement la pratique étatique à travers le traitement juste et équitable puis plus spécifiquement en rapport avec les attentes raisonnables en tant que concept distinct.

4.1 Bref rappel des critères d'émergence d'une coutume internationale

En premier lieu, soulignons que l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de justice énonce clairement que la coutume reflète une pratique générale acceptée comme étant le droit³⁵⁹. La coutume est donc une source formelle du droit international et son émergence est issue de la réunion cumulative et convergente de deux indices³⁶⁰ à savoir une pratique étatique générale et l'acceptation de cette pratique comme faisant droit (*opinio juris*). En d'autres termes « *l'opinio juris* répond à la conviction que doivent avoir les personnes qui réalisent une pratique de l'observer comme s'il s'agissait d'une norme juridique »³⁶¹. La coutume repose

³⁵⁹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexe à la *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, 15 CNUOI 365 (entrée en vigueur : 26 juin 1945), en ligne : CIJ <icj-cij.org/fr/statut>.

³⁶⁰ La coutume internationale, Serge Sur – Extrait de juriscasseur — Droit international — Litec Paris 1990 au para 63.

³⁶¹ Julio A Barberis, « Réflexions sur la coutume internationale » (1990) 36 AFDI 9 à la p 26, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1990_num_36_1_2952>.

également sur un raisonnement inductif, non déductif³⁶². À noter toutefois, qu'une certaine évolution a été observée dans l'appréciation du poids accordé à chaque élément, selon que l'on est dans le cadre de l'approche traditionnelle de la coutume ou de l'approche moderne³⁶³. Ainsi, l'interprétation traditionnelle de la norme coutumière reposerait sur une approche inductive mettant l'emphase sur la pratique des États. En revanche, la norme coutumière moderne s'appuierait sur une méthode déductive insistant davantage sur l'*opinio juris* pouvant être déduite des déclarations, résolutions et toute autre manifestation de volonté étatique ou organisationnelle³⁶⁴. Nous démontrerons que, quelle que soit la perspective adoptée (traditionnelle ou moderne), nous ne pouvons conclure à l'existence d'une coutume émergente en matière de protection des attentes raisonnables en droit international. D'une part, l'absence d'une pratique étatique constante et de longue durée, en faveur d'une protection des attentes raisonnables des États, nous permet d'écarter d'emblée l'approche traditionnelle. D'autre part, l'absence d'une *opinio juris* en faveur d'une protection des attentes raisonnables ressort clairement des décisions de certains États de dénoncer certains traités d'investissement compte tenu de l'interprétation libérale du traitement juste et équitable adoptée par les tribunaux arbitraux.

Rappelons dans un premier temps que les critères d'émergence de la coutume ont été détaillés par la Cour Internationale de Justice dans *l'Affaire du Plateau continental (Libye-Malte)* du 3 juin 1985³⁶⁵ et se résument comme suit : la pratique donnant naissance à la coutume doit être étatique, cohérente, générale et pertinente. Elle constitue l'élément matériel de la coutume et consiste généralement en une série de précédents créant une constante, qui doit être associée à l'*opinio juris* même si elle

³⁶² Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, 12 octobre 1984.

³⁶³ Anthea E Roberts, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : À Reconciliation » (2001) 95:4 AJIL 757 à la p 758, DOI : <10.2307/2674625>.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Affaire du plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte)*, [1985] CIJ Rec 13 au para 27, en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-FR.pdf).

s'en distingue³⁶⁶. La pratique étatique n'est ni une manifestation sporadique, ni une pratique temporaire, mais doit exister depuis longtemps. La Cour internationale de justice a précisé dans l'*Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord* que la disposition en cause doit avoir un « caractère fondamentalement normatif, et [...] constituer la base d'une règle générale de droit »³⁶⁷.

Dans le cadre du sujet qui nous occupe, nous démontrerons d'une part que la présence de dispositions analogues dans plusieurs traités bilatéraux d'investissement ne permet pas de conclure à l'existence d'une pratique étatique en faveur des attentes raisonnables. D'autre part, que l'absence d'uniformité dans les lois nationales nous amène à conclure également à l'absence d'une pratique nationale en faveur de la protection des attentes raisonnables. Enfin, nous établirons qu'il n'existe pas une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables que ce soit par le truchement du traitement juste et équitable ou en tant que doctrine indépendante.

4.2 La pratique des États

Lorsque nous évoquons la pratique de l'État en tant qu'élément constitutif de la coutume internationale, celle-ci porte exclusivement sur la conduite de l'État et de ses instances et exclut les autres acteurs de droit international³⁶⁸. Pour ce faire, nous nous pencherons d'abord sur les traités d'investissements puis sur les lois internes des pays. En effet, certains auteurs considèrent que les traités internationaux peuvent

³⁶⁶ *Ibid* à la p 29.

³⁶⁷ *Affaire du plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark)*, [1969] CIJ Rec 3 au para 72 in limine, en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-FR.pdf) [*Mer du Nord*].

³⁶⁸ Commission du droit international, *Rapport sur la soixante-dixième session*, Doc off NU, 2018, supp n° 10, Doc NU A/73/10 au para 65, en ligne (pdf) : [UNDOCS <undocs.org/pdf?symbol=fr/A/73/10>](http://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/73/10).

mener à l'émergence d'une coutume internationale³⁶⁹, c'est le cas notamment de Ch. Leben qui, en 2000, affirmait :

En présence d'une telle pratique des États par le biais de la conclusion des traités bilatéraux qui vont dans le même sens et d'une jurisprudence arbitrale qui confirme les dispositions des traités, on voit mal comment on pourrait éviter la conclusion que l'examen de tous ces traités peut déboucher, pour certaines des dispositions, à la conclusion qu'il existe bel et bien des règles coutumières en la matière.³⁷⁰

P. Dumberry estime pour sa part que :

Yet, it is not the treaties themselves which lead to the formation of new custom. They are only the *starting point* of the eventual development of a new customary rule. It is the actual practice of States *after* the entry into force of the treaty that can be the 'formal' source of the development of a custom rule.³⁷¹

Pour ce faire deux conditions doivent être remplies : l'existence de dispositions récurrentes et similaires d'une part, et d'autre part, l'État doit adopter la pratique visée en dehors du cadre purement conventionnel du traité bilatéral d'investissement en conférant, par exemple, à l'investisseur une protection internationale malgré l'absence d'une disposition spécifique à cet égard³⁷².

³⁶⁹ Richard Baxter, « Treaties and Custom » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 129, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1970 à la p 56, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028616622_02>. Voir aussi Karl Doehring, « Gewohnheitsrecht aus Verträgen » (1976) 36 Heidelberg J Intl L 77 aux pp 77 et s, en ligne (pdf) : <zaerv.de/36_1976/36_1976_1_3_a_77_95.pdf>; Mark E Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Nijhoff, 1985 aux pp 183 et s; Barberis, *supra* note 361 à la p 34.

³⁷⁰ Charles Leben, « L'évolution du droit international des investissements » (2000) 7:12 J CEPMLP 1.

³⁷¹ Patrick Dumberry, « The Practice of States as Evidence of Custom: An Analysis of Fair and Equitable Treatment Standard Clauses in States' Foreign Investment Laws » (2015-2016) 2 MJDR 66 à la p 68, en ligne (pdf) : MJDR <mjdr-rrdm.ca/s/195>.

³⁷² *Ibid.*

4.2.1 L'analyse des traités d'investissement

Relativement au rôle des traités dans l'émergence de la coutume internationale, la Commission de droit international a indiqué, dans la conclusion 11 de son rapport de 2018, ce qui suit :

1. Une règle énoncée dans un traité *peut refléter* une règle de droit international coutumier s'il est établi que la règle conventionnelle :
 - a) a codifié une règle de droit international coutumier existante à la date de la conclusion du traité ;
 - b) a abouti à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui avait commencé à émerger avant la conclusion du traité ; ou
 - c) a servi de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*), engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.
2. Le fait qu'une règle soit énoncée dans plusieurs traités peut signifier, sans toutefois que cela soit nécessairement le cas, que la règle conventionnelle reflète une règle de droit international coutumier.³⁷³

Le rapport de la Commission de droit international a néanmoins précisé ce qui suit :

1. Bien que les traités ne lient que les parties, ils « peuvent avoir un rôle important à jouer en enregistrant et définissant les règles dérivées de la coutume ou même en les développant ». Leurs dispositions (et les processus qui conduisent à leur adoption et à leur application) peuvent faire la lumière sur le contenu du droit international coutumier. Les dispositions conventionnelles explicites peuvent s'avérer des preuves particulièrement claires de l'existence ou du contenu des règles du droit international coutumier lorsqu'elles sont déclaratoires de ces règles. Toutefois, l'expression « peut refléter » indique que les traités ne peuvent en eux-mêmes créer une règle du droit international

³⁷³ Commission du droit international 2018, *supra* note 368 au para 65.

coutumier, ni fournir une preuve concluante de son existence ou de son contenu.³⁷⁴

Elle ajoute relativement à la place des traités dans l'émergence ou l'identification d'une règle coutumière que :

ce n'est pas parce qu'une disposition figure dans un grand nombre de traités, bilatéraux ou autres, faisant ainsi naître des droits et obligations semblables pour un large éventail d'États, qu'elle reflète nécessairement le droit international coutumier. Si la répétition d'une disposition peut effectivement attester l'existence d'une règle de droit international coutumier (ou engendrer pareille règle), elle peut « tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire », en ce que les États concluent des traités soit pour combler l'absence de règle, soit pour déroger à une règle existante.³⁷⁵

Quelques années plus tôt, Le Tribunal arbitral mentionnait dans *Cargill, Incorporated v Republic of Poland* que même si l'existence de dispositions récurrente dans un grand nombre de traités peut parfois, constituer la preuve d'une règle coutumière, il n'est pas prudent d'accorder à ces clauses un tel poids³⁷⁶.

Ainsi, si la récurrence d'une clause n'est pas nécessairement révélatrice de l'existence d'une norme coutumière, il nous semble utile de scruter les traités d'investissement afin d'y déceler une tendance voire, les prémisses d'une règle coutumière. Le défi d'une telle analyse réside dans le fait qu'il n'existe pas de clause spécifique et autonome relative à la protection des attentes raisonnables dans les traités d'investissement puisque celle-ci est le fruit de l'interprétation des tribunaux arbitraux. Nous tenterons de remédier à cet écueil en procédant à une analyse à deux niveaux : Le premier se fera en lien avec la clause de traitement juste et équitable en

³⁷⁴ Commission du droit international 2016, *supra* note 226 à la p 109.

³⁷⁵ *Ibid* à la p 112. Voir aussi *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo)*, [2007] CIJ 582 (exceptions préliminaires au para 90), en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-FR.pdf>](http://icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-FR.pdf).

³⁷⁶ *Cargill, Incorporated v Republic of Poland* (2008), ICSID Case No ARB(AF)/04/2 au para 276 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Emmanuel Gaillard et Prof Bernard Hanotiau) [*Cargill 2008*].

général puisque les attentes raisonnables sont considérées, par les tribunaux arbitraux, comme étant une norme subsidiaire de celui-ci. Le deuxième niveau portera sur les clauses comportant toute mention aux attentes raisonnables.

4.2.1.1 Les clauses générales de traitement juste et équitable

Même si, pour des fins théoriques, nous acceptons le postulat des tribunaux arbitraux que la protection des attentes raisonnables relève du traitement juste et équitable, et en est l'émanation, nous ne pouvons conclure à l'existence d'une pratique étatique relativement au traitement juste et équitable ni aux attentes raisonnables qui y sont inhérentes. En effet, une recherche menée en 2015 par P. Dumberry révéla que le libellé des clauses de traitement juste et équitable incorporées dans les traités était marqué par d'importantes distinctions qui empêchaient de conclure à une uniformité, ou à une constance³⁷⁷, et ce, malgré le fait que sur près de 1964 traités bilatéraux d'investissement, seulement 50 d'entre eux n'incluaient pas une clause de traitement juste et équitable³⁷⁸.

Notre analyse nous conduit à la même conclusion. Ainsi, selon les statistiques récentes fournies par la CNUDCI, près de 1986 traités d'investissement³⁷⁹ comportaient une clause de traitement juste et équitable sans réserve³⁸⁰ alors que 460 traités avaient une clause de traitement juste et équitable incluant des réserves³⁸¹. De plus, dans 348 traités, la clause de traitement juste et équitable faisait référence au

³⁷⁷ Dumberry, « Practice », *supra* note 371 à la p 69.

³⁷⁸ Patrick Dumberry, « Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law? » (2016) 8:1 J Intl Disp Settl 155, DOI : <10.1093/jnlids/idw002>.

³⁷⁹ L'étude inclut tant les traités en vigueur que ceux qui ne le sont pas ou qui ont pris fin.

³⁸⁰ On entend par absence de réserve, les traités qui n'incluent aucune référence au droit international ou aux éléments du traitement juste et équitable. Voir UNCTAD Mapping Project à la p 10, en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Mapping%20Project%20Description%20and%20Methodology.pdf>.

³⁸¹ Suivant les données disponibles le 5 avril 2020 en consultant le moteur de recherche du CNUCED, « International Investment Agreements Navigator » (2020), en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping#section-38>.

principe de droit international, 20 à la coutume internationale, et 82 à la norme minimale de traitement³⁸². Enfin, 108 traités présentaient une clause de protection détaillée incluant des droits spécifiques³⁸³ notamment le déni de justice, l'équité procédurale et la protection contre les mesures arbitraires et discriminatoires³⁸⁴. D'autres clauses portaient sur l'interdiction d'entraves ou de restrictions à la vente des produits³⁸⁵. Qui plus est, certaines clauses de traitement juste et équitable excluent désormais de manière explicite, les attentes raisonnables de toute protection internationale³⁸⁶.

Dès lors, la variété des formulations portant sur les droits couverts, le degré de protection prévu par ces clauses (en fonction de la coutume, de la norme minimale de traitement ou du droit international) ainsi que l'exclusion expresse des attentes raisonnables ne permet pas d'évoquer une homogénéité et une constante dans le libellé des clauses de traitement juste et équitable.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ China-Hong Kong CEPA (28.06.2017) : « Article 4.2.i [...]“fair and equitable treatment” means that one side shall not deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with due process of law, or implement manifest discriminatory or arbitrary measures »; voir aussi Chine-Rep de Corée FTA (20.12.2015); Costa Rica -Colombie FTA (1.08.2016); TBI Colombie-Pérou (30.12.2010); TBI Colombie-Grande Bretagne (10.10.2014) Colombie-Rep de Corée FTA (15.07.2016); TBI Cuba-Allemagne (21.11.1998); El Salvador-Allemagne (15.04.2011); Union Economique eurasiennne -Vietnam FTA (5.10.2016); TBI Rep Islamique d'Iran-Slovaquie (30.08.2017); Japon-Mongolie EPA (7.06.2016); Mexique-Panama FTA (1.07.2015) ; Nouvelle Zélande, Taiwan ECA (1.12.2013); TBI Uruguay-États-Unis d'Amérique (31.10.2006)

³⁸⁵ TBI Chine-Madagascar (01.07.2007); ainsi que la plupart des TBI signés par la France.

³⁸⁶ TransPacific Partnership, Octobre 2015, art 9.4 :

« 4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.

5. For greater certainty, the mere fact that a subsidy or grant has not been issued, renewed or maintained, or has been modified or reduced, by a Party, does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result. »

Voir aussi, *Traité entre la Chine, Le Japon et le Chili* (18 novembre 2016); Chine-Republic de Corée FTA 20.12.2015.

Qui plus est, tel que souligné précédemment, le lien entre la protection des attentes raisonnables et le traitement juste et équitable est un lien pour ainsi dire « jurisprudentiel ». Dès lors, quand bien même le traitement juste et équitable serait qualifié de norme coutumière, cette qualification ne pourrait être *ipso facto* élargie à ses composantes alléguées : soit la protection des attentes raisonnables. Cette précision fut apportée par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Peter A Allard c The Government of Barbados* qui, bien que qualifiant le traitement juste et équitable de norme coutumière, rappela que sa portée ne pouvait être étendue en l'absence d'une pratique constante et d'une *opinio juris* démontrant que les États ont accepté son interprétation extensive pour y inclure la protection des attentes raisonnables³⁸⁷. Il ajouta que la protection des attentes raisonnables n'était pas en soi une source d'obligation, mais devait impérativement être rattachée à une violation du traitement juste et équitable pour engager la responsabilité de l'État³⁸⁸. Dans le même ordre d'idée, le mémoire des États-Unis dans l'affaire *David R Aven and Others v Republic of Costa Rica* se prononçant sur l'interprétation de l'article 10.5 de l'Accord DR-CAFTA³⁸⁹ rappela que :

(iv). That neither the concepts of “good faith” nor “legitimate expectations” are component elements of “fair and equitable treatment” under customary international law that give rise to an independent host State obligation. Although an investor may develop its own expectations about the legal regime governing its investment, those expectations impose no obligations on the State under the minimum standard of treatment. The United States mentioned that it is aware of no general and consistent State practice and *opinio juris* establishing an obligation under the minimum standard of treatment not to frustrate investors’ expectations; instead, something more is required than the mere interference with those expectations. States may modify or amend their regulations to achieve legitimate public welfare objectives and will not incur liability under customary international law merely because such changes

³⁸⁷ *Peter A Allard v The Government of Barbados* (2016), PCA Case No 2012-06 au para 182 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Gavan Griffith, Prof Andrew Newcombe et Prof W Michael Reisman) [*Allard*].

³⁸⁸ *Ibid* au para 181.

³⁸⁹ Article 10.5 de l'Accord DR-CAFTA.

interfere with an investor's "expectations" about the state of regulation in a particular sector.³⁹⁰

À partir de là, force est de constater que la protection d'attentes raisonnables ne peut s'appuyer sur l'existence d'une pratique étatique issue des traités d'investissement, car, le traitement juste et équitable ne repose pas non plus sur une pratique constante et uniforme. Quand bien même ce serait le cas, on ne pourrait valablement conclure que cette pratique étatique s'étend à la protection des attentes raisonnables par voie accessoire.

4.2.1.2 Les clauses comportant une référence à la protection des attentes raisonnables

Rappelons que la protection des attentes raisonnables est principalement et expressément mentionnée dans le contexte de l'expropriation indirecte. Toutefois, malgré l'existence de similitudes entre plusieurs traités, des disparités significatives existent entre ces clauses. Ainsi, certaines d'entre elles seront globales et incluront la protection des « attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement »³⁹¹. D'autres exigeront l'existence d'un engagement spécifique³⁹², d'un engagement *écrit* spécifique³⁹³, d'« attentes définies et raisonnables »³⁹⁴, ou « d'attentes raisonnables et

³⁹⁰ *David R Aven and Others v Republic of Costa Rica* (2018), ICSID Case No UNCT/15/3 au para 80 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Eduardo Siqueiros T, C Mark Baker et Pedro Nikken) [*David R Aven*]. Il s'agit de l'Intervention des États-Unis en vertu de l'article 10.20.2 du DR-CAFTA, sur l'interprétation de l'article 10.5 de l'Accord. À cette occasion, les États-Unis se réfèrent à un mémoire déposé dans le cadre de l'affaire *Aaron C Berkowitz, Brett E Berkowitz and Trevor B Berkowitz v Republic of Costa Rica* (2017), ICSID Case No UNCT/13/2 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Daniel Bethlehem, Mark Kantor et Dr Raúl E Vinuesa).

³⁹¹ La formule anglaise étant : « *distinct, reasonable investment-backed expectations* ». Voir Canada-Hong Kong (2016); Singapore-Turquie (2017); Chine-République de Corée (2015); Pérou-Honduras (2017); Corée-République du Vietnam (2016); Canada-Mali (2016); Canada-Sénégal (2016) ; Canada-Moldavie (2019)

³⁹² Chine-Tanzanie (2014)

³⁹³ *Iran-Slovaquie* (10 août 2016) : Article 6-Expropriation :

« 4. The determination of whether a measure or series of measures of the Contracting Party constitute measures having equivalent effect to expropriation or nationalization requires a Case-by-Case, fact-based inquiry that considers:

b) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations arising out of the Contracting Party's prior binding *explicit written commitment directly and specifically to the investor* » [nos italiques].

distinguables »³⁹⁵. D'autres encore subordonneront le niveau de protection au secteur visé, selon que celui-ci est hautement réglementé ou pas³⁹⁶.

De plus, certains traités dont celui entre le Chili et l'Argentine exclut expressément les attentes de l'investisseur de toute protection internationale³⁹⁷. Il en est de même de l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* qui prévoit à l'article 9.6.4 ce qui suit :

4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.³⁹⁸

Il appert alors que les divergences dans la rédaction des clauses y compris lorsque les attentes raisonnables y sont mentionnées ne permettent pas selon nous de conclure à l'existence d'une pratique étatique en ce sens. Ainsi, que l'on se place dans le cadre des clauses générales du traitement juste et équitable, ou dans celui des clauses plus spécifiques, les attentes raisonnables ne s'appuient pas sur une pratique étatique formulée dans les traités d'investissement. Cette conclusion suffirait selon nous à écarter la protection des attentes raisonnables de la règle coutumière. Toutefois, pour les fins de notre étude, nous avons analysé la seconde condition, à savoir l'existence

³⁹⁴ Canada-Côte d'Ivoire (2015); Canada-Cameroun (2016)

³⁹⁵ Colombie-United Kingdom (2014)

³⁹⁶ Australie-République de Corée (2014) :

« Annexe 11-b expropriation

4 (b) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations. For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable may include consideration of the nature and *extent of governmental regulation in the relevant sector* » [nos italiques].

Voir aussi Cameroun-République de Corée (2018); ALE Colombie-République de Corée (2016)

³⁹⁷ *Traité de libre-échange Chili-Argentine*, *supra* note 41.

³⁹⁸ Comprehensive and Progressive agreement for Trans-Pacific Partnership, (Australia, Brunei Darussalam, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Viet Nam), signé le 8.03.2018 et entré en vigueur le 30.12.2018 Article 9.6.

d'une pratique dans les droits nationaux des États signataires, comme preuve d'une pratique étatique nationale.

4.2.2 L'existence d'une protection des attentes raisonnables dans les droits internes des États

La recherche d'une pratique étatique en droit interne repose tant sur les actes de l'État, ses déclarations, mais également sur les lois nationales. Elle peut aussi découler d'une jurisprudence constante émanant des tribunaux nationaux. Ces derniers agissent en tant qu'organes de l'État et leurs décisions peuvent refléter une pratique de celui-ci³⁹⁹. La Commission de droit international précise que « les décisions des juridictions internes, à tous les niveaux, peuvent constituer la pratique de l'État », mais qu'il s'agit de moyens auxiliaires dans la détermination de ces règles⁴⁰⁰.

Nous excluons donc les tribunaux arbitraux qui ne participent aucunement à l'émergence d'une pratique étatique⁴⁰¹. Cela ne veut pas dire pour autant que les tribunaux arbitraux n'exerceront pas une influence indirecte dans la négociation et la rédaction des traités, mais ne constituent pas le forum approprié pour conclure à l'émergence d'une pratique étatique ou une *opinio juris* concernant la protection des attentes raisonnables. D'ailleurs le Tribunal arbitral a rappelé dans l'affaire *Glamis Gold, Ltd v The United States of America*, que les sentences arbitrales ne forment pas une pratique étatique pouvant mener à l'émergence d'une norme coutumière⁴⁰². Dès lors, la référence aux sentences antérieures comme reflétant une constante

³⁹⁹ Yoram Dinstein, « The Interaction between Customary International Law and Treaties » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 322, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 2006 à la p 316, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004161016_02>.

⁴⁰⁰ Commission du droit international 2018, *supra* note 268 au para 65.

⁴⁰¹ Dinstein, *supra* note 399 à la p 316.

⁴⁰² *Glamis*, *supra* note 75 au para 605.

jurisprudentielle ne peut non plus être interprétée comme la reconnaissance de l'existence d'une règle coutumière⁴⁰³.

S'agissant des droits nationaux et de la pratique des tribunaux locaux, nous proposons d'examiner la question sous deux angles distincts. Le premier se fait sous le prisme du traitement juste et équitable, car cela s'inscrit dans la position majoritaire des tribunaux arbitraux. Le deuxième est l'analyse spécifique des attentes raisonnables indépendamment du traitement juste et équitable. L'objectif est de démontrer l'absence de pratiques étatiques quant à l'existence d'une doctrine uniforme de protection des attentes raisonnables.

4.2.2.1 Absence d'une pratique étatique relative au traitement juste et équitable

P. Dumberry s'est penché sur les lois nationales des États et plus particulièrement celles en lien avec l'investissement afin de déceler une protection interne accordée par l'État d'accueil. Son analyse révéla alors que le traitement juste et équitable n'était pas une obligation inscrite dans les lois nationales⁴⁰⁴. La conclusion à laquelle il parvint alors est que le traitement juste et équitable est une protection inhérente aux traités d'investissement (*treaty-based standard*) et ne constitue pas une coutume internationale en l'absence d'une pratique étatique à cet effet⁴⁰⁵. Certes, certaines lois de protection et de promotion des investissements nationaux ont intégré le traitement juste et équitable, c'est le cas notamment de l'Algérie⁴⁰⁶ du Bangladesh⁴⁰⁷, du

⁴⁰³ Dinstein, *supra* note 399 à la p 320.

⁴⁰⁴ Dumberry, « Practice », *supra* note 371 à la p 79.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ Algérie. Loi n°2016-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement
Art 21. « Sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'État algérien, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements. »

⁴⁰⁷ Bangladesh's Foreign Private Investment Promotion and Protection Act (1980)
Section 4: « The Government shall accord fair and equitable treatment to foreign private investment which shall enjoy full protection and security in Bangladesh ».

Burkina Faso⁴⁰⁸, de la République Démocratique du Congo⁴⁰⁹, de l'Égypte,⁴¹⁰ du Kosovo⁴¹¹, du Myanmar⁴¹², et des Seychelles⁴¹³, mais il s'agit d'une minorité.

4.2.2.2 Absence d'une pratique législative et judiciaire cohérente dans la protection spécifique des attentes raisonnables

En dehors du cadre du traitement juste et équitable, nous avons voulu déterminer si la protection des attentes raisonnables existait en tant que notion indépendante dans le cadre des législations internes et de la pratique des tribunaux nationaux. D'emblée aucun de ces codes d'investissements susmentionnés, soit ceux incluant le traitement juste et équitable, ne fait état de la protection des attentes raisonnables.

⁴⁰⁸ Loi n°038-2018/an portant sur le Code des Investissements au Burkina Faso (2018) :

« Art 12. Les entreprises étrangères bénéficient de la même protection que les entreprises burkinabè, en ce qui concerne les propriétés commerciales et la propriété intellectuelle. Elles jouissent d'un traitement juste et équitable, d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements. »

⁴⁰⁹ Code des investissements de la République Démocratique du Congo (2002) :

« Art 25. La République Démocratique du Congo s'engage à assurer un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investisseurs et aux investissements effectués sur son territoire, et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit, ni en fait. »

⁴¹⁰ Loi sur l'investissement (2017) :

« Art 3. Tous les investissements établis en République arabe d'Égypte seront traités de façon équitable et juste. »

⁴¹¹ Law No. 04/L-220 on Foreign Investment (2014) :

« Art 3.1. Republic of Kosovo shall accord fair and equitable treatment to foreign investors and their investments in Kosovo with any local investors and local investments. »

⁴¹² Myanmar Investment Law (2016) :

« Art 48. The Government guarantees to the investors fair and equitable treatment in respect of the followings:

- a. the right to obtain the relevant information on any measures or decision which has a significant impact for an investor and their direct investment.
- b. the right to due process of law and the right to appeal on similar measure, including any change to the terms and conditions under any license or permit and endorsement granted by the Government to the investor and their direct investment. »

⁴¹³ Seychelles Investment Act (2010) :

« Section 4: Every investor shall be accorded fair and equitable treatment with respect to investments made after the commencement of this Act. »

Hormis le contexte de l'investissement, nous constatons que même si la doctrine de protection des attentes raisonnables se retrouve dans plusieurs systèmes juridiques : l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, le Danemark, la Grèce, l'Italie, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie et l'Union européenne⁴¹⁴, la portée de ce principe est distincte selon les systèmes juridiques. Cette distinction relève de la nature des droits qui peuvent faire l'objet d'attentes légitimes. En d'autres termes, les droits procéduraux, et les droits substantiels.

En Allemagne le concept représente un principe fondamental de la Constitution, et relève tant du droit privé que du droit public⁴¹⁵. Il permet de contrer des mesures législatives⁴¹⁶ et peut mener à l'annulation de décisions administratives illégales, mais aussi le retrait de mesures administratives légales⁴¹⁷. Les tribunaux allemands lui donnent d'ailleurs une interprétation extensive en permettant à un justiciable allemand de conserver les avantages octroyés par un acte administratif même frappé de nullité. À cet égard, la protection des attentes raisonnables en droit allemand est considérée comme « un des meilleurs remparts contre les actes révocatoires » [notre traduction]⁴¹⁸. Le droit australien⁴¹⁹ en revanche s'oppose à l'octroi de droits substantiels en matière d'attentes raisonnables, et le droit canadien l'applique dans le cadre du droit commercial, notamment dans les recours pour oppression⁴²⁰, ainsi que

⁴¹⁴ Jurgén Schwarze, *European administrative law*, 1^{ère} rev, Londres, Sweet and Maxwell Ltd, 2006.

⁴¹⁵ Florian Faust et Volker Wiese, « Protecting Legitimate Expectations : the German perspective » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 99 à la p 99.

⁴¹⁶ Brown, « Protection », *supra* note 19 à la p 2.

⁴¹⁷ Martina Künnecke, *Tradition and change in administrative law: an Anglo-German Comparison*, Heidelberg, Springer Verlag, 2007 à la p 125.

⁴¹⁸ Faust et Wiese, *supra* note 415 à la p 100.

⁴¹⁹ Matthew Groves, « Substantive legitimate expectations in Australian Administrative law » (2008) 32.2 Melbourne UL Rev 470 à la p 511, tel que cité dans Trevor Zeyl, « Charting the wrong course: the doctrine of legitimate expectations in investment treaty law » (2011-2012) 49 Alta L Review à la p 215.

⁴²⁰ Voir *BCE Inc c Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 RCS 560 [BCE].

dans le cadre du respect de l'équité procédurale⁴²¹ et le droit à la protection de la vie privée⁴²². Le droit anglais, pour sa part, intègre la protection des attentes raisonnables dans le respect des droits procéduraux, mais la protection des attentes substantielles demeure l'objet de débats⁴²³.

Autrement, la protection des attentes raisonnables trouve surtout application en matière de droit privé. Ainsi, en droit hongrois, il n'existe pas de théorie cohérente de protection des attentes raisonnables⁴²⁴, mais on estime qu'elle est inhérente au principe de « bonne foi et de traitement équitable » (« *Good faith and fair dealing* ») prévu au Code civil hongrois⁴²⁵. Les tribunaux en font néanmoins une application limitée, voire restrictive, en faisant assumer aux entreprises les risques afférents aux activités commerciales notamment lors des appels d'offres⁴²⁶.

En droit japonais, c'est sous l'influence des droits occidentaux que la notion de protection des attentes raisonnables a été introduite, mais là encore dans le cadre de l'application du principe général de bonne foi et de traitement équitable en droit civil même si les critères de leur application n'ont pas été clairement définis⁴²⁷. En fait, lorsqu'elle existe dans les droits nationaux, la notion d'attentes raisonnables est

⁴²¹ *Canada (procureur général) c Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 RCS 504 [*Mavi*].

⁴²² *R c Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608 [*Marakah*].

⁴²³ John Cartwright, « Protecting Legitimate expectations and estoppel: English Law » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 321.

⁴²⁴ Attila Menyhárd, « Protection of Legitimate Expectations in Hungarian Private law » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 277 à la p 284.

⁴²⁵ *Ibid* à la p 275.

⁴²⁶ *Ibid* à la p 283.

⁴²⁷ Naoko Kano, « The Concept of Estoppel and legitimate expectations in Japan » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 305 à la p 309.

parfois utilisée en droit privé, tels que le droit des assurances⁴²⁸, ou le droit contractuel général même si elle n'est pas officiellement décrétée, c'est le cas par exemple du droit français⁴²⁹, du droit belge,⁴³⁰ et du droit argentin⁴³¹.

En conséquence, compte tenu des divergences quant à l'existence, la nature ou la portée de la protection des attentes raisonnables dans les droits internes des États, nous ne pouvons valablement conclure à l'existence d'une pratique étatique favorisant cette protection. Pourtant, les attentes raisonnables ont été intégrées au traitement juste et équitable par le biais des tribunaux arbitraux et l'interprétation qu'ils ont faite de ce standard. Or rappelons que cette interprétation ne peut ouvrir la voie à l'émergence d'une règle coutumière en faveur de la protection des attentes raisonnables. Ainsi, quand bien même il y aurait eu une pratique étatique en faveur du traitement juste et équitable, la protection des attentes raisonnables n'a pas été explicitement intégrée dans le traité sous ce volet par les États signataires. Dès lors, rien ne permet de démontrer que telle était la volonté des États au moment de la signature du traité. Nous savons par ailleurs que, quelle que soit l'interprétation que font les tribunaux d'un standard international, seuls les États détiennent un quasi-monopole dans la formation de la coutume internationale⁴³². Malgré l'absence de pratique étatique en faveur de la protection des attentes raisonnables, y aurait-il une

⁴²⁸ Gregory E Mags, « Report concerning the United States of America » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 415 à la p 432.

⁴²⁹ Denis Mazeaud, « La confiance légitime et l'Estoppel : rapport français » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 247 à la p 265.

⁴³⁰ Sophie Stijns et Ilse Samoy, « La confiance légitime en droit des obligations : rapport belge » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 167 à la p 167.

⁴³¹ Julio Cesar Rivera, « La doctrine des actes propres en droit des obligations » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 137 à la p 140.

⁴³² Dinstein, *supra* note 399 à la p 267.

acceptation, même tacite, de l'existence de cette norme et de son caractère obligatoire ?

4.3 L'*opinio Juris*

L'*opinio juris* a été clairement résumée par la Cour Internationale de justice dans *Affaires du Plateau continental*, précitée comme suit :

non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les États intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique.⁴³³

Le rapport rendu par la Commission de droit international en 2016 lors de sa 68^e session a explicité la notion d'*opinio juris* et les moyens d'extraire celle-ci en ces termes :

Conclusion 10

Formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*)

1. La preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) peut revêtir une large variété de formes.
2. Les formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) comprennent, sans s'y limiter : les déclarations publiques faites au nom des États ; les publications officielles ; les avis juridiques gouvernementaux ; la correspondance diplomatique ; les décisions des juridictions nationales ; les dispositions de traités ; ainsi que la conduite en relation avec les résolutions

⁴³³ *Mer du Nord*, *supra* note 367 au para 77.

adoptées par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale.

3. L'absence de réaction s'étendant dans le temps à une pratique peut constituer la preuve de l'acceptation de cette pratique comme étant le droit (*opinio juris*), lorsque les États étaient en mesure de réagir et que les circonstances appelaient une réaction.⁴³⁴

Il faut toutefois distinguer entre le sentiment d'être *obligé* de respecter une norme, et l'appliquer pour des motifs purement politiques ou économiques. Ainsi, en matière de protection des attentes raisonnables, soulignons qu'il s'agit d'une norme qui est le fruit d'une interprétation arbitrale de la clause de traitement juste et équitable. Ladite interprétation, nous l'avons vu, repose sur une méthode téléologique et non sur l'expression claire des États signataires. Or, s'il y existe, selon nous, un signe révélateur de la volonté étatique de *ne pas* intégrer la doctrine des attentes raisonnables dans la sphère des traités d'investissement, c'est le repli notoire de plusieurs États à l'égard des traités d'investissements, par le biais soit, de la dénonciation de traités bilatéraux d'investissement (et les motifs de celle-ci) ou le non-renouvellement de ces derniers, soit par l'adoption d'une rédaction plus serrée de certaines clauses en particulier celle du traitement juste et équitable, et l'adoption de notes interprétatives limitant la portée, voire la suppression purement et simplement de la clause.

S'agissant de la dénonciation des traités d'investissement, on notera plus spécifiquement le cas de l'Inde⁴³⁵, de l'Afrique du Sud⁴³⁶, de l'Indonésie⁴³⁷, et de

⁴³⁴ Commission du droit international 2016, *supra* note 226 à la p 82.

⁴³⁵ Aditi Shah, « India's proposed investment treaty terms leaves foreign partners cold », Reuters, 19 janvier 2018 disponible en ligne : <[reuters.com/article/india-investment-treaty-idUSL4N1P72N1](https://www.reuters.com/article/india-investment-treaty-idUSL4N1P72N1)> .

⁴³⁶ Adam Green, « South Africa : BITs in pieces » Financial Times, 19 octobre 2012 disponible en ligne : <[ft.com/content/b0eec497-5123-3939-92f7-a5fbc73dd33](https://www.ft.com/content/b0eec497-5123-3939-92f7-a5fbc73dd33)>.

⁴³⁷ Ben Bland and Shaw Donnan, « Indonesia to terminate more than 60 bilateral investment treaties » in The Financial Times, 26 mars 2014 <[ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0](https://www.ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0)>.

l'Équateur⁴³⁸. Ainsi, l'Équateur a souhaité, entre autres, restreindre la portée du traitement juste et équitable⁴³⁹. L'Inde a, pour sa part, adopté en 2016 un nouveau modèle de traité d'investissement qui ne comporte aucune référence au traitement juste et équitable, et ce, compte tenu de l'interprétation libérale que les tribunaux arbitraux en font⁴⁴⁰. D'aucuns estiment en effet que cette décision avait pour objectif d'éviter l'application de la doctrine des attentes raisonnables dans le cadre du traitement juste et équitable⁴⁴¹. Dès lors l'investisseur ne pourrait pas, même en présence de représentations ou d'assurances, faire valoir l'existence et la protection de ses attentes raisonnables⁴⁴². La Commission indienne chargée d'analyser le projet de modèle de 2015 n'a d'ailleurs pas manqué de souligner les incertitudes inhérentes au traitement juste et équitable notamment en référence à la protection des attentes raisonnables de l'investisseur par opposition au droit de l'État de légiférer⁴⁴³.

⁴³⁸ Neuf TBI dénoncés en 2008, un en 2010, seize en 2017 alors que les autres restent soumis à la clause de survie. Communiqué du ICSID du 12 juin 2017, « L'Équateur dénonce ses 16 TBI restants et publie le rapport d'audit de la CAITISA » <iisd.org/itn/fr/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>.

⁴³⁹ Rapport de la Commission d'audit (Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) du 8 mai 2017 <tni.org/en/collection/ecuadorian-citizens-commission-on-investment-protection-caitisa?content_language=es>.

⁴⁴⁰ Ranjan, Prabhaskar et al, *India's Model Bilateral Investment Treaty: Is India Too Risk Averse?*, New Delhi, Brookings India Impact Series, 2018 à la p 24, en ligne (pdf) : CSEP <csep.org/wp-content/uploads/2018/08/India%E2%80%99s-Model-Bilateral-Investment-Treaty-2018.pdf>

⁴⁴¹ *Ibid* à la p 25. Voir aussi Kabir Duggal, « The changing landscape of investor-state arbitration in India » (2016) 7:2 Jindal Global L Rev 127.

⁴⁴² Ranjan, *supra* note 440 à la p 25. Voir aussi Duggal, *supra* note 441.

⁴⁴³ « 3.1.1 Fair and equitable treatment (FET) has emerged as the most important standard of treatment in BITs, and FET provisions occur in most BITs, but with little guidance about meaning and content. This has made the interpretation of FET provision expandable, evidenced by the fact that Tribunals have made legitimate expectations an integral part of this provision, often without providing much doctrinal basis. Further, Tribunals are inconsistent in what constitutes legitimate expectations of investors under FET. As a result, the content of the FET provision, to a great extent, depends on the individual approach of a Tribunal entrusted with the task of finding its content. Indeed, FET has become a catch-all provision capable of sanctioning many legislative, regulatory and administrative actions of the Host State. In other words, the broad and undefined content of the FET provision has proved to be problematic for countries exercising their right to regulate. » Law Commission Of India Report No.260 « Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty » August 2015 à la p 15 disponible en ligne sur : <lawcommissionofindia.niv.in/reports/Report260.pdf>.

L’Afrique du Sud a en outre adopté en 2015 le *Protection of Investment Act*⁴⁴⁴, dont le but est de remplacer tous les traités bilatéraux d’investissement. Fait intéressant, cette loi omet toute référence au traitement juste et équitable et intègre la notion de *traitement administratif équitable*⁴⁴⁵ dont la portée est totalement distincte du traitement juste et équitable⁴⁴⁶ et s’inscrit dans le cadre du principe d’équité procédurale. En Indonésie, la dénonciation des traités d’investissement a été particulièrement motivée par l’interprétation que font les tribunaux arbitraux de certaines clauses, ainsi qu’une volonté de revoir l’application de la clause de traitement juste et équitable⁴⁴⁷.

Nous constatons alors que le retrait de plusieurs États, échaudés par les tribunaux arbitraux, est souvent motivé par le souci de dénoncer une interprétation extensive de certaines clauses. Cette position illustre, selon nous, l’effet contraire d’une *opinio juris*, puisqu’elle dénote l’absence de l’acceptation de cette doctrine comme étant le droit. Il en est de même en ce à trait à la rédaction de certaines clauses afin d’en

⁴⁴⁴ *Protection of Investment Act*, (Afr du Sud), n° 22 de 2015, Gov Gaz 606:39514, en ligne : [CNUCED <investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/south-africa-investment-act>](http://CNUCED<investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/south-africa-investment-act>).

⁴⁴⁵ « Section 6. Fair administrative treatment

1) The government must ensure administrative, legislative and judicial processes do not operate in a manner that is arbitrary or that denies administrative and procedural justice to investors in respect of their investments as provided for in the Constitution and applicable legislation.

2) Administrative decision-making processes must include the right to be given written reasons and administrative review of the decision consistent with section 33 of the Constitution and applicable legislation.

3) Investors must, in respect of their investments, have access to government-held information in a timely fashion and consistent with section 32 of the Constitution and applicable legislation.

4) Subject to section 13(4), investors must, in respect of their investments, have the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial Tribunal or forum consistent with section 34 of the Constitution and applicable legislation. » *Ibid* à la s 6.

⁴⁴⁶ Tarcisio Gazzini, « Rethinking the promotion and protection of foreign investments: South Africa’s Protection of Investment Act 22 of 2015 » dans Yenkong Ngangjoh Hodu et Makane Moïse Mbengue, dir, *African perspectives in international investment law*, Manchester, Manchester University Press, 2020, 131.

⁴⁴⁷ Hamzah Hamzah, « Bilateral Investment Treaties (BITS) in Indonesia: a Paradigm shift, issue and challenges » (2018) 21:1 JLERI 1 à la p 8, en ligne (pdf) : [Abacademies <abacademies.org/articles/Bilateral-investment-treaties-bits-in-indonesia-a-paradigm-shift-issues-and-challenges-1544-0044-21-1-148.pdf>](http://Abacademies<abacademies.org/articles/Bilateral-investment-treaties-bits-in-indonesia-a-paradigm-shift-issues-and-challenges-1544-0044-21-1-148.pdf>).

circonscrire la portée, soit en excluant les attentes raisonnables de toute protection internationale⁴⁴⁸, soit en limitant la portée du traitement juste et équitable aux obligations découlant de la coutume internationale, soit en l'excluant du traité⁴⁴⁹, soit en cernant les critères applicables à la protection des attentes raisonnables⁴⁵⁰ ou en excluant expressément les attentes de l'investisseur de toute protection internationale en ces termes :

Pour plus de certitude, le simple fait qu'une Partie réalise ou omette de réaliser une action, y compris par le biais d'une modification de ses lois et réglementations, qui affecterait négativement les investissements ou qui ne satisferait pas les attentes d'un investisseur y compris ses attentes de profits [...] ne constitue pas une violation des obligations énoncées dans le présent Chapitre. [notre traduction]⁴⁵¹

Il en est de même de l'article 9.6 du Partenariat transpacifique incorporé au Partenariat transpacifique global et progressiste⁴⁵² qui prévoit ce qui suit :

4. Il est entendu que le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement au présent article, même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.

5. Il est entendu que le simple fait pour une Partie de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, ou de la modifier ou de la réduire, ne constitue pas un manquement au présent article, même si

⁴⁴⁸ China-Hong Kong CEPA investment agreement, signé et entré en vigueur le 28 juin 2017; Argentina-Chile FTA, signé le 2 novembre 2017, entré en vigueur le 1^{er} mai 2019

⁴⁴⁹ Brésil-Suriname BIT, signé le 2 mai 2018, mais non en vigueur au moment d'écrire ces lignes.

⁴⁵⁰ Canada-EU signé le 30 octobre 2016 art 8.9.1.

⁴⁵¹ FTA Chili-Argentine, signé le 2.11.2017 en vigueur depuis le 1.05.2019 :

« Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte realice u omite realizar una acción, incluye mediante una modificación de sus leyes y reglamentaciones, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversionista, incluidas sus expectativas de beneficios, aun si hubiera una pérdida o daño a la inversión protegida como resultado, no constituye una violación de las obligaciones de este Capítulo. »

⁴⁵² Comprehensive and Progressive agreement for Trans-Pacific Partnership (Australia, Brunei Darussalam, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Viet Nam), signé le 8.03.2018 et entré en vigueur le 30.12.2018.

cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé.⁴⁵³

Quant à *l'Intra-Mercosur Investment facilitation protocol* celui-ci exclut expressément à l'article 4 le traitement juste et équitable de l'application du traité⁴⁵⁴.

*L'Accord bilatéral d'investissement entre le Brésil et le Suriname*⁴⁵⁵ est encore plus explicite quant à l'exclusion de ces deux standards de l'application du Traité et restreint par la même occasion l'interprétation qui peut être faite des obligations de l'État :

3. For greater certainty, the standards of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" are not covered by this agreement and shall not be used as interpret

Enfin, la volonté affichée de limiter l'application de la doctrine des attentes raisonnables peut se dégager des notes interprétatives conjointes (*joint interpretative note*) adoptées par les États. Ainsi, la note interprétative adoptée par l'Inde et le Bangladesh le 4 octobre 2017 énonce :

a) The "fair and equitable treatment" requirement does not, alone, elevate alleged representations, contractual promises or other undertakings by the Contracting Party where the investment is made to the investor or investment

⁴⁵³ *Partenariat transpacifique* (PTP) Article 9.6 et *Partenariat transpacifique global et progressiste* disponible en ligne : <international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra>.

⁴⁵⁴ *Intra-Mercosur Cooperation and Facilitation Investment Protocol*, 7 avril 2017, (entrée en vigueur : 30 juillet 2019) art 4 :

« 1. Los Estados Partes no denegarán a los inversionistas de otro Estado Parte el acceso a la justicia y a los procedimientos administrativos, de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte Anfitrión. 2. Cada Estado Parte otorgará a los inversionistas de otro Estado Parte y sus inversiones un tratamiento ajustado al debido proceso legal. 3. *Para mayor certeza, los estándares de "trato justo y equitativo", de "proteccion y seguridad plena" y la fase de pre-establecimiento no son cubiertos por el presente Protocolo* » [nos italiques].

Voici notre traduction de la phrase en italiques : « Pour plus de certitude, les standards de traitement juste et équitable, de protection et sécurité intégrales et la phase de préétablissement ne sont pas couverts par le présent Protocole. »

⁴⁵⁵ Signé le 2 mai 2018, mais non en vigueur en date au moment d'écrire ces lignes.

to commitments binding or enforceable under the Agreement. [...]The legal significance of those representations, contractual promises or other undertakings to the investor or investment are to be determined, (i) in the case of a written contract between the investor or investment and Contracting Party that specifies the applicable law, under that law; and (ii) in all other cases, under the law of the Contracting Party in which the investment is made. For greater certainty, the "law of the Contracting Party" in which the investment is made means the law that a domestic court or Tribunal of proper jurisdiction would apply in the same case.⁴⁵⁶

De son côté, l'Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres souligne l'importance « d'examiner, sur une base régulière, la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable afin qu'elle soit conforme à leurs intentions (notamment telles qu'elles sont énoncées dans la présente déclaration) et qu'elle ne sera pas interprétée plus largement qu'ils ne le souhaitent »⁴⁵⁷. D'ailleurs, la décision N° 002/2021 du Comité mixte de l'AECG du 29 janvier 2021 portant adoption d'une procédure d'adoption d'interprétations précise ce qui suit :

(6) Conformément au point 6 e) de l'instrument interprétatif commun concernant l'accord, afin de veiller à ce que les tribunaux institués en vertu de la section F (Règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États) du chapitre huit (Investissement) de l'accord respectent en toutes circonstances l'intention des Parties énoncée dans l'accord, celui-ci contient des dispositions autorisant les Parties à diffuser des notes d'interprétation contraignantes ; en outre, les Parties réaffirment que le Canada ainsi que l'Union européenne et ses États membres s'engagent à appliquer ces

⁴⁵⁶ « Joint Interpretative Notes on the Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the People's Republic of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments », 2017, disponible sur dea.gov.in/sites/default/files/Signed%20Copy%20of%20JIN.pdf.

⁴⁵⁷ « Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part », disponible sur international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/jii-iiiv.aspx?lang=fra.

dispositions pour éviter et corriger toute interprétation erronée de l'accord par les tribunaux.⁴⁵⁸

Nous observons donc une réflexion étatique et une remise en question des modèles, qui prévalaient jusque-là en matière de protection des investissements, mais également à l'égard de l'interprétation des tribunaux arbitraux. Ce repli reflète, selon nous, la volonté *de ne pas être tenu* par des clauses ou des interprétations dont on ne contrôle pas la teneur. Par ce retrait, les États démontrent ainsi le refus de considérer des normes telles que la protection des attentes raisonnables comme une obligation internationale. On ne saurait donc valablement évoquer l'existence d'une *opinio juris* en faveur de celles-ci.

Conclusion

Nous avons mis en évidence dans ce chapitre le fait que les attentes raisonnables ne pouvaient s'appuyer sur une règle coutumière, que ce soit par le truchement du traitement juste et équitable ou en tant de concept indépendant. En effet, en ce qui concerne la pratique étatique dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, il existe d'une part une variation significative des clauses portant sur le traitement juste et équitable ainsi que des clauses excluant explicitement la protection des attentes raisonnables. La pratique étatique en dehors du cadre des traités met également en lumière, l'absence de référence quelconque aux attentes raisonnables dans les lois d'investissement nationales, mais également une interprétation éclectique de la protection des attentes raisonnables dans les législations nationales. Il y a donc

⁴⁵⁸ Décision N° 002/2021 du Comité mixte de l'AECG du 29 janvier 2021 portant sur l'adoption d'une procédure d'interprétation conformément aux articles 8.31.3 et 8.44.3 a) de l'AECG en tant qu'annexe de ses règles de procédure.

absence d'une pratique constante et uniforme des États orientée vers la protection des attentes raisonnables.

Il y a enfin absence d'*opinio juris* des États dans le sens d'une protection des attentes raisonnables, ce constat se fait à travers la succession de dénonciations des traités d'investissement constatées ces dernières années et qui ont été motivées, en autres, par l'interprétation libérale du traitement juste et équitable par les tribunaux arbitraux afin d'y inclure la protection des attentes raisonnables. Ce constat se fait également par la lecture de traités récents dont plusieurs excluent désormais de manière expresse toute protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

Ainsi, en l'absence d'une pratique étatique ainsi qu'une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables, on ne peut que conclure que ces dernières ne s'appuient pas sur une coutume internationale.

CHAPITRE V

LES ATTENTES RAISONNABLES ET LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT

Les deux chapitres précédents nous ont permis de constater que la protection des attentes raisonnables ne pouvait véritablement s'appuyer sur l'interprétation des traités ni sur l'existence d'une coutume internationale quelconque à défaut de pratique constante et d'*opinio juris*. L'objet de ce chapitre est de démontrer que la protection des attentes raisonnables ne constitue pas non plus un principe général de droit (ci-après PGD) qu'il soit issu des systèmes juridiques internes, ou du droit international. En effet, certains tribunaux arbitraux se sont brièvement avancés sur la voie des PGD sans pour autant avoir développé le raisonnement qui le sous-tend. Selon P. Dumberry, il n'y avait pas de raison pratique d'établir le lien entre la protection des attentes raisonnables et les PGD⁴⁵⁹. Certes, la protection des attentes raisonnables découle de l'interprétation libérale du traitement juste et équitable, mais il nous semble opportun d'appréhender la question sous l'angle du PGD pour trois motifs : d'une part, les PGD ont une double vocation : l'émergence d'une norme, et l'interprétation de la norme. D'autre part, compte tenu du reflux du traitement juste et équitable dans plusieurs traités internationaux, on peut s'interroger sur la place qu'occuperait alors la protection des attentes légitimes dans la sphère arbitrale indépendamment du traitement juste et équitable. Enfin, certains tribunaux arbitraux ont eux-mêmes ouvert la voie à ce débat en appréhendant la question sous l'angle du droit comparé.

⁴⁵⁹ Patrick Dumberry, *A Guide to International Principles of Law In International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Nous débuterons donc ce chapitre par un rappel concis des éléments constitutifs des PGD, puis nous aborderons la place de ces derniers dans l'ordre juridique international que ce soit dans le cadre des décisions de la Cour internationale de justice, des tribunaux arbitraux interétatiques et des arbitrages entre États et investisseurs. Nous nous pencherons, à la lumière des enseignements de la Commission de droit international ainsi que de la jurisprudence internationale sur les méthodes d'extraction des PGD. Nous appliquerons enfin ces méthodes à la protection des attentes raisonnables afin de mettre en lumière les lacunes, tant méthodologiques que substantielles, des tribunaux arbitraux lors des arbitrages d'investissement. Par ailleurs, bien que la protection des attentes raisonnables soit associée, par les tribunaux arbitraux, au traitement juste et équitable et que ce dernier soit qualifié de « laboratoire parfait pour les principes généraux de droit »⁴⁶⁰ la controverse persiste quant à sa nature juridique⁴⁶¹.

5.1 Les principes généraux de droit comme source de droit international

Le rôle des PGD en droit international et plus particulièrement en droit international de l'investissement a longtemps été considéré comme marginal même si selon Hirsch, les principes dégagés dans le cadre du Tribunal irano-américain ont contribué au développement du droit de l'investissement⁴⁶². De plus, une analyse empirique menée par Ole Fauchald a révélé que sur 98 sentences du CIRDI, entre le 1^{er} juillet 1998 et décembre 2006, seules 8 d'entre elles s'appuyaient sur les PGD comme argument

⁴⁶⁰ Tarcisio Gazzini, « General Principles of Law in the Field of Foreign Investment » (2009) 10:1 J World Invest & Trade 103 à la p 116.

⁴⁶¹ Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 à la p 272.

⁴⁶² Moshe Hirsch, « Sources of International Investment Law », Hebrew University of Jerusalem Research paper No 05-11, Juillet 2011, aux pp 13-18.

principal de raisonnement⁴⁶³. Schreuer, dans son commentaire de la convention du CIRDI a fait également état des PGD appliqués par les tribunaux arbitraux⁴⁶⁴. Schill estime pour sa part que le recours aux principes généraux de droit permet aux tribunaux arbitraux de parfaire leur raisonnement juridique en favorisant une reconceptualisation du droit de l'investissement et en permettant l'interprétation et l'application de standards aux contours flous tels que celui du traitement juste et équitable⁴⁶⁵. Bien que l'autonomie des PGD ait longtemps fait l'objet de débat⁴⁶⁶, leur caractère autonome semble être désormais accepté⁴⁶⁷ puisqu'ils peuvent émerger de manière indépendante de tout contenu normatif⁴⁶⁸ et donner lieu à des normes distinctes⁴⁶⁹. Globalement, les PGD auraient une triple vocation : générer des droits substantiels, être un vecteur d'interprétation des clauses d'un traité, et compléter les traités ou la coutume internationale⁴⁷⁰. En d'autres termes, les PGD sont soit une source de droit substantiel, soit un vecteur d'interprétation ou de développement du droit international⁴⁷¹. Dans le cadre de l'interprétation, ils favoriseraient ainsi une interprétation dynamique des standards de protection internationaux et contribueraient à leur évolution⁴⁷². Sur le plan des droits substantiels, d'aucuns

⁴⁶³ Fauchald, *supra* note 225 à la p 312.

⁴⁶⁴ Christoph Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, art 42, para 178.

⁴⁶⁵ Stephan W Schill, « General Principles of Law and International Investment Law » dans Tarcisio Gazzini et Eric de Brabandere, dir, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012, 133 aux pp 138, 143.

⁴⁶⁶ Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, t 1, Paris, Pedone, 1944 à la p 894; Beatrice I Bonafé et Paolo Palchetti, « Relying on General Principles in International Law » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 160 à la p 160; Béla Vitany, « les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux reconnus par les nations civilisées » (1982) 28 RGDI 48.

⁴⁶⁷ Joe Verhoeven, *Droit International Public*, Bruxelles, Larcier, 2000 aux pp 34-35.

⁴⁶⁸ Martti Koskenniemi, « General Principles: Reflexion on Constructivist approach in international Law » dans Martti Koskenniemi, dir, *Sources of International Law*, Londres, Routledge, 2000, 120 à la p 128, DOI : <10.4324/9781315087795>.

⁴⁶⁹ Robert Jennings et Arthur Watts, dir, *Oppenheim's International Law*, 2 vol, 9^e éd, Londres, Longman, 1992 à la p 40.

⁴⁷⁰ Gazzini, « General Principles », *supra* note 460 à la p 108.

⁴⁷¹ Schill, « General Principles », *supra* note 465 à la p 141.

⁴⁷² Gazzini, « General Principles », *supra* note 460 à la p 119.

estiment qu'il s'agit d'une source matérielle, non formelle, qui tend à s'étioler avec le développement d'une normativité internationale⁴⁷³. Dans le contexte qui nous occupe, rappelons que les attentes raisonnables sont essentiellement le fruit de l'interprétation que font les tribunaux du traitement juste et équitable (interprétation qui nous l'avons vu est pour le moins contestable). Il ne s'agit donc pas en soi de l'émergence d'un droit substantiel des attentes raisonnables, mais d'un moyen d'interprétation du traité. Toutefois, même au stade de l'interprétation de la clause de traitement juste et équitable, les critères permettant de conclure à l'existence d'une protection des attentes raisonnables en tant que PGD doivent être réunis.

Dans ce contexte, notons que plusieurs auteurs⁴⁷⁴ placent les attentes raisonnables dans la catégorie des principes généraux de droit. M. Potestà estime pour sa part que « malgré certaines incertitudes, conclure à l'émergence d'une PGD portant sur la protection des attentes raisonnables n'est pas irréaliste » [notre traduction]⁴⁷⁵. D'autres, tel J. Ostransky, estiment que l'analyse comparative des différents droits nationaux ne permet pas de dégager un principe unique et uniforme de protection des attentes raisonnables des investisseurs, et qu'il eut été préférable de s'appuyer sur des principes de droit moins controversés⁴⁷⁶, car si les PGD peuvent s'avérer utiles ils ne doivent pas permettre d'étendre ou de réécrire une norme⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 237, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1992 à la p 148, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041102355_01>.

⁴⁷⁴ Voir Snodgrass, *supra* note 19 à la p 2. Voir aussi Brown, « Protection », *supra* note 19 à la p 6; Diehl 2012 à la p 173. On legitimate expectations in the international law on foreign investment; Stephen Fietta, « Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard » (2006) 23:5 J Intl Arb 375; *Walter*, *supra* note 70;

⁴⁷⁵ « Despite these uncertainties, one could nonetheless conclude that to establish at least an emerging general principle of protection of legitimate expectations would not seem to be an unrealistic endeavour. » Potestà, *supra* note 12 à la p 98.

⁴⁷⁶ Ostránský, *supra* note 10 à la p. 376

⁴⁷⁷ *Ibid* à la p 354.

Rappelons en premier lieu qu'en vertu de l'article 38.1c) des Statuts de la Cour internationale de justice, cette dernière règle les différends internationaux en appliquant notamment « Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁴⁷⁸. Les principes généraux de droit ont ainsi pour vocation de combler le vide juridique lorsque la « loi est insuffisante, obscure ou imparfaite »⁴⁷⁹ et permettent dès lors d'éviter une situation de *non liquet*⁴⁸⁰. Ils ont également une fonction interprétative des normes internationales⁴⁸¹. Il existe deux théories à cet égard : les tenants du droit naturel préconisent l'application d'une conscience juridique commune aux peuples « civilisés »⁴⁸², les positivistes prônent quant à eux l'intégration objective des droits nationaux au droit international⁴⁸³. Schachter a par ailleurs développé une théorie selon laquelle les PGD se classent en cinq catégories : « les principes de droit interne des nations civilisées ; les principes propres au droit international ; les principes inhérents à l'idée de droit et communs à tous les systèmes juridiques, y compris la *lex specialis*, les principes universalistes et les principes de justice incluant le droit naturel et l'équité »⁴⁸⁴. Toutefois, les rares tribunaux arbitraux qui se sont référés aux PGD en lien avec la protection des attentes raisonnables se sont appuyés soit sur les droits communs aux systèmes juridiques⁴⁸⁵, soit sur l'application du principe de bonne foi⁴⁸⁶. Nous verrons que dans un cas comme dans un autre, les tribunaux n'ont fait qu'effleurer la question.

⁴⁷⁸ *Statut de la Cour internationale de Justice*, supra note 359 art 38.

⁴⁷⁹ Neha Jain, « Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law » (2016) 57:1 Harv. Intl LJ 111 à la p 113, en ligne (pdf) : *ScholarshipRepositoryUMN* <scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1487&context=faculty_articles>.

⁴⁸⁰ Vázquez-Bermúdez, Marcelo, Commission du droit international, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Doc off AG NU, 71^e sess, DOC NU A/CN.4/732 (2019) à la p 7, en ligne (pdf) : *NU* <digitallibrary.un.org/record/3805756>.

⁴⁸¹ B Cheng, supra note 345 à la p 390.

⁴⁸² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990 aux pp 15-16.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Boston, Brill, 1991 aux pp 50-54.

⁴⁸⁵ *Total*, supra note 105; *Gold Reserve*, supra note 112.

⁴⁸⁶ *Tecmed*, supra note 3.

5.2 Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale

La jurisprudence internationale a eu recours aux principes généraux de droit pour démontrer l'existence d'une obligation étatique. Ce fut le cas de l'octroi de droits de passage⁴⁸⁷, de la confirmation de la notion d'enrichissement injustifié⁴⁸⁸, de la confidentialité des échanges avec des conseillers juridiques⁴⁸⁹, de l'admissibilité de la preuve indirecte⁴⁹⁰, ainsi que de la protection diplomatique⁴⁹¹.

Nous retrouvons également des références aux PGD en arbitrage interétatique dès 1896, dans *l'affaire Fabiani*, entre la France et le Venezuela, où le Tribunal statua :

en consultant les principes généraux du droit des gens sur le déni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées dans la doctrine [...] on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions et notamment de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences.⁴⁹²

Il en fut de même en 1920 dans le litige entre les États-Unis d'Amérique et la Russie lors duquel le Tribunal rappela : « [...] le principe général de droit civil, d'après

⁴⁸⁷ *Affaire du droit de passage sur le territoire indien (Portugal c Inde)*, [1960] CIJ Rec 6, en ligne (pdf) : [CIJ <ij-cij.org/public/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-FR.pdf>](http://cij-cij.org/public/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-FR.pdf) [*Droit de passage*].

⁴⁸⁸ *Affaire relative à certains biens (Liechtenstein c Allemagne)*, [2005] CIJ Rec 6 (mémoire de la Principauté du Liechtenstein au para 6.5), en ligne (pdf) : cij-cij.org/public/files/case-related/123/123-20050210-JUD-01-00-FR.pdf.

⁴⁸⁹ *Affaire relative aux questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor Leste c Australie)*, Ordonnance du 3 mars 2014, [2014] CIJ Rec 147, en ligne (pdf) : [CIJ <ij-cij.org/public/files/case-related/156/156-20140303-ORD-01-00-FR.pdf>](http://cij-cij.org/public/files/case-related/156/156-20140303-ORD-01-00-FR.pdf).

⁴⁹⁰ *Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Albanie)*, [1949] CIJ Rec 4, en ligne (pdf) : [CIJ <ij-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-FR.pdf>](http://cij-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-FR.pdf) [*Corfou*].

⁴⁹¹ *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgique c Espagne)*, [1970] CIJ Rec 3, en ligne (pdf) : [CIJ <ij-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>](http://cij-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf) [*Barcelona Traction*].

⁴⁹² Geza Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akademia Kiado, 1969 à la p 92.

lequel les dommages et intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le dommage dont on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé est également applicable aux litiges internationaux »⁴⁹³. Les statuts de la Cour pénale internationale prévoient en outre à l'article 21.1(c) du Statut de Rome que la Cour applique « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde »⁴⁹⁴.

En matière d'arbitrage d'investissement, le recours aux PGD dans le cadre du droit transnational fut évoqué par Lord McNair qui souligna leur importance dans le règlement des différends entre l'État et l'investisseur étranger⁴⁹⁵. Le recours aux PGD est d'ailleurs devenu plus fréquent sous les auspices du CIRDI⁴⁹⁶. Plus spécifiquement, l'application des PGD comme source d'obligation internationale a été évoquée par les tribunaux arbitraux à plusieurs occasions, notamment dans les affaires *Inceysa v El Salvador*⁴⁹⁷, *Petroleum Dev Ltd v Sheikh of Abu Dhabi*⁴⁹⁸, *El Paso v Argentina*⁴⁹⁹, *Sea-Land Service v Iran*⁵⁰⁰, *Lanco v Argentina*⁵⁰¹, *Olguín v*

⁴⁹³ *Ibid* à la p 93.

⁴⁹⁴ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entré en vigueur : 1^{er} juillet 2002), en ligne (pdf) : [CPI <icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf>](http://CPI-icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf).

⁴⁹⁵ Lord McNair, « The General Principles of Law recognized by Civilized Nations » (1957) 33 Brit YB Intl L 1.

⁴⁹⁶ Hugh Thirlway, *The sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 191.

⁴⁹⁷ *Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador* (2006), ICSID Case No ARB/03/26 au para 227 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Oreamuno Blanco, Burton A Landy et Claus von Wobeser) [*Inceysa*].

⁴⁹⁸ *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi* (1951), 18 ILR144.

⁴⁹⁹ *El Paso*, *supra* note 21.

⁵⁰⁰ *Sea-Land Service, Inc v The Government of the Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization* (1984), IUSCT Case No 33 (Iran-United States Claims Tribunal) (Arbitres : Gunnar Lagergren, Howard M Holtzmann et Mahmoud Kashani) [*Sea-Land*].

⁵⁰¹ *Lanco International Inv v Argentine Republic* (2001), 40 ILM 457, ICSID ARB/97/6 au para 46 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Guillermo Aguilar Alvarez et Luiz Olavo Baptista).

*Paraguay*⁵⁰², *Fedax v Venezuela*⁵⁰³, *Liamco v Libye*⁵⁰⁴, *Amco Asian Corporation and others v Indonesia*⁵⁰⁵, *Mobil Corporation et al v Venezuela*⁵⁰⁶, et *Yukos v Russie*.⁵⁰⁷ Des principes tels que celui de la proportionnalité⁵⁰⁸, de l'enrichissement injustifié⁵⁰⁹, de la règle *pacta sunt servanda*⁵¹⁰, *res judicata*⁵¹¹ et la bonne foi⁵¹² font partie intégrante du paysage juridique arbitral. Certains tribunaux ne procéderont pas nécessairement à une analyse du principe soulevé, mais concluront simplement à l'existence d'un consensus autour de celui-ci⁵¹³.

S'agissant du traitement juste et équitable, le Tribunal rappela dans *Toto Costruzioni Generali SpA v The Republic of Lebanon* :

166. The fair and equitable treatment standard of international law does not depend on the perception of the frustrated investor but should use public international law and comparative domestic public law as a benchmark⁵¹⁴.

⁵⁰² *Eudoro Armando Olguín v Republic of Paraguay* (2001), ICSID Case No ARB/98/5 aux para 83-84 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Orearuno, Francisco Rezek et Eduardo Mayora Alvarado).

⁵⁰³ *Fedax NV v The Republic of Venezuela* (1998), 37 ILM 1391, ICSID Case No ARB/96/3 au para 30 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuna, Prof Meir Heth et Roberts B Owen).

⁵⁰⁴ *Liamco v Government of the Libyan Arab Republic* (1977), [1980] Rev arb 132 à la p 144, Ad hoc Arbitration (Jus Mundi) (ILC 1958) (Arbitre : Dr Sobhi Mahmassani).

⁵⁰⁵ *Amco Asian Corporation and others v Indonesia* (1984), ICSID Case No ARB/81/1 à la p 504 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Edward W Rubin, Isi Foighel et Berthold Goldman) [*Amco*].

⁵⁰⁶ *Venezuela Holdings*, supra note 313 (decision on jurisdiction aux para 169-185).

⁵⁰⁷ *Yukos*, supra note 271 au para 1359.

⁵⁰⁸ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador* (2012), ICSID Case No ARB/06/11 aux para 402-403 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, David AR Williams et Prof Brigitte Stern).

⁵⁰⁹ *Saluka*, supra note 27 aux para 449-450.

⁵¹⁰ *Amco*, supra note 505 (decision on Jurisdiction au para 14).

⁵¹¹ *Waste Management, Inc v United Mexican States (II)* (2004), ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof James Crawford, Benjamin R Civiletti et Eduardo Magallón Gómez) [*Waste Management*].

⁵¹² *Tecmed*, supra note 3.

⁵¹³ *Inceysa*, supra note 497 aux para 254-255.

⁵¹⁴ *Toto*, supra note 156 au para 166.

Il en est de même dans *Total SA v Argentina*, où le Tribunal, se prononçant sur le traitement juste et équitable, énonça :

111. In determining the scope of a right or obligation, Tribunals have often looked as a benchmark to international or comparative standards. Indeed, as is often the case for general standards applicable in any legal system (such as “due process”), a comparative analysis of what is considered generally fair or unfair conduct by domestic public authorities in respect of private firms and investors in domestic law may also be relevant to identify the legal standards under BITs. Such an approach is justified because, factually, the situations and conduct to be evaluated under a BIT occur within the legal system and social, economic and business environment of the host State.⁵¹⁵

S’agissant plus spécifiquement de la protection des attentes raisonnables, le lien avec les principes généraux de droit a été fait par certains tribunaux arbitraux, notamment dans l’affaire *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*⁵¹⁶, où le Tribunal analysa l’origine de la protection des attentes raisonnables en ces termes :

Based on converging considerations of good faith and legal security, the concept of legitimate expectations is found in different legal traditions according to which some expectations may be reasonably or legitimately created for a private person by the constant behavior and/or promises of its legal partner, in particular when this partner is the public administration on which this private person is dependent [...].⁵¹⁷

Dans l’ensemble, nous pouvons distinguer trois catégories de sentences selon leur analyse de la doctrine de protection des attentes raisonnables. Celles qui s’appuient exclusivement sur les « précédents » arbitraux pour conclure à l’existence d’une protection internationale des attentes raisonnables, celles qui s’appuient sur des

⁵¹⁵ *Total*, supra note 105 (DL au para 111). *Lemire*, supra note 168 (DJL au para 506); *Noble Ventures*, supra note 161 aux para 177-178; *Myers*, supra note 80 aux para 263-264; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc and AS Baltoil v The Republic of Estonia* (2001), ICSID Case No ARB/99/2 aux para 367 et s (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof Meir Heth et Prof Albert Jan van den Berg).

⁵¹⁶ *Gold Reserve*, supra note 112 au para 576. Voir aussi *Total*, supra note 105 (DL aux para 11, 128); *Toto*, supra note 156 au para 166.

⁵¹⁷ *Gold Reserve*, supra note 112 au para 576.

principes tels que celui de la bonne foi pour interpréter la clause de traitement juste et équitable, c'est le cas notamment de la sentence dans l'affaire *Tecmed*, où le Tribunal ne fait à aucun moment référence à l'existence d'une norme issue du droit comparé relative à la protection des attentes raisonnables, mais interprète le traitement juste et équitable à la lumière du principe de bonne foi pour conclure à l'existence d'une protection des attentes raisonnables⁵¹⁸. Il y a enfin celles qui font référence à l'existence d'une telle protection en droit interne⁵¹⁹. Ces dernières énumèrent brièvement quelques systèmes juridiques internes pour conclure à la généralité de la règle et son application automatique en droit international de l'investissement. Elles demeurent néanmoins silencieuses sur les différentes acceptions que le principe peut revêtir dans ces législations, se limitent à évoquer une poignée d'États⁵²⁰, et omettent d'appliquer une quelconque méthode d'analyse de droit comparé avant de conclure à l'existence d'une protection internationale des attentes raisonnables. De plus, même en postulant de l'existence d'une norme commune en droit interne, ces tribunaux transposent celle-ci dans la sphère internationale sans nécessairement s'assurer que cette transposition soit valide au regard du droit international.

En conséquence, notre analyse nous permettra de démontrer d'une part que la protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe commun de droit interne pouvant être qualifié de principe général de droit, et n'est pas non plus un principe de droit international.

⁵¹⁸ *Tecmed*, *supra* note 3 au para 154.

⁵¹⁹ *Gold Reserve*, *supra* note 112 au para 576. Voir aussi *Total*, *supra* note 105 (DL aux para 11, 128); *Toto*, *supra* note 156 au para 166.

⁵²⁰ Principalement l'Allemagne, la Grande-Bretagne, le droit communautaire européen, la France, l'Argentine et le Venezuela. Aucune référence n'est faite aux pays d'Asie, d'Afrique, d'Europe de l'Est, d'Amérique du Nord, etc.

5.3 Les critères d'émergence d'un principe général de droit

La Commission de droit international indiqua dans son premier rapport sur les principes généraux du droit⁵²¹ de 2019 que : « les principes généraux de droit ne se limitent pas à ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux. [...] les principes généraux de droit, qui font partie du droit international général, sont universellement applicables »⁵²². Le projet de conclusion 3 (*catégories des principes généraux de droit*) de ce rapport énonce alors :

Les principes généraux de droit comprennent les principes :

- a) découlant des systèmes juridiques nationaux ;
- b) formés dans le cadre du système juridique international.⁵²³

Dès lors, les PGD découlent soit d'une analyse comparative des lois nationales⁵²⁴, soit des principes de droit international autres que ceux découlant de la coutume⁵²⁵. Dans les deux cas, ces principes doivent être reconnus par les États. Nous examinerons donc dans un premier temps les principes généraux de droit présents *in foro domestico* et plus particulièrement l'existence d'une protection des attentes raisonnables dans les juridictions internes. Nous mettrons en lumière le fait qu'une analyse comparée des législations internes ne permet pas valablement de conclure à l'existence d'une norme commune et que l'échantillon utilisé par les tribunaux arbitraux ne peut refléter la généralité du principe au sens du droit international. Nous verrons, dans un deuxième temps, que les attentes raisonnables ne peuvent non plus

⁵²¹ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480.

⁵²² *Ibid* à la p 50.

⁵²³ *Ibid* à la p 76.

⁵²⁴ Hersch Lauterpacht, *Private Law sources and analogies of international law*, Londres, Longmans 1927 à la p IX.

⁵²⁵ Georges Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale) » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 44, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1933 à la p 573, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608122_06>.

être qualifiées de principe général issu du système juridique international. Nous nous pencherons enfin sur le troisième volet qui est celui de la reconnaissance des États, ou plutôt de l'absence de reconnaissance d'une protection internationale des attentes raisonnables y compris par les États dont la législation interne prévoit une telle protection.

5.4 La protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe commun in *foro domestico*

S'agissant des principes issus des droits nationaux, Lord Phillimore indiquait déjà, à l'occasion des travaux préparatoires ayant présidé à la rédaction des Statuts de la Cour permanente de justice internationale, qu'il s'agissait des « principes acceptés par toutes les nations in *foro domestico*, tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, de la chose jugée, etc. »⁵²⁶. L'approche de droit comparée a été appliquée à quelques occasions, notamment dans l'affaire du *Droit de passage sur le territoire indien*, lors de laquelle le Portugal procéda à une analyse comparative des différents ordres juridiques sur la question de « nécessité »⁵²⁷. Il en est de même dans *l'Affaire des plates-formes iraniennes*, à l'occasion de laquelle le juge Simma analysa la question de la multiplicité des auteurs de l'acte préjudiciable⁵²⁸. Enfin, dans les arrêts du *Sud-Ouest Africain*, la Cour précisa :

88. Pour ces motifs, la Cour, tenant compte de ce que les droits des demandeurs doivent être établis en fonction de la nature du système qui est censé leur avoir donné naissance, considère l'argument de la nécessité comme

⁵²⁶ Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité 16 juin–24 juillet 1920 avec Annexes*, Ligue des Nations, 15^e séance, CPJI, La Haye, Van Langenhuysen Frères, 1920 à la p 335.

⁵²⁷ *Droit de passage*, *supra* note 487.

⁵²⁸ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique)*, [2003] CIJ Rec 161 au para 66, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-FR.pdf>.

sans fondement [...]. Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des « principes généraux de droit » mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 c), de son Statut.⁵²⁹

Les PGD sont dès lors des principes « communs aux systèmes juridiques des différents États du monde [...] et constituent une source du droit international qui trouve son origine dans les divers droits nationaux »⁵³⁰. J. Verhoeven précisa pour sa part que ces principes « reposent sur la convergence de règles de droit interne dont la substance, débarrassée de l'enrobage national qui les encombre, a vocation à régir les rapports internationaux dans la mesure où elle reflète une pratique spécifiquement juridique largement répandue [...] ce qui rapproche à certains égards les principes généraux de la coutume »⁵³¹. Toutefois, il est important de préciser que ces principes qui pourraient être qualifiés de « maximes de droit »⁵³² ne relèvent ni de l'équité ni du droit naturel⁵³³.

En matière de protection des attentes raisonnables, peu de sentences arbitrales appliqueront une méthode de droit comparé, tout au plus, les tribunaux feront référence à l'existence du principe de protection des attentes raisonnables, ou de confiance légitime dans certaines législations nationales⁵³⁴. C'est le cas notamment du Tribunal arbitral dans *Total c Argentina*. Dans cette affaire, le Tribunal, tout en admettant que la portée et l'assise juridique de la protection des attentes raisonnables peuvent varier d'une législation à une autre, affirma néanmoins que cette doctrine

⁵²⁹ *Sud-Ouest africain*, *supra* note 312 au para 88.

⁵³⁰ *Texaco-Caliasiatc c Gouvernement libyen* (1977), 104 JDI 350 au para 50, Ad hoc Arbitration (Jus Mundi) (Arbitre : René-Jean Dupuy).

⁵³¹ Joe Verhoeven, « Considérations de ce qui est commun. Cours général de droit international public » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 334, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 2002 à la p 117, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004172890_01>.

⁵³² Comité consultatif de juristes, *supra* note 526 à la p 335.

⁵³³ Ripert, *supra* note 525 à la p 577.

⁵³⁴ Il est important de préciser que le vocable de confiance légitime est surtout utilisé en droit civil européen, alors que celui des attentes légitimes ou raisonnables se retrouve dans les juridictions de Common Law.

était désormais reconnue tant dans les juridictions de droit civil que de *Common Law*. Le Tribunal se référa alors au droit allemand, argentin, anglais, ainsi qu'au droit de la communauté européenne et de sa jurisprudence⁵³⁵, notamment à la décision *Opel Austria GmbH c Conseil de l'Union européenne* qui prévoyait ce qui suit :

93-Il y a lieu d'observer ensuite que le principe de bonne foi est le corollaire, dans le droit international public, du principe de protection de la confiance légitime qui, selon la jurisprudence, fait partie de l'ordre juridique communautaire (voir arrêt de la Cour du 3 mai 1978, *Töpfer/Commission*, 112/77, Rec. p. 1019, point 19). Le droit de se prévaloir du principe de confiance légitime est ouvert à tout opérateur économique dans le chef duquel une institution a fait naître des espérances fondées [...].⁵³⁶

Le Tribunal arbitral adopta la même approche dans l'affaire *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*⁵³⁷, lorsqu'il énonça :

Based on converging considerations of good faith and legal security, the concept of legitimate expectations is found in different legal traditions according to which some expectations may be reasonably or legitimately created for a private person by the constant behavior and/or promises of its legal partner, in particular when this partner is the public administration on which this private person is dependent. In particular, in German law protection of legitimate expectations is connected with the principle of *Vertrauensschutz* (protection of trust) a notion which deeply influenced the development of European Union Law, pointing to precise and specific assurances given by the administration. The same notion finds equivalents in other European countries such as France in the concept of *confiance légitime*. The substantial (as opposed to procedural) protection of legitimate expectations is now also to be found in English law although it was not recognized until the last decade. This protection is also found in Latin American countries, including in Argentina, as stated by the Tribunal in *Total v Argentine Republic*, and exists equally in

⁵³⁵ *Total*, *supra* note 105 (DL aux para 128-130).

⁵³⁶ *Opel Austria GmbH c Conseil de l'Union européenne*, [1997] ECR II-00039 au para 83, CJUE Affaire No T-115/94 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, quatrième chambre) (Arbitres : M K Lenaerts, Juge P Lindh et Juge M J L Cooke) [*Opel*].

⁵³⁷ *Gold Reserve*, *supra* note 112. Voir aussi *Total*, *supra* note 105 (DL aux para 11, 128); *Toto*, *supra* note 156 au para 166.

Venezuelan administrative law, as indicated in the first legal opinion of Professor A. Brewer-Carías [...]. [notes omises]⁵³⁸

Toutefois, force est de constater l'amalgame fait entre des notions de bonne foi, de confiance légitime, de sécurité juridique qui sont utilisées par les tribunaux arbitraux. Ces derniers ne font pas non plus la distinction entre les attentes raisonnables générées dans le cadre d'une relation contractuelle et celles découlant de l'adoption, par l'État, de lois ou de règlements. En d'autres termes, entre le concept des attentes raisonnables en droit privé et celui de droit public. L'approche des tribunaux arbitraux consiste principalement en une énumération des États qui ont intégré la protection des attentes raisonnables, la confiance légitime ou la sécurité juridique dans leur droit national.

Rappelons que l'émergence ou l'existence d'un principe général de droit suppose l'analyse de la nature et la portée de la norme dans divers systèmes juridiques par un « processus inductif sans postuler de son existence »⁵³⁹. Cette approche repose également sur un processus « d'abstraction, de généralisation »⁵⁴⁰, et d'implantation en droit international⁵⁴¹. On entend par abstraction, le fait d'extraire l'essence du principe soit, « le principe sous-jacent »⁵⁴² commun aux différents systèmes juridiques en « le dépouillant de ses particularités internes »⁵⁴³. Cette abstraction se fait souvent sur une base fonctionnaliste et repose donc sur une interprétation téléologique de la règle de droit⁵⁴⁴. Cette méthode a néanmoins été remise en cause par P. Weil du fait qu'elle contribuait, d'une part, à dénaturer la norme juridique qui

⁵³⁸ *Gold Reserve*, *supra* note 112 au para 576.

⁵³⁹ Christoph H Schreuer, « International and Domestic Law in Investment Disputes – The Case of ICSID » (1996) 1 *Aus Rev Intl & Eur L* 89 à la p 107.

⁵⁴⁰ Georg Schwarzenberger, *The inductive approach to International Law*, Londres, Stevens 1965; Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970 à la p 419.

⁵⁴¹ Weil, « Identité », *supra* note 473 aux pp 145-146.

⁵⁴² Visscher, *Théories et réalités*, *supra* note 540 à la p 419.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Jaye Ellis, « General principles and comparative law » (2011) 22:4 *Eur J Intel L* 949 aux pp 959-961, DOI : <10.1093/ejil/chr072>.

la sous-tend et d'autre part s'appuierait sur « le postulat harmoniste de l'existence d'une espèce de patrimoine juridique commun à l'ensemble des droits nationaux »⁵⁴⁵. Dès lors, malgré l'existence d'un socle commun, les spécificités propres à une législation ne sauraient être ignorées. Verhoeven estime pour sa part que l'émergence des PGD est limitée par deux facteurs : d'une part, le nombre des États et les spécificités des droits nationaux qui ne permettent pas de dégager les principes communs, et d'autre part le fait que cette analyse comparée occulte tant l'aspect sociologique qu'idéologique des normes étatiques ainsi que l'apport de la jurisprudence nationale et administrative dans le façonnement de ces normes⁵⁴⁶. En effet, certains⁵⁴⁷ estiment qu'une analyse mécanique des dispositions législatives d'un État élude le processus historique, social et culturel entourant l'adoption de la norme nationale et plus particulièrement de la « culture juridique »⁵⁴⁸ de l'État. Cette posture fut déjà exprimée par Tunkin, selon lequel il n'y a pas de principes normatifs qui pourraient être communs à tous les systèmes juridiques, car bien qu'il puisse y avoir une apparente similitude, ces principes se distinguent par leur fonction sociale et leur finalité⁵⁴⁹.

Un débat existe en outre sur le choix des systèmes juridiques retenus par les tribunaux arbitraux et soulève la question de la représentativité de certains d'entre eux⁵⁵⁰. À cet égard, il est important d'éviter de recourir à des règles que seulement quelques systèmes juridiques reconnaissent⁵⁵¹. Or force est de constater que les droits allemand, français, anglais, de l'Union européenne et certains d'Amérique latine, sont ceux qui reviennent le plus souvent dans les motifs des sentences arbitrales. En

⁵⁴⁵ Weil, « Identité », *supra* note 473 à la p 146.

⁵⁴⁶ Verhoeven, « Considérations », *supra* note 531 à la p 118.

⁵⁴⁷ Jain, *supra* note 479.

⁵⁴⁸ Pierre Legrand, « European Legal Systems are Not Converging » (1996) 45:1 Intl & Comp L Rev 52 à la p 60, en ligne (pdf) : *JSTOR* <[jstor.org/stable/761068?seq=1](http://www.jstor.org/stable/761068?seq=1)>.

⁵⁴⁹ G I Tunkin, *Problems of the Theory of international Law*, Budapest, 1964 à la p 155.

⁵⁵⁰ Ellis, *supra* note 444 à la p 957; Schill, « General Principles », *supra* note 465 à la p 148.

⁵⁵¹ H C Gutteridge, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Londres, Cambridge University Press, 1946 à la p 71.

revanche, les droits des pays africains, arabes ou asiatiques semblent exclus de toute analyse. Certains auteurs justifient cette sélection par l'accès à la ressource juridique et par l'influence que les systèmes juridiques occidentaux exercent sur les autres droits⁵⁵². Ce défaut « d'universalité », bien que reconnu par certains auteurs, serait selon eux un mal nécessaire, et résulterait du fait que les tribunaux arbitraux sont limités en termes de temps et de nombre⁵⁵³. Schill estime pour sa part que l'analyse ne doit pas être exhaustive, mais peut se limiter aux principaux droits, dans une perspective fonctionnelle⁵⁵⁴.

Sans pour autant rechercher l'exhaustivité, nous pouvons considérer que le choix opéré par les tribunaux arbitraux génère un déficit de légitimité de la norme. Car bien que l'unanimité ne soit pas requise pour conclure à l'émergence d'un PGD, il serait illusoire d'évoquer une généralité sur la base d'une poignée d'États. Nous pouvons *a priori* nous attendre qu'une analyse comparable à celle effectuée par Bin Cheng puisse être appliquée à la protection des attentes raisonnables avant de conclure à l'émergence d'un PGD. Ce dernier avait en effet analysé près de 40 lois internes portant sur l'application des principes généraux de droit, d'équité et de droit naturel⁵⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, si les tribunaux arbitraux souhaitent se prévaloir des législations internes pour conclure à l'existence d'une protection des attentes raisonnables en droit international encore faut-il adopter la démarche méthodologique appropriée en procédant à une analyse comparative des différents ordres juridiques nationaux afin

⁵⁵² Schill, « General Principles », *supra* note 465 à p 148.

⁵⁵³ Shotaro Hamamoto, « Protection of the Investor's Legitimate Expectations: Intersection of a Treaty Obligation and a General Principle of Law » dans Wenhua Shan et Jinyuan Su, dir, *China and International Investment Law*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2014, 141 à la p 165.

⁵⁵⁴ Schill, « General Principles », *supra* note 465 à la p 148.

⁵⁵⁵ B Cheng, *supra* note 345.

d'extraire le véritable caractère général d'un principe. En effet, seule une application méthodologique stricte peut éviter une application subjective des PGD⁵⁵⁶.

Dans le cadre de notre recherche, une analyse de la notion de la protection des attentes raisonnables suppose donc que l'on se penche sur l'existence et la portée d'une telle protection dans les systèmes juridiques internes. Bien entendu, une analyse exhaustive des droits nationaux dépasse le cadre de cette thèse, et pourrait à elle seule faire l'objet d'une étude. Toutefois, notre objectif est de mettre en exergue le fait que les conclusions des tribunaux arbitraux quant à l'existence d'une protection des attentes raisonnables en droit comparé reposent sur une analyse parcellaire de cette doctrine dans les juridictions nationales.

5.4.1 La protection des attentes raisonnables en droit interne

En premier lieu, il est utile de préciser que la protection des attentes raisonnables, ou de la confiance légitime est un concept que nous pourrions qualifier d'hybride, tant il peut être évoqué en droit privé contractuel, qu'en droit public administratif. Déjà à ce stade, l'analyse comparée présente certaines difficultés. Nous avons déjà évoqué la pratique étatique relativement à la protection des attentes raisonnables et avons constaté qu'elle se retrouve dans plusieurs systèmes juridiques : l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique, le Danemark, la Grèce, l'Italie, le Royaume-Uni, le Canada, l'Australie et l'Union européenne⁵⁵⁷. Nous avons également mis en exergue le fait que son contenu et sa portée variaient selon l'État. Application extensive en Allemagne⁵⁵⁸ plus restrictive en droit australien⁵⁵⁹ et canadien⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Schill, « General Principles », *supra* note 465 à la p 154.

⁵⁵⁷ Schwarze, *supra* note 414.

⁵⁵⁸ Faust et Wiese, *supra* note 415 à la p 99.

⁵⁵⁹ Groves, *supra* note 419 à la p 511, tel que cité dans Zeyl, *supra* note 419 à la p 215.

⁵⁶⁰ Mavi, *supra* note 421.

Afin d'illustrer davantage ces différences, nous reviendrons notamment sur le droit britannique, celui de l'Union européenne, du Canada, des États-Unis, de la France et de certains pays d'Asie et d'Amérique latine.

5.4.1.1 Le droit britannique

Il est admis que la protection des attentes raisonnables fait partie intégrante du droit britannique⁵⁶¹. Cette notion s'appuie soit sur celle de « la confiance »⁵⁶² mise en avant par McCormick⁵⁶³ et appliquée par Joseph Raz⁵⁶⁴ dans le cadre de la théorie de l'estoppel, soit sur une notion plus large de droit qui est celle de la stabilité juridique⁵⁶⁵, de l'égalité et du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'autorité publique⁵⁶⁶. Les décisions ayant ouvert la voie à l'application de cette doctrine sont principalement celles de *Ridge c Baldwin*⁵⁶⁷ et *Schmidt c Secretary of State for Home Affairs*⁵⁶⁸ à l'occasion desquelles la Cour d'appel d'Angleterre évoqua pour la première fois la protection des attentes légitimes⁵⁶⁹. Il fut précisé que celles-ci ne sont pas créatrices de droits substantiels, mais uniquement procéduraux, garantissant le respect du *due process of law*. Dès lors, la théorie permettrait de s'assurer que le processus de prise de décision est exempt d'arbitraire, que l'individu a pu être entendu conformément à la règle *audi alteram partem* et a pu faire valoir ses arguments.

⁵⁶¹ Soren Schönberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000 à la p 110.

⁵⁶² Le terme exact est « reliance ».

⁵⁶³ N MacCormick, « Voluntary Obligations and Normative Powers » dans *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supp 46, 1972, 59, aux pp 67-68.

⁵⁶⁴ J Raz, « Voluntary Obligations and Normative Powers » *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supp 46, 1972, 79, à la p 101.

⁵⁶⁵ Schönberg, *supra* note 561 à la p 9.

⁵⁶⁶ *Ibid* à la p 15.

⁵⁶⁷ *Ridge v Baldwin*, [1963] UKHL 2, [1964] AC 40.

⁵⁶⁸ *Schmidt and Another v Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 WLR 337, [1969] 2 Ch 149, [1969] 1 All ET 904.

⁵⁶⁹ *Ibid* à la p 79.

La théorie n'interdit donc pas à l'administration de prendre des mesures ou de rendre des décisions, et n'affecte en rien son pouvoir discrétionnaire. Elle s'assure simplement que cette prise de décision respecte les principes de justice naturelle. Ainsi, une administration ne peut s'engager à respecter les attentes substantielles de l'individu à l'encontre d'une loi ou d'un règlement qui viendrait limiter, ou annuler lesdites attentes⁵⁷⁰. En somme, le principe de la légalité et de la conformité de l'action de l'État à l'égard des lois et règlements prime sur les intérêts de l'administré. La jurisprudence administrative britannique a longtemps retenu cette approche conservatrice, jusqu'à ce qu'elle soit tempérée par Lord Fraser dans le dossier *Council for civil service Unions and others v Minister for the Civil Service*⁵⁷¹ : « Legitimate expectations may rise either from express promise [...] or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonably expect to continue »⁵⁷². Notons néanmoins la notion de « pratique régulière » qui suppose une action ou d'un comportement constant et régulier de l'État.

Toutefois, les décisions *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ; ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd*⁵⁷³ et *R v North and East Devon Health Authority; ex parte Coughlan*⁵⁷⁴ marquèrent un tournant quant à la portée des attentes raisonnables par l'inclusion d'une possible protection des droits substantiels⁵⁷⁵. Dès lors, l'évolution de la jurisprudence britannique a permis de constater un glissement vers

⁵⁷⁰ Abhijit PG Pandya et Andy Moody, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: an Unclear Future » (2010) 15:1 Tilburg L Rev 93 à la p 1.

⁵⁷¹ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ case)*, [1985] 1 AC 374, [1985] ICR 14, [1984] 3 All ER 935.

⁵⁷² *Ibid* à la p 9.

⁵⁷³ *R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food; ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd*, [1995] 2 All ER 714.

⁵⁷⁴ *R v North and East Devon Health Authority; ex parte Coughlan*, [2001] QB 213, [2000] 3 All ER 850.

⁵⁷⁵ Mark Elliott, « From Heresy to Orthodoxy: Substantive Legitimate Expectations in the United Kingdom » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford: Hart Publishing, 2017, 217 à la p 219.

une protection substantielle des attentes raisonnables⁵⁷⁶. Pourtant, cette question demeure complexe et elle est souvent inhérente à l'idée d'abus de pouvoir. Dans *R v Secretary of State for Education and Employment ex parte Begbie* la Cour en précisa la portée comme suit :

The more the decision challenged lies in what may inelegantly be called the macro-political field, the less intrusive will be the court's supervision. More than this: in that field, true abuse of power is less likely to be found, since within it changes of policy, fuelled by broad conceptions of the public interest, may more readily be accepted as taking precedence over the interests of groups which enjoyed expectations generated by an earlier policy.⁵⁷⁷

Le principe de primauté de l'intérêt public sur les intérêts d'un groupe justifie alors la déférence des tribunaux à l'égard des décisions étatiques quand bien même elles seraient à l'origine d'une frustration des attentes raisonnables. Le droit anglais fait également cas de la séparation de pouvoirs et de l'importance de maintenir ce cloisonnement. Ainsi dans *R (Bibi) v Newham London Borough Council*, la Cour se prononçant sur le rôle des tribunaux souligna l'importance de ne pas usurper le pouvoir exécutif :

[41] The court, even where it finds that the applicant has a legitimate expectation of some benefit, will not order the authority to honour its promise where to do so would be to assume the powers of the executive. Once the court has established such an abuse it may ask the decision taker to take the legitimate expectation properly into account in the decision-making process⁵⁷⁸.

S. Schönberg estime pour sa part qu'il existe trois formes d'attentes légitimes : les attentes procédurales, les attentes substantielles introduites par le droit européen et les attentes compensatoires⁵⁷⁹. Il identifie alors quatre situations illustrant la frustration

⁵⁷⁶ Schönberg, *supra* note 561 à la p 110.

⁵⁷⁷ *R v Secretary of State for Education and Employment; ex parte Begbie*, [2000] 1 WLR 1115 à la p 1131C (R-U), [2000] ELR 445.

⁵⁷⁸ *R (Bibi) v Newham London Borough Council*, [2002] 1 WLR 237 au para 41 (R-U) [*Bibi*].

⁵⁷⁹ Schönberg, *supra* note 561 à la p 17.

des attentes légitimes⁵⁸⁰ : i) La décision prise en faveur d'un groupe ou d'un individu et sa révocation ultérieure ii) Les représentations implicites ou explicites faites spécifiquement à un groupe ou une personne quant à l'adoption d'une décision contrevenant à ladite procédure, iii) Une déclaration générale faite par l'autorité publique quant aux procédures adoptées pour certaines décisions et le non-respect desdites procédures lors d'une prise de décision et, iv) Le fait que le gouvernement s'écarte de sa politique générale annoncée entre la représentation initiale et la décision finale⁵⁸¹. Schönberg estime néanmoins que le cas des représentations de politique générale est davantage problématique puisque les lois et règlements sont par définition non permanents, et que l'adoption de mesures générales ne contrevient pas à l'égalité de traitement⁵⁸². Il préconise à cet égard la prise de mesures transitoires pour pallier les changements législatifs⁵⁸³ afin de préserver l'égalité de traitement.

La théorie de « la confiance » repose sur le fait que l'autorité publique ne peut inciter une personne ou un groupe à prendre une décision quelconque et se rétracter par la suite. Elle doit se conformer à ses représentations dans la mesure où le justiciable s'est fié aux dites représentations⁵⁸⁴. L'autre fondement de la protection des attentes légitimes repose sur la règle de droit et le principe de prévisibilité de la norme notamment dans un contexte de stabilité économique⁵⁸⁵. Toutefois, malgré ce changement de paradigme à la faveur des droits substantiels notamment dans le cadre des décisions révoquées⁵⁸⁶ et des représentations spécifiques⁵⁸⁷, force est de constater, qu'en règle générale, les représentations de politique générale bénéficient d'une

⁵⁸⁰ *Ibid* à la p 9.

⁵⁸¹ *Ibid* aux pp 8-9.

⁵⁸² *Ibid* à la p 15.

⁵⁸³ *Ibid* à la p 17.

⁵⁸⁴ *Ibid* à la p 10.

⁵⁸⁵ *Ibid* à la p 12.

⁵⁸⁶ *Re 56 Denton Rd, Twickenham, Middlesex: wrongful demolition of property*, [1953] 1 Ch 51.

⁵⁸⁷ *Regina v North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan and Secretary of State for Health Intervenor and Royal College of Nursing Intervenor* (1999), [2001] 1 QB 213, [1999] Lloyds LR 305, [2000] 3 All ER 850 (1999), [1999] Lloyd's Rep Med 306.

certaine déférence de la part des Cours britanniques qui sont alors plus circonspectes⁵⁸⁸.

5.4.1.2 Le droit communautaire européen

Bien que le Tribunal arbitral, dans *Total c Argentina*⁵⁸⁹, ne se soit pas prononcé expressément sur l'existence d'un PGD, portant sur la protection des attentes raisonnables, il s'est appuyé sur la décision *Opel Austria GmbH c Conseil de l'Union européenne*⁵⁹⁰ pour conclure à l'existence d'une protection des attentes raisonnables en droit européen tout en mentionnant que ce droit reflétait la tradition juridique de 27 pays membres⁵⁹¹. Il est important en premier lieu de préciser que le vocable exact utilisé dans la jurisprudence européenne est celui de « confiance légitime ». Malgré cette distinction sémantique, les deux principes reposent globalement sur la notion de sécurité et de prévisibilité juridique. Nous nous référerons donc à la confiance légitime dans le cadre de la jurisprudence européenne. Cette notion issue du droit communautaire prévoit que : « le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'Administration a fait naître dans son chef des espérances fondées »⁵⁹². Il s'agit plus précisément de représentations formulées par l'administration européenne⁵⁹³. Mais cette protection présente des limites claires. Premièrement, il a

⁵⁸⁸ *Regina v Secretary of State for Home Department and Governor of Her Majesty's Prison Risley ex parte Hargreaves, Briggs and Green*, [1997] 1 WLR 906 (R-U).

⁵⁸⁹ *Total*, *supra* note 105.

⁵⁹⁰ *Opel*, *supra* note 536.

⁵⁹¹ *Total*, *supra* note 105 (DL au para 128).

⁵⁹² *Vassilis Mavridis c Parlement européen*, [1983] Recueil de jurisprudence 01731, CJCE Affaire No C-289/81 (EUR-Lex) (Cour, deuxième chambre) (Arbitres : P Pescatore, O Due et K Bahlmann).

⁵⁹³ F Hubeau, « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes » [1983] CDE 143; E Sharpston, « Legitimate Expectations and Economic Reality » [1990] ELR 103; Schwarze, *supra* note 414 aux pp 1079-1093; V Naômé, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes » [1993] RDPE 223; M-H Planchon, « Le principe de la confiance légitime devant la Cour de Justice des Communautés Européennes » [1994] RRJ—Droit Prospectif 447.

été établi que seule une violation grave de la confiance légitime pouvait engager une responsabilité extracontractuelle et cette confiance devait reposer sur des assurances précises basées sur des « renseignements précis, inconditionnels, concordants émanant des sources autorisées et fiables »⁵⁹⁴. Outre cette exigence, ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent et doivent être conformes aux normes applicables⁵⁹⁵. Dans l'ensemble, cette protection doit reposer sur un test objectif⁵⁹⁶, ainsi que sur des représentations claires et non équivoques⁵⁹⁷. Deuxièmement, il a été précisé dans l'affaire *British Steel plc c Commission des Communautés européennes*, que :

Si le principe du respect de la confiance légitime s'inscrit parmi les principes fondamentaux de la Communauté, les opérateurs économiques ne sont pas justifiés à placer leur confiance légitime dans le maintien d'une situation existante qui peut être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires [...]. En effet, le bon fonctionnement du marché commun de l'acier comporte la nécessité évidente d'une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique, et les opérateurs économiques ne sauraient invoquer un droit acquis au maintien de la situation juridique existante à un moment donné.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ *EnBW Kernkraft GmbH c Commission des Communautés européennes*, [2005] ECR II-00913 au para 89, CJUE Affaire No T-283/02 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, cinquième chambre) (Arbitres : Juge M H Legal, Juge V Tiili et Juge V Vadapalas); *Isabelle Adine-Blanc c Commission des Communautés européennes*, [1998] Recueil de jurisprudence – Fonction publique I-A-00557/II-01683, CJUE Affaire No T-43/97 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance, cinquième chambre) (Arbitres : J Azizi, R Garcia-Valdecasas et M Jaeger).

⁵⁹⁵ TPI, 6 juill. 1999, n° T-203/97; Forvass, CE, 1^{er} oct 2015, No 1301396; CE, 29 juin 2016, No 387890.

⁵⁹⁶ Schönberg, *supra* note 561 à la p 119.

⁵⁹⁷ *Johann Lührs c Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [1978] ECR 00169, CJCE Affaire No C-78/77 au para 6 (EUR-Lex) (CEE art 177) (Arbitres : H Kutscher, M Sørensen, G Bosco, A M Donner, P Pescatore, A J Mackenzie Stuart et A O'Keefe); *Van den Bergh en Jurgens BV et Van Dijk Food Products (Lopik) BV contre Commission des Communautés européennes*, [1987] ECR 01155 au para 44, CJCE Affaire No C-265/85 (EUR-Lex) (CEE art 215) (Arbitres : Mackenzie Stuart, Y Galmot, C Kakouris, F Schockweiler, T Koopmans, U Everling, R Joliet, J C Moitinho de Almeida et G C Rodríguez Iglesias); *H J Banks & Co Ltd c British Coal Corporation*, [1994] Recueil de jurisprudence I-01209 (opinion de Van Gerven au para 11), CJCE Affaire No C-128/92 (EUR-Lex) (CECA) (Arbitres : O. Due, G F Mancini, J C Moitinho de Almeida, Diez de Velasco, C N Kakouris, R Joliet, F A Schockweiler, G C Rodríguez Iglesias, F Grévisse, M Zuleeg et P J G Kapteyn).

⁵⁹⁸ *British Steel plc c Commission des Communautés européennes*, [1997] ECR II-01887, CJUE Affaire T-243/94 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, première

La jurisprudence européenne constante affirme que le principe de confiance légitime « ne saurait être étendu jusqu'à empêcher, de façon générale, une réglementation nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure »⁵⁹⁹. Ainsi, malgré l'existence d'une protection de la confiance légitime en droit européen, celle-ci présente des critères qui en limitent l'application plus particulièrement relativement aux prérogatives législatives ou exécutives de l'État. En effet, leur application n'est pas constante et les demandeurs ont rarement gain de cause sur cette base, les tribunaux exigeant le plus souvent que la décision des autorités soit déraisonnable ou résulte d'un abus de pouvoir⁶⁰⁰. D'autre part, selon Stéphane de la Rosa :

« [...] il n'existe ni dans le droit de l'Union européenne ni dans la jurisprudence de la Cour de justice, un principe d'"attentes légitimes" ou "d'espérances légitimes" qui serait entendu comme un principe général du droit de l'Union, s'appliquant aux institutions lorsqu'elles élaborent le droit dérivé et aux États lorsqu'ils le mettent en œuvre. »⁶⁰¹

Enfin, il est important d'éviter la confusion entre la confiance légitime inhérente au droit européen communautaire, et les autres notions issues des droits nationaux qui composent l'Union européenne. D'ailleurs, quand bien même la protection des attentes raisonnables ou de la confiance légitime serait inscrite en droit européen, on ne peut conclure à son existence dans les ordres juridiques internes des États

chambre élargie). Voir aussi *Société française des Biscuits Delacre ea c Commission des Communautés européennes*, [1990] Recueil de jurisprudence I-00395 au para 33, CJCE Affaire No C-350/88 (EUR-Lex) (Cour, deuxième chambre) (Juges : F A Schockweiler, G F Mancini et T F O'Higgins).

⁵⁹⁹ *Denka International BV contre Commission des Communautés européennes*, [2009] ECR II-04205 para 48, Affaire No T-334/07 (Tribunal de première instance, deuxième chambre), en ligne : <eur-lex.europa.eu/legal-content/FR>.

⁶⁰⁰ Schönberg, *supra* note 561 à la p 129.

⁶⁰¹ La Rosa, Stéphane de, « Les attentes légitimes dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », dans Sabrina Robert-Cuendet, *La protection des attentes légitimes en droit public. Approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2020, 107 à la p 107.

membres de l'Union européenne. Le droit de la communauté européenne doit donc être considéré comme un système juridique autonome, et ne peut donc servir à faire avancer une idée quelconque de généralité du principe.

5.4.1.3 Le Canada

Tel qu'évoqué plus haut, le droit canadien applique cette notion dans le cadre du droit commercial, notamment dans les recours pour oppression,⁶⁰² ainsi que dans le cadre du respect de l'équité procédurale⁶⁰³ et le droit à la protection de la vie privée⁶⁰⁴. La Cour suprême canadienne s'est en outre prononcée à quelques reprises sur la protection des attentes raisonnables afin d'en circonscrire la portée. La Cour a ainsi précisé dans l'affaire *Baker c Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*.

26. [...] Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels: [...] Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure : [...] De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés [...]. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.⁶⁰⁵

⁶⁰² *BCE*, *supra* note 420.

⁶⁰³ *Mavi*, *supra* note 421.

⁶⁰⁴ *Marakah*, *supra* note 422.

⁶⁰⁵ *Baker v Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 26, 1999 CanLII 699 au para 26.

Cette position a été réitérée dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï c Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, sous la plume de l'Honorable juge Binnie qui rappelait que « cette théorie ne permet pas d'obtenir une réparation substantielle »⁶⁰⁶. Le droit canadien s'inscrit ainsi dans la même logique que le droit australien⁶⁰⁷ ainsi, que celui de la Nouvelle-Zélande⁶⁰⁸.

5.4.1.4 La France

La protection des attentes raisonnables, ou de la confiance légitime (qui est le vocable consacré en droit français) est avant tout une notion de droit privé introduite au début du siècle dernier par Emmanuel Levy dans le cadre de sa théorie du socialisme juridique, et plus particulièrement en matière du droit des obligations⁶⁰⁹. Elle fait partie du droit contractuel⁶¹⁰.

En revanche, son intrusion en droit public s'est faite par le biais du droit européen communautaire et a pour corollaire le concept de sécurité juridique⁶¹¹. La confiance légitime a ainsi suscité moult débats doctrinaux⁶¹², car reflète, selon certains, une vision « libérale et individualiste »⁶¹³ du droit qui tend à protéger l'individu contre l'État. Elle « exprime l'idée que, lorsqu'une autorité publique suscite chez un

⁶⁰⁶ *Centre hospitalier Mont-Sinaï v Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] CSC 41 au para 38, [2001] 2 RCS 281. Voir aussi *Agraira v Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] CSC 36, [2013] 2 RCS 559 au para 94; *SVFP v Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] CSC 29, [2003] 1 RCS 539 au para 131.

⁶⁰⁷ *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; ex parte Lam*, [2003] HC Austl 6, 214 CLR 1 [*Lam*].

⁶⁰⁸ *Travis Holdings Ltd v Christchurch City Council*, [1993] 3 NZLR 32 au para 50. Voir aussi *Singh v Auckland District Law Society*, [2000] 2 NZLR 604 aux pp 621-622.

⁶⁰⁹ Emmanuel Levy, « La confiance légitime » (1910) Rev trimestrielle Dr Civ, recueil Sirey.

⁶¹⁰ Hélène Aubry, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime » (2005) 57:3 RIDC 627.

⁶¹¹ Fabrice Melleray, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français » (2004) 56 Dr et soc 143 à la p 146.

⁶¹² Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XVe siècle*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, 2001 [non publiée].

⁶¹³ Melleray, *supra* note 611 à la p 146.

particulier l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime, cette autorité doit en tenir compte d'une manière appropriée »⁶¹⁴. Il est néanmoins important de préciser que la confiance légitime « n'est garantie en France par aucune norme de valeur constitutionnelle »⁶¹⁵, elle ne s'applique que lorsque le juge est saisi d'une question relevant du droit communautaire et non du droit interne⁶¹⁶. Dès lors, l'administration n'est pas tenue, en vertu du droit national, d'agir conformément aux représentations qu'elle a faites⁶¹⁷. Ce principe a été réitéré à plusieurs occasions par les tribunaux français, et repose sur le fait que les autorités étatiques doivent jouir d'un pouvoir décisionnel et discrétionnaire accru afin d'agir dans l'intérêt public. Les changements de politique publique ne donnent donc pas ouverture à une quelconque réclamation sur la base des attentes raisonnables. Ainsi, lorsque le Tribunal arbitral évoque dans *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*⁶¹⁸, l'existence d'une protection de la confiance légitime en France, le Tribunal s'appuie soit sur la notion de droit privé, ce qui est inapproprié à moins que l'État et l'investisseur ne soient liés par un contrat quelconque, soit sur la notion de droit public, mais là encore, ne précise pas qu'elle n'est applicable en France que dans le cadre du droit communautaire et ne constitue nullement une norme interne.

⁶¹⁴ Jean-Marie Woehrling, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » dans *Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, 749, cité dans Melleray, *supra* note 611 à la p 148.

⁶¹⁵ François Seners, « Conclusions sur CE, Ass., 11 juillet 2001, Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles et autres » [2002] *Rev fr dr admin* 33 à la p 38.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ J-M André, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'administration » [1976] *AJDA* 20; L Tallineau, « Les tolérances administratives » [1978] *AJDA* 3; Schönberg, *supra* note 561 à la p 114.

⁶¹⁸ *Gold Reserve*, *supra* note 112 au para 576. Voir aussi *Total*, *supra* note 105 (DL aux para 11, 128); *Toto*, *supra* note 156 au para 166.

5.4.1.5 Les États-Unis

Cette notion a été appliquée en droit américain sous le couvert du 5^e amendement de la constitution relativement aux expropriations. Le test mis en place par la décision *Penn Central Transportation Co v City of New York* évoqua clairement la notion de « [...] *investment backed expectations* »⁶¹⁹ afin de déterminer si la Ville de New York était à l'origine d'une expropriation. La Cour analysa alors l'impact économique du règlement sur le demandeur notamment en déterminant si la mesure administrative interférait avec les attentes du plaignant⁶²⁰. La conclusion fut à l'effet qu'il n'y avait pas eu d'expropriation. Toutefois, les Cours font la distinction entre les attentes unilatérales et les attentes qui méritent d'être protégées⁶²¹. Nous pouvons affirmer ainsi qu'en droit américain, un lien entre la protection des attentes raisonnables est souvent tissé avec la notion d'expropriation et cela fut longtemps le cas dans le cadre des traités d'investissement avant qu'elle ne glisse progressivement vers l'application du traitement juste et équitable.

5.4.1.6 Chili, Hong Kong, Inde, Afrique du Sud

En droit fiscal chilien, la protection de l'attente ne signifie pas que l'organe public ne peut pas modifier les critères d'application d'un texte législatif ou réglementaire, mais doit le faire pour l'avenir, en avisant au préalable l'administré et en motivant la décision⁶²². En droit indien, la jurisprudence constante affirme que la protection des attentes raisonnables ne constitue pas en soi un droit distinct exécutoire, mais requiert d'informer l'administré de tout changement et de lui donner l'opportunité de faire

⁶¹⁹ *Penn Central*, *supra* note 55 aux para 124-126.

⁶²⁰ *Ibid* au para 124.

⁶²¹ Snodgrass, *supra* note 19 à la p 32.

⁶²² Jaime Philips, « El principio de proteccion de la confianza legitima en el articulo 26 delCodigo Tributario » (2018) 24:1 Rev Ius Praxis 19 à la p 37.

valoir ses observations⁶²³. À Hong Kong, la Cour s'est inspirée, dans l'affaire *Ng Siu Tung v Director of Immigration*⁶²⁴, de l'arrêt britannique *R (Bibi) v Newham London Borough Council*⁶²⁵, en limitant la protection des attentes raisonnables substantielles afin de ne pas entraver le pouvoir exécutif de l'État⁶²⁶. En Afrique du Sud, la protection substantielle des attentes raisonnables demeure objet de débats et n'a pas fait son entrée en droit sud-africain, car tel que mentionné par le juge O'Regan J dans l'affaire *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes* « the South African courts had expressly refrained from deciding whether a legitimate expectation may give rise to a substantial benefit »⁶²⁷.

Nous pouvons conclure à partir de cet échantillon d'États que la protection des attentes raisonnables présente des distinctions significatives quant à sa nature et sa portée. Ces distinctions se situent à plusieurs niveaux. D'une part, la notion oscille entre protection des droits substantiels dans certaines législations notamment en droit allemand, anglais et communautaire, et protection des droits procéduraux en droit australien, français, canadien, indien, pour ne citer que ceux-là. D'autre part, quand bien même la protection des attentes substantielles est prévue, nous avons pu constater qu'il existait des niveaux de protection et des critères qui viennent la tempérer. Ces critères portent notamment sur le respect du principe de séparation de pouvoirs, l'existence d'un abus de pouvoir, d'une violation manifeste d'un droit, et ne

⁶²³ Arving Thapiyal, « India: Doctrine of legitimate expectation » (2014), en ligne : *MONDAQ* <mondaq.com/india/constitutional-administrative-law/320664/doctrine-of-legitimate-expectation-overview>.

⁶²⁴ *Ng Siu Tung v Director of Immigration*, [2002] 5 HKCFAR 1.

⁶²⁵ *Bibi*, *supra* note 578.

⁶²⁶ Swati Jhaveri, « Contrasting Responses to the 'Coughlan Moment': Legitimate Expectations in Hong Kong and Singapore » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford: Hart Publishing, 2017, 267.

⁶²⁷ *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes*, [2009] ZACC 16 au para 306, [2009] BCLR 847, [2010] 3 SA 454 (CC S Afr), tel que cité dans Cora Hoexter, « The Unruly Horse and the Gordian Knot: Legitimate Expectations in South Africa » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford: Hart Publishing, 2017, 165 à la p 178.

peut servir à faire valoir des droits acquis. Enfin, rappelons que la difficulté inhérente à la détermination de la portée de la protection est accentuée par le fait qu'elle est parfois du ressort exclusif du droit contractuel, ou du droit public administratif ou des deux.

Ces distinctions, qui reflètent des orientations juridiques et politiques des États, sont loin d'être anecdotiques et ne permettent pas selon nous de conclure à l'existence d'un principe général de droit, car même en « le dépouillant de ses particularités internes »⁶²⁸ l'essence du principe est variable. F. Palombino soulignait d'ailleurs le manque de constance dans l'application de la protection des attentes raisonnables en droit interne⁶²⁹ et Pedro Nikken, se prononçant sur les attentes raisonnables dans les juridictions internes, précisa :

22. The concept of legitimate expectations is no stranger to the different legal systems, which, to varying degrees and on the basis of good faith, consider the party to a legal relationship that engages in self-contradiction to the detriment of the other party reprehensible. In human relationships, in general, your word is your bond and whoever betrays the trust of another must be penalized. However, the specific formulation of this concept varies in the different legal systems. Not even the English law concept of estoppel has a uniform wording or matches the same principle in other Anglo-Saxon countries. Neither is the doctrine of *actos propios* (close to estoppel) in the contract law of some civil law countries identical nor the doctrine of *confianza legítima* (confidence legitimate) in the administrative law of those same countries. One of the areas where there are differences is in the threshold of trust that has to be achieved before the conduct of the party generating it is regarded as having betrayed that trust, for which damages must be paid insofar as the other party is injured thereby. In international law, in relations between States, this principle is embodied in estoppel, with which concept attempts have been made to connect fair and equitable treatment. I do not think indispensable to consider here whether, under international law, estoppel may be invoked by an individual who is not a subject of international law, against the State, or whether estoppel is confined to relations between the subjects of international law. Accepting for

⁶²⁸ Visser, *Théories et réalités*, supra note 540 à la p 419.

⁶²⁹ F Palombino, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, La Hague, TMV Asser Press, 2018 à la p 86.

the sake of argument that estoppel could be invoked in the context of investment protection, the threshold required by international law is higher than a mere expectation. This has been established time after time by the jurisprudence of the International Court of Justice. The Court has referred repeatedly to the general requirements for estoppel to be invoked, one of these being the conduct, statements, etc. of a State, that have clearly and consistently (d'une manière claire et constante) evinced the State's acceptance of a particular regime.⁶³⁰

Pourtant, certains auteurs, tout en admettant l'existence de distinctions entre les systèmes juridiques, s'opposent sur les conclusions à retenir. D'aucuns estiment en effet que ces différences ne sauraient empêcher l'émergence d'un PGD, ils en prennent pour preuve les principes tels que la bonne foi, *res judicata*, *pacta sunt servanda* etc. qui auraient, eux aussi, des acceptions distinctes selon les lois nationales⁶³¹. Faire ce parallèle pose un problème, car implique d'une part de procéder à une analyse comparée de ces notions, et d'autre part de déterminer les seuils acceptables de différence. Ainsi, à la lumière de ce qui précède, nous ne pouvons souscrire au fait que la protection des attentes raisonnables soit une norme commune in *foro domestico*. Les nuances et distinctions constatées ne permettent pas à ce stade de parvenir à un socle commun clair et, l'élargissement de notre étude à d'autres États ne ferait, selon nous, que confirmer cette conclusion.

5.4.2 La transposition en droit international

Comme évoqué plus haut, les PGD sont des principes communs in *foro domestico* transposables en droit international. Bien que nous ayons conclu que la protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe de droit commun in *foro domestico*, et qu'il ne pourrait s'agir d'un PGD, nous avons néanmoins décidé de poursuivre le raisonnement afin de déterminer si un tel principe pourrait, théoriquement, être intégré à la sphère du droit international. La démarche n'est pas simplement

⁶³⁰ *Suez*, *supra* note 244 (AI au para 22).

⁶³¹ Teerawat Wongkaew, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019 à la p 21.

théorique, mais permet de répondre au courant doctrinal qui tend à conclure à l'existence d'un principe commun afin de mettre en lumière le fait qu'un tel principe, si tant est qu'il existe, n'est pas compatible avec le droit international.

Rappelons en effet que La Commission de droit international souligna dans son rapport du 5 avril 2019 que :

L'existence d'un principe dans la majorité des systèmes juridiques internes ne suffit pas à elle seule à faire de celui-ci un principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour internationale de justice. [...] il est généralement admis dans la doctrine qu'un tel principe doit aussi être « transposé » dans l'ordre juridique international.⁶³²

Cette précision avait été apportée par la Cour internationale de justice dans *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, relativement à la défense de nécessité en ces termes :

Or, s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des « principes généraux de droit » mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 c), de son Statut.⁶³³

De plus, bien que les tribunaux bénéficient d'une certaine latitude dans leur appréciation des PGD⁶³⁴, il ne suffit pas de procéder à une simple transposition du droit interne en droit international⁶³⁵. Le Juge McNair déclara à ce propos :

Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'Article 38, paragraphe 1, alinéa c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage [...]. Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de

⁶³² Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 67.

⁶³³ *Sud-Ouest africain*, *supra* note 312 à la p 6.

⁶³⁴ Bonafé et Palchetti, *supra* note 466 à la p 164.

⁶³⁵ Visscher, *Théories et réalités*, *supra* note 540 à la p 149, n 16, cité dans Bonafé et Palchetti, *supra* note 466 à la p 164.

concilier pareille méthode avec l'application « des principes généraux du droit ». À mon avis, la juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions.⁶³⁶

Dès lors, avant d'intégrer la sphère du droit international, le caractère « transposable » de la règle dépendra de sa compatibilité avec le droit international⁶³⁷. Pourtant, la doctrine n'est pas unanime quant à la possibilité de transférer une norme de la sphère nationale à la sphère internationale. Le débat entre Watson et Legrand en témoigne, le premier estimant que la norme bénéficie de sa propre existence indépendamment de son environnement, ce qui permet son transfert d'un système à une autre⁶³⁸, et le second considérant que la norme est le reflet de la société dans laquelle elle émerge rendant toute transplantation impossible⁶³⁹.

Or selon Makowski ce serait commettre « un syncrétisme méthodologique inadmissible »⁶⁴⁰ que d'appliquer en droit international des normes qui relèveraient du droit interne. Cette transposition fut également critiquée du fait qu'elle ne tient pas compte des spécificités de l'ordre interne par rapport à l'ordre international, ni des différentes acceptions des principes en droit interne⁶⁴¹. Kopelmanas, abonde dans le même sens lorsqu'il affirme que la transposition de normes juridiques internes en

⁶³⁶ *Affaire relative au statut international du Sud-Ouest africain*, Avis consultatif, [1950] CIJ 128 (opinion individuelle de Sir Arnold McNair à la p 148), en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-FR.pdf). Voir également *Affaire de l'application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine v Grèce)*, [2011] CIJ Rec 644 (opinion individuelle du juge Simma au para 13), en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/142/142-20111205-JUD-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/142/142-20111205-JUD-01-00-FR.pdf).

⁶³⁷ Jules Basdevant tel que cité dans Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 259 à la p 384. Voir également Schachter, *International Law*, *supra* note 484 à la p 78.

⁶³⁸ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Athens (É-U), University of Georgia Press, 1974 aux pp 95-96.

⁶³⁹ Legrand, *supra* note 548 à la p 60.

⁶⁴⁰ Julien Makowski, « L'organisation actuelle de l'arbitrage international », dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 36, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1931 à la p 358

⁶⁴¹ Weil, « Identité », *supra* note 473 à la p 147.

droit international ne tiendrait pas compte des facteurs sociaux propres à l'ordre juridique interne ayant mené à l'adoption de la norme⁶⁴². Le juge Antonio Cassese a, pour sa part, critiqué l'importation mécanique des normes internes et précisé le rôle du droit interne dans la sphère du droit international :

Une référence au droit national, si elle est vraiment nécessaire, ne peut avoir pour but que de prendre en compte, avec toute la prudence nécessaire, les innombrables distinctions établies par les juridictions nationales. Cette référence au droit national peut permettre d'élucider les implications et les ramifications possibles de cette notion, mais, à terme, ladite notion doit être interprétée de façon indépendante, sur la base des dispositions internationales du Statut. [...] on ne peut justifier le fait de s'appuyer sur des notions ou des concepts juridiques, tels qu'ils apparaissent dans un système juridique national, que si les règles internationales font explicitement référence au droit national ou si le contenu et la nature mêmes du concept impliquent nécessairement une telle référence.⁶⁴³

Le véritable test applicable en matière de transposition du principe général en droit international a été résumé par le juge Harold Gutteridge en 1949 en ces termes :

If any real meaning is to be given to the words 'general' or 'universal' and the like, the correct test would seem to be that an international judge before taking over a principle from private law must satisfy himself that it is recognized in substance by all the main systems of law, and that in applying it he will not be doing violence to the fundamental concepts of any of those systems.⁶⁴⁴

Plus spécifiquement, la transposition de la protection des attentes raisonnables dans la sphère du droit international est selon nous inappropriée pour plusieurs motifs. Premièrement, nous avons pu constater que le spectre d'application de cette protection en droit interne varie de manière significative d'un système à un autre,

⁶⁴² Lazare Kopelmanas, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour permanente de justice internationale » [1936] RGDIP 285 à la p 289, tel que cité dans Rousseau, *supra* note 466 à la p 894.

⁶⁴³ *Le Procureur v Erdemovic*, IT 96-22, opinion dissidente du Juge Cassese relative à l'arrêt (7 octobre 1997) au para 3 (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne (pdf) : [TPIY <http://tpij.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-adojcas971007f.pdf>](http://tpij.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-adojcas971007f.pdf). La question portait sur l'interprétation du « plaidoyer de culpabilité » en matière de droit pénal international.

⁶⁴⁴ H Gutteridge, *Comparative Law*, 2^e éd, 1949 à la p 65.

oscille entre droit privé et droit public, ainsi qu'entre droits procéduraux et droits substantiels, ce qui empêche de dégager une norme uniforme. Deuxièmement, l'octroi d'une protection des attentes raisonnables dans un contexte de modifications législatives adoptées par les États contrevient au principe international de souveraineté étatique à savoir celui de légiférer dans l'intérêt public. La protection des attentes raisonnables découle également d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable, interprétation elle-même controversée. Enfin, le caractère général de la protection des attentes raisonnable est terni par l'approche des tribunaux arbitraux à cet égard, notamment compte tenu du choix des systèmes juridiques analysés et du déficit de légitimité qui peut s'en suivre. D'ailleurs, d'aucuns estiment que l'intégration des attentes raisonnables dans la sphère du droit international est le fruit d'une approche juridique anglo-saxonne⁶⁴⁵. Sornarajah, pour sa part, critique la méthodologie adoptée par les tribunaux arbitraux en ces termes :

Their weakness is accentuated by the common tendency to select a proposition from a few national systems and argue that they constitute a general principle which should ne treated as international law. Thereafter, like minded scholars seek to achieve this conversion through constant repetition. This is a phenomenon which frequently occurs in international investment law. The selectivity involved in the technique is illustrated by the fact that often the choice of the principles is restricted to a particular period in the history of legal systems or the principle is chosen and the exception to it in the legal system are jettisoned.⁶⁴⁶

L'autre aléa, soulevé par Rudolf B. Schlesinger⁶⁴⁷ et Seidl-Hohenveldern⁶⁴⁸ est que le juge international ne statue qu'en fonction des systèmes juridiques avec lesquels il est

⁶⁴⁵ Herczegh, *supra* note 492 à la p 115.

⁶⁴⁶ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 418.

⁶⁴⁷ Rudolf B Schlesinger, « Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) 51:4 AJIL 734 à la p 734, DOI : <10.2307/2195351>, cité dans Max Sørensen, « Principes de droit international public : Cours Général » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 101, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1960 à la p 18, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028613829_01>.

le plus familier⁶⁴⁹. D'ailleurs, Anzilotti et Salvioli, estiment que c'est « le juge international qui donnerait aux principes généraux du droit leur caractère positif »⁶⁵⁰. Or dans le cadre de la protection des attentes raisonnables, l'approche des tribunaux arbitraux n'a pas démontré qu'un tel principe existait et encore moins qu'il était transposable en droit international.

5.4.3 Les principes généraux de droit issus du droit international

Les principes généraux de droit international découlent également de la pratique des États et de la jurisprudence internationale sans pour autant se référer aux principes communs des droits internes, mais sont déduits notamment des traités, des travaux préparatoires, des résolutions et des déclarations⁶⁵¹. Ces principes ont été évoqués par la Cour internationale de justice dans plusieurs affaires notamment celle du *Détroit de Corfou*⁶⁵², l'avis consultatif sur *les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression des crimes de génocide*⁶⁵³, l'affaire du Sud-Ouest africain⁶⁵⁴, et l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁶⁵⁵.

Dans le cadre de la protection des attentes légitimes, la jurisprudence internationale a tranché le débat en 2018 dans la décision opposant la *Bolivie c le Chili* relativement à l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique⁶⁵⁶. La Bolivie, s'appuyant sur la jurisprudence arbitrale en matière de droit de l'investissement, prétendait alors

⁶⁴⁸ Ignaz Seidl-Hohenveldern, « Select General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established Under the Peace Treaty with Italy of 1947 » (1959) 53 AJIL 853.

⁶⁴⁹ Schlesinger, *supra* note 589 à la p 734, cité dans Sørensen, *supra* note 589 à la p 18.

⁶⁵⁰ Rousseau, *supra* note 466 à la p 894.

⁶⁵¹ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 70 ; Rousseau, *supra* note 466 à la p 898.

⁶⁵² *Corfou*, *supra* note 490 à la p 22.

⁶⁵³ *Réserves*, *supra* note 252 à la p 23.

⁶⁵⁴ *Sud-Ouest africain*, *supra* note 312.

⁶⁵⁵ *Affaire relative à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ Rec 226 à la p 235, en ligne (pdf) : CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>.

⁶⁵⁶ *Affaire relative à l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie v Chili)*, [2018] CIJ Rec 507, en ligne (pdf) : CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-FR.pdf>.

que les positions prises par le Chili à travers ses multiples déclarations au fil des années avaient généré l'attente de recouvrer son accès souverain à la mer et que le refus de s'engager dans de telles négociations frustrait ses attentes légitimes⁶⁵⁷. La Cour conclut comme suit :

162. La Cour note qu'il est fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur étranger et l'État hôte dans lesquelles ont été appliquées des dispositions conventionnelles prévoyant un traitement juste et équitable. Il n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime. Il ne saurait donc être fait droit à l'argument de la Bolivie fondé sur les attentes légitimes.⁶⁵⁸

Le juge ad hoc Daudet précisa pour sa part : « De même, s'agissant des attentes légitimes, la Bolivie invoque un principe qui reçoit certaines applications en droit des investissements, mais n'a pas fait son entrée dans le droit international général et se réduit finalement ici au désordre moral créé par la non-satisfaction des attentes que la Bolivie s'était elle-même forgées en dehors de tout cadre juridique établi. »⁶⁵⁹ Dans cette affaire, malgré trois opinions dissidentes⁶⁶⁰, l'inapplicabilité d'une protection des attentes raisonnables en droit international n'a pas été remise en question.

À la lumière de ce qui précède, nous avons donc pu déterminer que la protection des attentes raisonnables n'est ni un principe commun in *foro domestico*, ni un principe de droit international. Toutefois, afin de compléter notre raisonnement il nous semble opportun de démontrer que le critère de reconnaissance, nécessaire à l'émergence d'un PGD, est également absent ou du moins fortement contestable.

⁶⁵⁷ *Ibid* au para 160.

⁶⁵⁸ *Ibid* au para 162.

⁶⁵⁹ *Ibid* (opinion dissidente du juge Daudet à la p 608). À noter que la dissidence ne portait pas sur la question des attentes raisonnables.

⁶⁶⁰ Les juges Robinson, Salam et Daudet.

5.4.4 La reconnaissance par les États

L'article 38.1c) des Statuts de la Cour internationale de justice est clair : la Cour applique « Les principes généraux de droit *reconnus* par les nations civilisées »⁶⁶¹. Ainsi, contrairement à la coutume internationale qui doit être acceptée par les États, les PGD doivent seulement être « reconnus »⁶⁶². Soulignons d'emblée qu'il est admis que le concept de « nations civilisées » n'a plus sa place en droit international contemporain. Nous ne nous attarderons donc pas sur cette question. S'agissant de la reconnaissance d'un principe par l'État, Marcelo Vázquez-Bermúdez, Rapporteur spécial auprès de la Commission de droit international, a réitéré son caractère indispensable comme prévu dans le projet de conclusion 2 : « Pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par les États »⁶⁶³.

Selon Rousseau, les PGD s'appuient sur la « conviction juridique que les États civilisés considèrent comme nécessairement faire partie de tout ordre juridique »⁶⁶⁴. De la Pradelle, pour sa part, tout en indiquant qu'il s'agissait de principes découlant du droit national, souligne le fait qu'il « n'y a en fait de principes généraux reconnus, que ceux qui ont réuni autour d'eux l'unanimité ou la quasi-unanimité »⁶⁶⁵. Certains tribunaux arbitraux évoquent, pour leur part, la nécessité d'un « certain niveau de reconnaissance et de consensus » comme élément d'émergence d'un PGD⁶⁶⁶, d'autres, tout en réitérant l'idée de consensus international, tiennent compte du rôle de la doctrine dans la détermination de ces principes⁶⁶⁷.

⁶⁶¹ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 359 art 38.

⁶⁶² David Kennedy, « The sources of international Law » (1987) 2:1 Am U Intl L Rev 1 à la p 27.

⁶⁶³ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 76.

⁶⁶⁴ Rousseau, *supra* note 466 à la p 890.

⁶⁶⁵ Comité consultatif de juristes, *supra* note 526 à la p 335.

⁶⁶⁶ *Yukos*, *supra* note 271 au para 1359.

⁶⁶⁷ *Inceysa*, *supra* note 497 au para 227.

Par conséquent, pour déterminer l'existence d'un principe général de droit, il faut examiner attentivement les éléments susceptibles d'en attester la reconnaissance⁶⁶⁸. Cette exigence tend à éviter d'accorder au juge un pouvoir discrétionnaire trop important, qui pourrait l'inciter à se substituer au législateur⁶⁶⁹. Un certain courant doctrinal avance que l'existence même de la règle juridique dans le droit interne des États constitue une reconnaissance tacite de celle-ci⁶⁷⁰. Cette logique s'appuie sur la maxime *Allegans Contraria Non Est Audiendus*, selon laquelle un État ne peut écarter l'application d'un principe prévu par son propre système juridique⁶⁷¹. La reconnaissance de l'État d'un principe découlerait alors du simple constat de son existence dans l'ordre juridique national⁶⁷². La Commission de droit international mentionne à ce propos : « Une position qui est communément admise en doctrine et qui [...] trouve un appui dans la pratique est que la condition de reconnaissance est remplie lorsqu'un principe existe dans un nombre suffisamment important de systèmes juridiques nationaux⁶⁷³. Elle cite à cet égard les affaires *Barcelona Traction*⁶⁷⁴ et *Sea Land Service v Iran*⁶⁷⁵. La Commission souligne toutefois que le lien entre reconnaissance et présence d'une disposition nationale est « une proposition générale et de nombreuses questions restent en suspens »⁶⁷⁶.

Cette approche présente selon nous un risque accru en termes d'empiétement sur la souveraineté des États dans la mesure où l'on aboutirait à une reconnaissance implicite d'une norme internationale. Francisco Orrego Vicuña, déclarait à ce propos

⁶⁶⁸ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 50.

⁶⁶⁹ *Ibid* à la p 51.

⁶⁷⁰ Ellis, *supra* note 444 à la p 950. Voir aussi Wolff, Karl « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 36, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1931 à la p 498, DOI : <10.1163/1875-8096_pp1rdc_A9789028607323_06>.

⁶⁷¹ B Cheng, *supra* note 345 à la p 143.

⁶⁷² Ellis, *supra* note 444 à la p 959.

⁶⁷³ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 51.

⁶⁷⁴ *Barcelona Traction*, *supra* note 491.

⁶⁷⁵ *Sea-Land*, *supra* note 500.

⁶⁷⁶ Vázquez-Bermúdez, *supra* note 480 à la p 51.

que procéder de la sorte illustre la « volonté d'établir, par les principes généraux de droit, une normativité qui dépasse le consentement »⁶⁷⁷. De plus, cette posture doctrinale postule que la norme de droit interne serait en tous points similaire à celle appliquée en droit international. Or, dans le cadre de la protection des attentes raisonnables, quand bien même un État aurait prévu cette protection dans son droit interne, rien ne permet de conclure que son contenu soit similaire à celui appliqué par les tribunaux arbitraux. Pour illustrer notre propos, citons le cas du droit australien, qui prévoit certes une protection des attentes raisonnables, mais uniquement en matière de droit procédural⁶⁷⁸. Il en est de même des droits nationaux qui divergent entre eux quant à la portée et la nature de la protection, mais également par rapport à l'interprétation que font les tribunaux arbitraux des attentes raisonnables. Dès lors, conclure à une reconnaissance étatique de la protection des attentes raisonnables sur la base de l'existence d'une norme en droit interne ne tiendrait pas compte des spécificités propres à son interprétation et son application.

Qui plus est, l'absence d'une reconnaissance quelconque par les États d'une protection internationale des attentes raisonnables peut également être constatée à travers les dénonciations de traités y compris par les États dont le droit interne comporte une protection des attentes raisonnables. C'est le cas notamment de l'Inde et de l'Afrique du Sud, qui ont opéré une refonte de leur modèle de traité d'investissement et dénoncé plusieurs traités bilatéraux principalement dans le but de contrer l'interprétation libérale du traitement juste et équitable ainsi que celle des attentes raisonnables. En conséquence, l'argument selon lequel la présence d'une norme interne relative à la protection des attentes raisonnables constitue une

⁶⁷⁷ Francisco Orrego Vicuña, « Le pied du chancelier continue de s'allonger : les principes généraux et l'équité en droit international. À la recherche de limites à la flexibilité du droit » dans Marcelo Kohon, Robert Kolb et Djacob Liva Tehindrazanarivelo, dir, *Perspectives du droit international au 21^e siècle. Liber amicorum : Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 69 à la p 70, DOI : <10.1163/9789004203068_006>.à la page 70.

⁶⁷⁸ Lam, *supra* note 607 au para 73.

reconnaissance tacite de celle-ci ne peut trouver application. Nous pouvons, tout au plus, admettre que l'État pourrait être présumé reconnaître l'existence d'une protection internationale des attentes raisonnables dans les *limites de l'acceptation qu'il en fait dans son droit national* et non sur la base d'un principe commun.

Conclusion

L'analyse qui précède nous amène à conclure que la protection des attentes raisonnables ne constitue pas un principe général de droit qu'il soit issu des systèmes juridiques internes, ou du droit international. Cette conclusion repose sur plusieurs constats. En premier lieu, il ne s'agit pas d'un principe commun *in foro domestico* et ce pour les motifs portant tant au fond que sur la méthode. Ainsi, les tribunaux arbitraux, bien qu'énumérant certains systèmes juridiques, n'ont pas pris en considération les distinctions significatives quant à la nature et l'interprétation de cette notion dans les différents droits nationaux. Notre recherche dans les droits internes, loin d'être exhaustive, a néanmoins fait ressortir ces divergences qui empêchent selon nous de conclure à un socle commun. En effet, la distinction entre protection procédurale et substantielle est loin d'être superflue et ne peut être éludée. L'approche des tribunaux ne tient pas non plus compte des différentes sphères d'application de la protection des attentes légitimes en droit interne soit en droit contractuel, corporatif, administratif ou fiscal. De plus, nous avons également souligné l'absence de plusieurs systèmes juridiques dans l'approche des tribunaux, et le déficit de représentativité de plusieurs États ou systèmes juridiques. Nous pouvons mentionner à ce chapitre le droit russe, chinois, arabe, africain, etc. Ainsi, la sélection de certains droits au détriment des autres entache davantage la méthodologie des tribunaux arbitraux. Somme toute, nous n'avons pas constaté une méthodologie

précise et cohérente des tribunaux arbitraux quant à la protection des attentes raisonnables.

En deuxième lieu, nous avons souligné que la protection des attentes raisonnables ne constituait pas un principe de droit international. Sur ce point, la Cour internationale de justice a tranché le débat. Enfin, la condition de reconnaissance par les États n'est pas remplie. En effet, nous avons démontré que l'existence d'une protection des attentes raisonnables en droit national ne permettait pas de conclure à une acceptation, par l'État, de ce principe en droit international, preuve en est la dénonciation des traités bilatéraux par ces mêmes États.

Cette partie nous a donc permis de démontrer que la protection des attentes raisonnables découle d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable, interprétation dont les fondements sont mouvants. Nous avons également mis en lumière le fait que la protection des attentes raisonnables ne pouvait constituer une coutume internationale faute de pratique étatique constante et d'*opinio juris*. Nous avons enfin souligné qu'il ne s'agissait pas d'un principe général de droit, qu'il relève du droit interne ou du droit international. En résumé, la protection des attentes raisonnables ne s'appuie sur aucune source formelle de droit international général. Nous nous pencherons donc dans la troisième partie sur cette protection dans le cadre spécifique du droit de l'investissement notamment en lien le traitement juste et équitable, la norme minimale de traitement et l'expropriation indirecte.

PARTIE III

LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE ET L'EXPROPRIATION
INDIRECTE : VOIES D'ACCÈS INÉGALES VERS UNE PROTECTION DES
ATTENTES RAISONNABLES

Nous avons mis en évidence, dans la Partie II, le fait que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur ne pouvait s'appuyer sur l'interprétation littérale des traités bilatéraux d'investissement, pas plus que sur une norme coutumière internationale ou un principe général de droit (qu'il soit issu des législations internes ou du droit international général). En d'autres termes que celle-ci n'émanait d'aucune des sources principales de droit international public prévues à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Malgré ce constat, nous observons que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur demeure l'un des motifs les plus souvent invoqués par les investisseurs contre l'État d'accueil. Or, bien que cette protection soit fréquemment soulevée dans les clauses d'expropriation indirecte, c'est le plus souvent par le truchement du traitement juste et équitable qu'elle est octroyée. L'interprétation que font les tribunaux arbitraux du traitement juste et équitable n'y est pas étrangère puisqu'elle a permis à la protection des attentes raisonnables de connaître un essor considérable en droit de l'investissement.

Dès lors, afin d'expliquer le choix exercé par les investisseurs lors des recours intentés en vertu du traité d'investissement, nous nous pencherons sur les deux dispositions qui constituent des voies d'accès à la protection des attentes raisonnables : la première est celle du traitement juste et équitable et la seconde porte sur l'expropriation indirecte. Notre objectif est de mettre en relief le fait que se prévaloir de la clause de traitement juste et équitable plutôt que de l'expropriation indirecte⁶⁷⁹ relève, pour l'investisseur, d'une décision stratégique ayant pour effet de maximiser les chances de succès de sa réclamation à l'encontre de l'État d'accueil. Pour ce faire, nous étudierons l'argumentaire des tribunaux arbitraux dans les deux cas : soit lorsqu'ils sont saisis d'une réclamation en vertu du traitement juste et équitable et lorsqu'ils le sont par le biais de l'expropriation indirecte.

⁶⁷⁹ Certains recours se baseront sur le traitement juste et équitable ainsi que l'expropriation simultanément.

Cette partie sera ainsi scindée en deux chapitres : le premier portera sur la protection des attentes raisonnables comme prolongement de la clause du traitement juste et équitable, le deuxième sera consacré à la protection des attentes raisonnables dans le contexte de l'expropriation indirecte. L'analyse de ces deux voies juridiques et de leur application par les tribunaux arbitraux permettra ainsi d'appréhender la question sous ces deux angles et de faire ressortir les dissonances existantes entre le traité et son application. Plus précisément, nous entendons démontrer qu'il est plus aisé pour l'investisseur de revendiquer une protection des attentes raisonnables par le biais du traitement juste et équitable, qu'en vertu de l'expropriation indirecte et que ce choix est favorisé par l'interprétation libérale que font les tribunaux arbitraux de la clause de traitement juste et équitable quelles que soit les limites énoncées dans les traités d'investissement, notamment le renvoi à la norme minimale de traitement, ou à la notion de conformité avec le droit international.

CHAPITRE VI

LE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : UN CHEVAL DE TROIE AU SERVICE DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES

Selon les statistiques récentes de la CNUDCI, pas moins de 499 recours furent intentés par les investisseurs sur la base du non-respect de la clause du traitement juste et équitable⁶⁸⁰. Il s'agit également d'une clause qui a fait l'objet d'une doctrine abondante⁶⁸¹ même si le débat demeure présent quant à son caractère autonome ainsi qu'à sa substance. Pour notre part, nous estimons que le lien établi entre le traitement juste et équitable et la protection des attentes raisonnables relève davantage de l'axiome puisque les tribunaux arbitraux présupposent de leur existence en droit international. Leurs motifs se construisent alors autour de ce postulat quitte à passer outre les limites expressément énoncées par les États dans le traité d'investissement, et à les interpréter de manière libérale. Nous entendons par limites, les précisions que la clause de traitement juste et équitable comporte, ou celles apportées par les États dans le cadre d'une note interprétative ou d'une intervention lors d'un litige arbitral.

⁶⁸⁰ En consultant le Investment Dispute Settlement Navigator, *supra* note 188, le 2 septembre 2020, le TJE arrive en tête des réclamations, suivi de l'expropriation indirecte (412).

⁶⁸¹ Voir notamment Kläger, *supra* note 461; Tudor, *supra* note 24; Martins Paporinkis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013; Kenneth J Vandeveld, « A unified theory of fair and equitable treatment » (2010) 43 NYUJ Intl L & Pol 43 à la p 43; Peter Muchlinski, « Caveat Investor-The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard » (2006) 55 ICLQ 527; Rudolf Dolzer, « Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties » (2005) 39:1 Intl Lawyer 87; Barnali Choudhury, « Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law » (2005) 6:2 J World Invest & Trade 297; Schreuer, « Fair », *supra* note 74 à la p 386; Catherine Yannaca-Small, « Fair and equitable treatment standard in international investment law » (2006) 13:3 J Intl Econ L (China) 1; Patrick Dumberry, « Fair and equitable treatment » dans Makane Moïse Mbengue et Stefanie Schacherer, dir, *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer, Cham, 2019, 95.

Dans le but de clarifier notre propos, précisons que la clause de traitement juste et équitable peut être classée en six catégories : en premier lieu, les clauses dites « sans réserve »⁶⁸² en ce sens qu'elles prévoient que « Chaque Partie Contractante assurera sur son territoire un traitement juste et équitable aux investissements et aux investisseurs de l'autre Partie Contractante »⁶⁸³. Aucune autre mention ne vient circonscrire la portée de l'obligation de l'État. Ces clauses sont le plus souvent qualifiées de clauses autonomes dont le contenu sera déterminé par le Tribunal arbitral par le biais d'une interprétation téléologique. Elles ont ainsi pour effet de favoriser l'inclusion de la protection des attentes raisonnables en tant que volet du traitement juste et équitable.

La deuxième catégorie associe le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement (ci-après NMT) ou au droit international coutumier. Une troisième catégorie requiert pour sa part un traitement juste et équitable *conforme au droit international*. Nous qualifierons ces deux catégories de clauses de « restrictives » dans la mesure où elles tendent *a priori* à restreindre le traitement juste et équitable aux obligations étatiques découlant soit de la norme minimale de traitement, de la coutume internationale ou du droit international.

D'autres clauses, que nous pouvons inclure dans une quatrième catégorie, procéderont à une énumération des actes et/ou omissions de l'État pouvant constituer

⁶⁸² Le terme consacré est « unqualified FET clause ».

⁶⁸³ Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Albanie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 22 septembre 1992; Convention entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de l'Etat de Bahreïn portant sur l'encouragement et la protection de l'investissement, signée à Alger, le 8 Rabie El Aouel 1421 correspondant au 11 juin 2000, en ligne : <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iiia-mapping>. Voir également le modèle de la République Tchèque qui énonce simplement que les investisseurs bénéficieront d'un traitement juste et équitable et de la sécurité pleine et entière. Il en est de même du modèle du Burkina Faso de 2012. C'est ce que l'on constatait le 12 juillet 2020 en consultant le International Investment Agreements Navigator, *surpa* note 381.

une violation du traitement juste et équitable. Les modèles de traité du Maroc de 2019⁶⁸⁴ de la Serbie⁶⁸⁵ et de la Slovaquie de 2019 s'inscrivent dans cette tendance⁶⁸⁶. En cinquième lieu, nous retrouvons certains traités plus récents qui incorporent expressément la protection des attentes raisonnables dans la clause de traitement juste et équitable, mais en restreignent la portée, c'est le cas notamment de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne. Enfin, il existe des clauses de traitement juste et équitable qui incluront expressément une protection des attentes raisonnables⁶⁸⁷.

Pour les fins de notre recherche, cette section traitera uniquement des clauses restrictives puisque ces dernières révèlent avec acuité la dichotomie entre le libellé de la clause de traitement juste et équitable et l'interprétation qu'en font les tribunaux arbitraux. Ainsi, nous soumettons que les distinctions entre les clauses « sans réserve » et les clauses « restrictives » sont diluées et produisent, en définitive, des conséquences similaires, à savoir l'inclusion de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

⁶⁸⁴ Modèle de traité du Maroc, 2019.

« Traitement général et protection des investissements

6.1 Les investissements effectués par les investisseurs de l'une des Parties sur le territoire de l'autre Partie conformément à ses lois et règlements, bénéficient de la part de cette dernière, conformément aux dispositions du présent article, d'un traitement juste et équitable et d'une protection et sécurité intégrales qui ne devraient pas être inférieures à celles qu'elle accorde à ses propres investisseurs et à leurs investissements ou aux investisseurs d'un État tiers et à leurs investissements. Il est entendu que :

a) Une partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures, constitue selon le cas : (i) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administrative; ou ii) une violation fondamentale des droits de la défense; ou iii) une discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement injustifiés, tels que le genre, la race ou les croyances religieuses; ou iv) un traitement manifestement abusif, tel que le harcèlement, la contrainte et la pression. »

⁶⁸⁵ Modèle de la Serbie de 2014.

⁶⁸⁶ « 5. Upon a proposal of a Contracting Party the Contracting Parties shall duly consider the amendment of the paragraph 2. of this Article in order to add another elements which constitute breach of the fair and equitable treatment obligation. »

⁶⁸⁷ C'est le cas notamment du traité entre la Belgique et le Luxembourg de 2019, le modèle de traité des Pays-Bas de 2019 celui de la Slovaquie.

De plus, afin de mettre en évidence la fracture entre le texte et les conclusions des tribunaux arbitraux, nous verrons comment les tribunaux arbitraux articulent leur raisonnement pour parvenir à ce résultat. Il est important de noter à ce stade-ci que l'issue du recours arbitral n'a pas été un facteur déterminant dans le choix des sentences arbitrales. En effet, certaines d'entre elles concluront à l'absence d'une violation des attentes raisonnables de l'investisseur, mais elles le feront suite à une analyse purement factuelle.

Ce chapitre sera donc divisé en deux sections : une première traitera de la protection des attentes raisonnables lorsque la clause de traitement juste et équitable réfère à la norme minimale de traitement et/ou au droit coutumier.⁶⁸⁸(6.1) La deuxième abordera la clause de traitement juste et équitable faisant référence à la conformité au droit international (6.2)

6.1 La norme minimale de traitement : l'effritement du dernier rempart face à la protection des attentes raisonnables de l'investisseur

D'emblée, mentionnons que le rapport entre le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement (NMT) est une question qui divise tant la doctrine que la jurisprudence⁶⁸⁹. De fait, si certaines sentences assimilent le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement⁶⁹⁰, d'autres le qualifient de norme

⁶⁸⁸ Le tout sera abordé par le truchement du traitement juste et équitable puisque c'est sous ce standard que la protection des attentes raisonnables est désormais soulevée.

⁶⁸⁹ Patrick Dumberry, *Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status*, Boston, Brill, 2018.

⁶⁹⁰ *CMS*, *supra* note 90 au para 284; *El Paso*, *supra* note 21 au para 336.

indépendante et autonome ayant pour but d'offrir un cadre de protection plus étendu à l'investisseur⁶⁹¹.

Ce débat rejaillit directement sur la place qu'occupe la protection des attentes raisonnables dans le paysage juridique arbitral. Dès lors, aborder le lien entre le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement ou le droit coutumier nous apparaît inévitable dans la mesure où la portée de la NMT aura une incidence directe sur le spectre des obligations qui incombent à l'État à l'égard de l'investisseur en vertu de la clause du traitement juste et équitable, et à l'inclusion ou à l'exclusion de la protection des attentes raisonnables de son champ d'application.

Afin de mettre en évidence l'antagonisme entre la rédaction de la clause du traitement juste et équitable et son application par les tribunaux arbitraux, nous procéderons à une analyse tant en amont qu'en aval. En amont, nous nous pencherons sur les clauses restrictives⁶⁹² du traitement juste et équitable insérées dans certains traités d'investissement afin d'illustrer la volonté de certains États d'en circonscrire la portée. Le recensement des traités comportant ces clauses nous permettra, d'une part de faire un état des lieux d'une certaine pratique étatique, mais également d'orienter notre recherche jurisprudentielle. En aval, nous examinerons l'interprétation de ces clauses par les tribunaux arbitraux lorsqu'ils sont amenés à se pencher sur la protection des attentes raisonnables revendiquées par l'investisseur. En résumé, notre proposition soutient qu'en s'écartant du texte du traité et en éludant les limites posées par les États, les distinctions entre les différents types de clauses s'estompent ce qui a pour effet de promouvoir l'émergence d'une protection des attentes raisonnables.

⁶⁹¹ *Infrastructure*, *supra* note 85 au par 362. Voir aussi *Azurix Corp v The Argentine Republic* (2006), ICSID Case No ARB/01/12 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Hon Marc Lalonde et Dr Daniel Hugo Martins) [*Azurix*].

⁶⁹² Soit celles qui associent le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement ou au droit coutumier.

Toutefois, avant d'aborder ces questions, il nous semble opportun de procéder à un rappel sommaire de la norme minimale de traitement en droit international.

6.1.1 Rappel sommaire de la norme minimale de traitement en droit international

La norme minimale de traitement a pour objectif de rendre opposables aux États les droits essentiels dont peut se prévaloir un étranger en l'absence de traité et indépendamment du traitement que réserverait un État à ses propres ressortissants⁶⁹³. L'une des décisions phares en matière de NMT fut la décision *Neer* rendue par la Commission des réclamations États-Unis-Mexique en 1926. La Commission avait alors défini ce standard selon les critères suivants :

La légitimité d'un acte de gouvernement doit être soumise à l'épreuve des normes internationales [...]. Pour être une infraction internationale, le traitement de l'étranger doit atteindre l'outrage, la mauvaise foi, l'inexécution délibérée d'obligations, ou l'incurie des pouvoirs publics si largement en deçà des normes internationales que tout homme raisonnable et impartial se rendrait immédiatement compte de la réalité de cette insuffisance.⁶⁹⁴

Bien qu'il n'y ait pas consensus quant à son contenu⁶⁹⁵, la norme minimale de traitement demeure enracinée dans le droit coutumier international⁶⁹⁶ et vise à protéger les droits qualifiés de fondamentaux⁶⁹⁷. Elle édicte des interdictions majeures que doivent respecter les États notamment : la prohibition de la discrimination, de l'arbitraire, du déni de justice et de la spoliation des biens⁶⁹⁸. Pourtant, les tribunaux arbitraux s'orientent vers un élargissement de la norme minimale de traitement. Ils avancent alors l'argument que l'arrêt *Neer* ne représente

⁶⁹³ Yves Nouvel, « Conférence du 27 novembre » (2017), en ligne (balado) : *Audiovisual Library of International Law, Lecture Series* <legal.un.org/avl/ls/Nouvel_IML.html#>.

⁶⁹⁴ *LFH Neer & Pauline Neer (USA) v United Mexican States* (1926), IV RIAA 60 à la p 60, 8 Brit YB Intel L 183 (OLA) (General Claims Commission) [*Neer*].

⁶⁹⁵ Commission du droit international, *Expulsion des étrangers : Étude du Secrétariat*, Doc off AG NU, 58^e sess, Doc NU A/CN.4/565 (2006) à la p 161 [Commission du droit international 2006].

⁶⁹⁶ Dumberry, *Fair*, *supra* note 689 à la p 5; Rainer Arnold, « Aliens » dans Rudolf Bernhardt, dir, *Encyclopedia of Public International Law*, vol 1, Amsterdam, Elsevier Science, 1992 aux pp 103-104.

⁶⁹⁷ Commission du droit international 2006, *supra* note 695 à la p 161.

⁶⁹⁸ Nouvel, *supra* note 693.

plus l'étalon approprié pour déterminer le champ d'application de la NMT compte tenu du caractère évolutif du droit international⁶⁹⁹ ce qui permet aux investisseurs de se prévaloir de la protection des attentes raisonnables. Nous verrons que ce raisonnement déroge au processus d'émergence d'une norme minimale de traitement, en tant que norme coutumière, puisqu'il élude les deux éléments de la coutume soit : une pratique étatique et d'une *opinio juris* favorables à la protection des attentes raisonnables. Les tribunaux arbitraux font fi d'une pratique étatique exprimée tant dans les traités que lors des litiges arbitraux.

6.1.2 Le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement : aperçu de certaines pratiques étatiques

Les statistiques de la CNUDCI relatives à la clause de traitement juste et équitable révèlent que 82 des 2577 traités bilatéraux d'investissement comportent une clause associant le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement⁷⁰⁰. Le Canada figure en tête avec 21 traités, suivi par le Mexique (7), le Japon (7), la Colombie (6), la Turquie (6), l'Inde (4), l'Australie (3), la Chine (3) et certains autres États tels que la République de Corée, la Syrie, l'Azerbaïdjan, et les États-Unis⁷⁰¹.

Afin de confirmer la tendance de ces États, nous avons examiné les modèles de traités bilatéraux proposés par ces derniers afin de déceler la présence d'une clause de traitement juste et équitable faisant clairement référence à la norme minimale de traitement ou au droit international coutumier. Précisons néanmoins que plusieurs des États précités ne possèdent pas de modèle de traité bilatéral d'investissement⁷⁰², mais que la récurrence de ces clauses dans les traités conclus par ces États peut laisser

⁶⁹⁹ Dumbery, *Fair*, *supra* note 689.

⁷⁰⁰ Est à noter que ces chiffres incluent les traités entrés en vigueur et ceux qui ne l'étaient pas encore; ils correspondent aux données disponibles le 12 juillet 2020 en consultant le International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Le Japon, l'Australie, la Chine ne disposent pas de modèle de traité de promotion et de protection des investissements. Voir International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381.

entrevoir une pratique étatique en ce sens. D'autres États omettront, pour leur part, toute référence au traitement juste et équitable ou aux attentes raisonnables dans leur modèle de traité⁷⁰³.

Nous avons alors constaté que sur 52 modèles de traité bilatéral d'investissement examinés, ceux de l'Azerbaïdjan, de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC), des États-Unis, de la Colombie, du Ghana, du Mexique, de la Norvège et du Canada associent le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement ou au droit international coutumier⁷⁰⁴. À titre d'exemple, le modèle canadien de 2004 prévoit ce qui suit :

Article 5 : Norme minimale de traitement

1. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement conforme à la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité intégrale.

2. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » visés au paragraphe 1 n'exigent pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui prescrit par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier.⁷⁰⁵

Cette rédaction s'inscrit dans la foulée de la *Note d'interprétation* du 31 juillet 2001 adoptée par Commission internationale de libre-échange de l'ALENA relative à l'article 1105 (1) de l'Accord. Cette dernière précisait en effet : « 2. Les concepts de "traitement juste et équitable" et de "protection et sécurité intégrales" ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de

⁷⁰³ Modèle de traité de la Fédération de Russie de 2016; Modèle de l'Inde de 2015, Modèle du Brésil de 2015. Les pays du BRIC semblent ainsi partager une approche plus souverainiste, que ce soit dans leur modèle ou dans les traités dont ils sont signataires (Chine).

⁷⁰⁴ Voir les modèles BIT rendu disponible par le International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381, sous l'onglet « Model Agreements ».

⁷⁰⁵ Affaires mondiales Canada, *supra* note 54.

traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers »⁷⁰⁶. Le but de cette précision était manifestement de limiter la marge de manœuvre des arbitres en matière d'interprétation du traitement juste et équitable.

La Colombie, pour sa part, avait inclus dans son modèle de 2011⁷⁰⁷ une protection similaire en limitant la protection de l'investisseur à celle prévue par la norme minimale de traitement conforme au droit coutumier et la protection et sécurité entière. La clause rappelait par ailleurs que le traitement juste et équitable ne saurait être interprété de manière à empêcher les parties contractantes d'exercer leurs pouvoirs réglementaires de manière transparente et non discriminatoire⁷⁰⁸. Il en est de même du modèle mexicain⁷⁰⁹, celui de l'Azerbaïdjan⁷¹⁰, et du projet de modèle de la Norvège de 2015 qui énonce :

⁷⁰⁶ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

⁷⁰⁷ Ce modèle a toutefois été amendé en 2017 pour être plus restrictif. Voir Modèle de la Colombie, *supra* note 47.

⁷⁰⁸ « Nivel minimal de trato : Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un nivel mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, incluido el “trato justo y equitativo”, y la “protección y seguridad plenas”. 2. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional a aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros de acuerdo al derecho internacional consuetudinario. [...] 5. El “trato justo y equitativo” no será interpretado de forma que impida a las Partes Contratantes ejercer sus facultades regulatorias de forma transparente y no discriminatoria. »

« Niveau minimum de traitement : Chaque Partie contractante accordera aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante un niveau minimum de traitement conformément au droit international coutumier, y compris "un traitement juste et équitable" et "une protection et une sécurité intégrales". 2. Les notions de "traitement juste et équitable" et de "protection et sécurité intégrales" n'exigent pas un traitement supplémentaire à celui prévu par le droit international coutumier. [...] 5. Le "traitement juste et équitable" ne doit pas être interprété d'une manière qui empêche les Parties contractantes d'exercer leurs pouvoirs de réglementation d'une manière transparente et non discriminatoire. » [notre traduction] Modèle 2011 de la Colombie.

⁷⁰⁹ Modèle mexicain. Minimum Standard of Treatment

« 1. Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty: (a) the concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens ».

⁷¹⁰ Modèle de l'Azerbaïdjan art 2 : « 2. Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party in the territory of its state fair and equitable treatment and full physical

GENERAL TREATMENT AND PROTECTION

Each Party shall accord to investors of the other Party, and their investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.⁷¹¹

Quant au modèle américain de 2012, son article 5 prévoit :

Article 5 : Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantial rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world [...].⁷¹²

Cet article renvoie d’ailleurs à l’Annexe A du traité qui précise :

Customary International Law

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and

protection and security in accordance with international law minimum standard of treatment of aliens. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full physical protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. »

⁷¹¹ Article 5 du modèle de TBI de la Norvège.

⁷¹² 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.⁷¹³

Cette précision était déjà présente dans le modèle américain de 2004 et illustre déjà la volonté des États-Unis de contrôler l'interprétation des tribunaux arbitraux⁷¹⁴.

Par ailleurs, nombre d'accords d'investissements incluent le traitement juste et équitable sous le chapitre *de la norme minimale de traitement* sans nécessairement que cette mention figure dans le corps du texte, mais cela laisserait normalement supposer que le traitement juste et équitable n'en est qu'un volet. Certains traités vont en restreindre la portée, soit par des notes interprétatives, soit en se référant à des annexes. C'est le cas notamment de l'article 10.5 du CAFTA-DR⁷¹⁵ qui réfère à l'Annexe 10.b portant sur le « droit international coutumier ». L'interprétation de cette clause a d'ailleurs été précisée à plusieurs occasions par les États-Unis, en vertu de l'article 10.20.2⁷¹⁶ et ce même lorsque les États-Unis n'étaient pas une partie au litige. Ils rappelèrent ainsi que le droit coutumier s'est cristallisé pour établir un

⁷¹³ Annexe A, 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty

⁷¹⁴ Patrick Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) 50 AFDI 669 à la p 674, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2004_num_50_1_3815>.

⁷¹⁵ « 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. » Accord entre les États-Unis et les États d'Amérique centrale du 4 août 2004, Central America Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (« DR-CAFTA ») Article 10.5 : Minimum Standard of Treatment.

⁷¹⁶ *Ibid* art 10.20. « 2. A non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Agreement. »

traitement minimal dans certains domaines, dont celui du traitement juste et équitable⁷¹⁷. Il en est de même de l'article 1105 de l'ALENA et de sa note d'interprétation⁷¹⁸. D'ailleurs, la pratique constante du Canada fut de plaider que la protection des attentes raisonnables ne s'inscrivait pas dans l'interprétation du traitement juste et équitable puisqu'elle se situait en dehors du cadre de la norme minimale de traitement⁷¹⁹.

D'aucuns pourraient avancer que le renvoi à la norme minimale de traitement dans la clause de traitement juste et équitable ne permet pas de conclure à l'existence d'une pratique étatique niant toute protection des attentes raisonnables. Ces traités révèlent simplement la volonté des États de ne pas octroyer un droit ou une protection qui ne respecterait pas les critères d'émergence de la norme coutumière. Dès lors, ces clauses restrictives impliquent la nécessité de démontrer une pratique générale et d'une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables.

6.1.3 Les tendances jurisprudentielles en matière d'interprétation de la norme minimale de traitement au regard de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur

Soulignons en premier lieu que les tribunaux arbitraux ont été saisis, à de multiples occasions, du débat quant à la détermination du lien entre le traitement juste et

⁷¹⁷ *Corona Materials LLC v Dominican Republic* (2016), ICSID Case No ARB(AF)/14/3 (soumission des États-Unis à la p 5) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Fernando Mantilla-Serrano et J Christopher Thomas).

⁷¹⁸ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

⁷¹⁹ *Eli Lilly and Company v The Government of Canada* (2017), ICSID Case No UNCT/14/2 (affidavit du Gouvernement du Canada au para 8) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Albert Jan van den Berg, Sir Daniel Bethlehem et. Gary Born). La tendance semble maintenue avec l'AECG dont l'instrument interprétatif commun indique « b) L'AECG précise que les gouvernements peuvent modifier leur législation, que ces modifications puissent ou non avoir des effets défavorables sur un investissement ou sur les attentes de profit d'un investisseur. » disponible sur <international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/jii-iiv.aspx?lang=fra>.

équitable et la norme minimale de traitement. La sentence *Impregilo SpA v Argentine Republic* résuma l'état de la jurisprudence arbitrale en ces termes :

286. As far as the precise relation between “fair and equitable treatment” and the minimum standard of international law is concerned, there are two main approaches adopted by ICSID Tribunals.

287. The first approach is that “fair and equitable treatment” has to be equated with the minimum standard of treatment provided for by general international law. This has been, for example, the position adopted by the CMS Tribunal: “In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.”

The second approach deals with “fair and equitable treatment” as an autonomous standard, considered in general as more demanding and more protective of the investors’ rights than the minimum standard of treatment provided for by general international law. The Azurix Tribunal, for example, adopted this position: “The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling in order to avoid a possible interpretation of these standards below what is required by international law.”⁷²⁰

Selon Hussein Haeri, « Investment treaty jurisprudence suggests that the fair and equitable treatment standard could be interpreted as an autonomous treaty standard which differs from the international minimum standard (despite the apparent provenance of the fair and equitable treatment standard in the international minimum standard), especially where treaty wording so allows. »⁷²¹

⁷²⁰ *Impregilo SpA v Argentine Republic* (2011), ICSID Case No ARB/07/17 aux para 286-288 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Juge Charles N Brower et Prof Brigitte Stern). Voir aussi *El Paso*, *supra* note 21 para 331 et s; *Enron*, *supra* note 90.

⁷²¹ Hussein Haeri, « A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law » (2011) 27 *Arb Intl* 28 à la p 45.

Dans l'ensemble, nous pouvons soumettre les hypothèses suivantes : en premier lieu, si le traitement juste et équitable équivaut à la norme minimale de traitement, l'investisseur doit alors démontrer que la frustration de ses attentes raisonnables va à l'encontre de la NMT. Cette dernière étant une règle coutumière, cela présuppose alors l'existence d'une coutume internationale garantissant la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, à savoir la présence d'une pratique étatique et d'une *opinio juris*. Si au contraire, le traitement juste et équitable a un caractère autonome, et confère à l'investisseur des droits additionnels, notamment la protection de ses attentes raisonnables, encore faut-il que ces droits puisent leur origine d'une source juridique quelconque en droit international et ne soient pas simplement le fruit d'une interprétation arbitrale. Nous pouvons également supposer que lorsqu'une clause de traitement juste et équitable fait référence à la norme minimale de traitement, son contenu et sa portée se distinguent de celle qui ne la mentionne pas. D'ailleurs, dans l'affaire *Deutsche Telekom c République of India*, l'un des arguments principaux de l'investisseur fut que la clause de traitement juste et équitable ne comportait aucune référence à la norme minimale de traitement, ce qui en faisait donc une clause à texture ouverte⁷²². Le Tribunal arbitral entérina cette interprétation⁷²³.

Nous verrons néanmoins que ces distinctions s'estompent entre les deux types de clauses. Qui plus est, la jurisprudence arbitrale ne se prononce ni sur la présence d'une règle coutumière en faveur de la protection des attentes raisonnables, ni sur les fondements juridiques d'une telle protection lorsqu'elle est soulevée dans le contexte d'une clause de traitement juste et équitable autonome. Dans le premier cas, les tribunaux arbitraux affirment simplement que la protection des attentes raisonnables de l'investisseur constitue un volet majeur des normes minimales de traitement

⁷²² *Deutsche Telekom v India* (2017), PCA Case No 2014-10 à la p 100 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Daniel M. Price et Prof Brigitte Stern) [*Deutsche Telekom*].

⁷²³ *Ibid* à la p 115, para 330.

contenues dans les traités bilatéraux d'investissement⁷²⁴ ou que cette norme a évolué dans le temps, sans pour autant clarifier le raisonnement qui sous-tend cette conclusion. Dans le deuxième cas, la protection des attentes raisonnables découle d'une interprétation libérale de la clause de traitement juste et équitable.

L'étude la jurisprudence arbitrale nous a permis de faire les constats suivants : d'une part les États associeront généralement le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement et évoqueront alors les sentences *Glamis Gold*⁷²⁵ et *Thunderbird*⁷²⁶. Ainsi, dans *Glamis Gold, Ltd v The United States of America*⁷²⁷, le Tribunal souligna que l'article 1105 de l'Accord de libre-échange nord-américain devait s'analyser au regard de la norme minimale de traitement prévue en droit international coutumier. À noter cependant que ces décisions, bien que proposant un seuil élevé pour conclure de la violation du traitement juste et équitable, admettent néanmoins l'existence en droit international d'une protection des attentes raisonnables⁷²⁸. Pour leur part, les investisseurs seront davantage enclins à qualifier le traitement juste et équitable de norme autonome dont le champ d'application serait plus vaste que celle de la norme minimale de traitement définie dans l'arrêt *Neer*⁷²⁹ et soulèveront le caractère évolutif de la NMT. Ils s'appuient généralement sur les

⁷²⁴ « Finally, it is relevant to consider the vicissitudes of the economy of the state that is host to the investment in determining the investor's legitimate expectations, the protection of which is a major concern of the minimum standards of treatment contained in bilateral investment treaties. » *Generation Ukraine, supra* note 183 au para 20.37.

⁷²⁵ « 627. [...] requires an act that is sufficiently egregious and shocking – a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons – so as to fall below accepted international standards. [...] Such a breach may be exhibited by a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards; "or the creation by the State the objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations". » [nos italiques] *Glamis, supra* note 75 au para 627.

⁷²⁶ *Thunderbird, supra* note 15.

⁷²⁷ *Glamis, supra* note 75.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Crystallex, supra* note 68; *Veteran, supra* note 271; *Windstream Energy LLC v Government of Canada* (2016), PCA Case No 2013-22 (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Dr Veijo Heiskanen, R Doak Bishop et Dr Bernardo Cremades) [*Windstream*].

sentences *CMS c Argentina*⁷³⁰, *Occidental c Ecuador*⁷³¹, et *Biwatter Gauff c Tanzanie*⁷³² ainsi que *Mondev v United States* lors de laquelle le Tribunal arbitral fit le commentaire suivant :

[B]oth the substantial and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable development. In the light of these developments, it is unconvincing to confine the meaning of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ of foreign investments to what those terms – had they been current at the time – might have meant in the 1920s when applied to the physical security of an alien. To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith [...].⁷³³

À ce stade, il est donc possible de souligner l’existence d’une pratique étatique en faveur d’une interprétation restrictive des clauses de traitement juste et équitable en l’associant à la NMT, par opposition à une « pratique corporative » favorable à un élargissement de la portée de la norme minimale de traitement pour y inclure la protection des attentes raisonnables.

Afin d’illustrer cette opposition et son incidence sur la protection des attentes raisonnables de l’investisseur, nous avons choisi de nous pencher exclusivement sur les litiges arbitraux lors desquels la frustration des attentes raisonnables constituait l’un des motifs de recours. Par ailleurs, dans le but d’orienter notre recherche, nous avons examiné les sentences arbitrales portant sur les traités d’investissement⁷³⁴ qui comportaient soit une référence directe à la clause minimale de traitement⁷³⁵ soit qui

⁷³⁰ *CMS*, *supra* note 90.

⁷³¹ *Occidental Exploration*, *supra* note 90.

⁷³² *Biwatter*, *supra* note 140.

⁷³³ *Mondev International Ltd v United States of America* (2002), ICSID Case No ARB(AF)/99/2 au para 121 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Ninian Stephen, Prof James Crawford et Juge Stephen M Schwebel).

⁷³⁴ Nous avons exclu les recours en vertu de la Charte internationale de l’énergie.

⁷³⁵ Nous considérons comme référence directe l’insertion de cette mention dans le corps du texte, et comme référence indirecte le titre sous lequel la clause est inscrite.

ont donné lieu à une interprétation de l'État (partie à l'arbitrage ou intervenant) sur la portée du traitement juste et équitable. Notre objectif est en effet d'établir que les tribunaux arbitraux tendent à adopter une interprétation évolutive de la NMT, concordant avec une interprétation libérale du traitement juste et équitable, qui a pour effet de favoriser la protection des attentes raisonnables de l'investisseur sans que cela ne soit soutenu par une démarche méthodologique convaincante. Les sentences que nous avons retenues mettent en évidence les différentes approches adoptées par des tribunaux arbitraux pour inclure la protection des attentes raisonnables dans la clause de traitement juste et équitable malgré le renvoi à la norme minimale de traitement.

Dans l'affaire *OI European Group BV v Bolivarian Republic of Venezuela*⁷³⁶, le litige portait également sur la frustration des attentes raisonnables et la violation de la clause de traitement juste et équitable. Or l'article 3.1 amendé du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et le Venezuela précisait ce qui suit :

Article 3 (1) The Contracting Parties agree that the treatment of investments shall be considered to be fair and equitable as mentioned in Article 3, paragraph 1, if it conforms to the treatment accorded to investments of their own nationals, or to investments of nationals of any third State, whichever is more favorable to the national concerned, *as well as to the minimum standard for the treatment of foreign nationals under international law*. [nos italiques]⁷³⁷

La compagnie *OI European* alléguait qu'en dépit de la référence à la norme minimale de traitement, la clause de traitement juste et équitable n'exigeait qu'un niveau de manquement relativement faible et n'était pas limitée à la norme minimale de traitement⁷³⁸. Elle ajouta que même si le comportement de l'État devait être évalué à

⁷³⁶ *OI European Group BV v Bolivarian Republic of Venezuela* (2015), ICSID Case No ARB/11/25 (Italo) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Francisco Orrego Vicuña et Alexis Mourre) [*OI European Group*].

⁷³⁷ Article 3.1 amendé du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et le Venezuela.

⁷³⁸ *OI European Group*, supra note 736 au para 435.

l'aune de la NMT, les actes du Venezuela à son encontre, notamment la frustration de ses attentes légitimes, bafouaient la NMT⁷³⁹. L'État alléguait pour sa part que le traitement juste et équitable était limité à la NMT et qu'en conséquence n'intégrait pas la protection des attentes raisonnables.

Bien que le Tribunal ait conclu que le standard applicable était celui d'un traitement juste et équitable conforme à la norme minimale de traitement⁷⁴⁰, il estima, citant l'arrêt *Roberts*⁷⁴¹, que cette norme n'était pas figée dans le temps et que son intérêt était douteux dans un contexte d'actes judiciaires ou administratifs entravant la pleine jouissance de l'investissement⁷⁴². Bien plus, le Tribunal estima que l'évolution de la NMT et du traitement juste et équitable pouvait laisser supposer une convergence de ces deux normes et, malgré le caractère indéterminé du traitement juste et équitable celui-ci, « [...] imposait une norme de conduite minimale à tous les États vis-à-vis des ressortissants étrangers »⁷⁴³. Le Tribunal n'étaya pas davantage son raisonnement, mais la perspective adoptée par celui-ci semble suggérer que le traitement juste et équitable incarnerait alors une norme minimale de traitement évolutive qui permettrait alors d'y inclure la protection des attentes raisonnables.

Dans l'affaire *Abengoa SA y COFIDES SA v United Mexican States*⁷⁴⁴ le recours de l'investisseur, une entreprise espagnole, portait *inter alia* sur la violation de la clause IV.I du traité entre l'Espagne et le Mexique relative au traitement juste et équitable. Cette clause prévoyait que : « Chaque partie contractante accordera à l'autre partie un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un

⁷³⁹ *Ibid* au para 442.

⁷⁴⁰ *Ibid* au para 483.

⁷⁴¹ *Harry Roberts (USA) v United Mexican States* (1926), [1926] RIAA 77, 21 AJIL 357.

⁷⁴² *OI European Group*, supra note 736 au para 489.

⁷⁴³ *Ibid* au para 489.

⁷⁴⁴ *Abengoa SA y COFIDES SA v United Mexican States* (2013), ICSID Case No ARB(AF)/09/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Juan Fernández-Armesto et Eduardo Siqueiros) [*Abengoa*].

traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et sécurité pleine et entière » [notre traduction]⁷⁴⁵. L'investisseur souleva la frustration de ses attentes légitimes à la suite d'un changement réglementaire adopté par Conseil municipal du Zimpanan relativement à la construction et l'exploitation d'un complexe de traitement des déchets dangereux. L'investisseur affirma alors, s'appuyant sur la jurisprudence arbitrale, que le traitement juste et équitable incluait la protection des attentes raisonnables compte tenu du caractère évolutif de la norme minimale de traitement⁷⁴⁶. L'État mexicain précisa, pour sa part, que le libellé de la clause du traité bilatéral d'investissement de 2006 avait été rédigé de manière plus restrictive que l'Accord de 1996, de sorte à se référer au droit international coutumier et non simplement au droit international. Ces changements avaient en effet été motivés par les sentences *Tecmed*⁷⁴⁷ et *Metalclad*⁷⁴⁸ lors desquelles les arbitres avaient adopté une interprétation libérale du traitement juste et équitable.

Le Tribunal arbitral conclut en premier lieu qu'il ne faisait aucun doute que l'article IV.I du traité renvoyait à la norme minimale de traitement⁷⁴⁹. Il ajouta qu'en dépit de deux courants jurisprudentiels opposés (*Cargill*⁷⁵⁰ et *Glamis Gold*⁷⁵¹) il y avait convergence quant au fait que cette norme oblige, à tout le moins, l'État à ne pas agir de manière manifestement arbitraire, injuste et à ne pas frustrer les attentes raisonnables de l'investisseur de manière choquante⁷⁵². Le Tribunal, s'appuyant sur la

⁷⁴⁵ « Artículo IV.I Cada Parte Contratante otorgara a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas ». Clause IV.I du traité entre l'Espagne et le Mexique relative au traitement juste et équitable.

⁷⁴⁶ *Abengoa*, *supra* note 744 au para 324.

⁷⁴⁷ *Tecmed*, *supra* note 3.

⁷⁴⁸ *Metalclad*, *supra* note 2.

⁷⁴⁹ *Abengoa*, *supra* note 744 au para 640.

⁷⁵⁰ *Cargill 2008*, *supra* note 376.

⁷⁵¹ *Glamis*, *supra* note 75.

⁷⁵² *Abengoa*, *supra* note 744 au para 641.

sentence *Waste Management*⁷⁵³, considéra alors que « des actes grossièrement incohérents, contradictoires, dépourvus de motifs ayant pour effet d'inverser de manière arbitraire les décisions ou approbations antérieures sur lesquelles s'est fiées l'investisseur constituaient une violation au droit international coutumier » [notre traduction]⁷⁵⁴. Le Tribunal estima, après analyse des faits, que la décision du Conseil municipal du Zimpanan contrevenait à la norme minimale de traitement et ne se justifiait pas par des motifs d'ordre environnemental, de santé publique ou d'ordre juridique⁷⁵⁵. Le lien entre la norme minimale de traitement et la protection des attentes raisonnables ne fut toutefois pas développé. Ainsi, à défaut de démontrer une pratique étatique et une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables, le Tribunal hissa la révocation des permis au niveau d'un comportement arbitraire, introduisant ainsi la protection des attentes raisonnables.

Hormis dans le contexte de l'ALENA où la *Note d'interprétation*⁷⁵⁶ adoptée par les États signataires visant à restreindre la portée du traitement juste et équitable avait force obligatoire, les sentences arbitrales précitées nous ont permis de constater qu'une clause intégrant la norme minimale de traitement, une note d'interprétation relative à la clause du traitement juste et équitable, ou l'intervention d'un État clarifiant la portée de la clause ne semblent pas peser de manière significative dans

⁷⁵³ « the minimum standard of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributed to the State and harmful to the claimant, if the conduct is arbitrary, grossly unfair or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety [...]. In applying the standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant. » *Waste Management, supra* note 511 au para 98.

⁷⁵⁴ « El Tribunal Arbitral considera, bajo este estandar, que una actuacion groseramente incoherente, contradictoria, desprovista de razones, que llegue a revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que confio el inversor y baso la asuncion de sus compromisos, es contraria al nivel mnimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario. Tambien es contrario al nivel minimo de trato el hecho por el Estado de utilizar los poderes que le otorga la ley para propositos ajenos a los fines de la misma. » *Abengoa, supra* note 744 au para 642.

⁷⁵⁵ *Ibid* au para 652.

⁷⁵⁶ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

l'analyse des tribunaux arbitraux. Ainsi, les clauses comportant une référence directe à la NMT ou au droit coutumier se confondent avec des dispositions plus larges, délaissant ainsi l'interprétation littérale du traité. À cet égard, les tribunaux arbitraux emprunteront des chemins de traverse ayant pour conséquence d'élargir l'application du traitement juste et équitable et éluderont par la même occasion l'analyse requise pour déterminer l'existence d'une pratique étatique générale et d'une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

En premier lieu, et tel que mentionné précédemment, l'évolution de la norme minimale de traitement est un argument récurrent en matière de protection des attentes raisonnables⁷⁵⁷. Dès lors, les tribunaux sont enclins à considérer que le standard établi dans *Neer* ne constitue plus un étalon fiable pour circonscrire le droit coutumier et les obligations étatiques qui en découlent. C'est du moins ce que le Tribunal arbitral conclut dans *Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala*⁷⁵⁸, en soulignant que la NMT est en constante évolution et ne se limite pas aux critères de *Neer*⁷⁵⁹ rendue dans les années 20. Il en est de même de la sentence *Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*⁷⁶⁰.

Quant à la sentence *Waste Management, Inc v United Mexican States*⁷⁶¹ portant sur l'interprétation de l'article 1105 de l'ALENA, celle-ci rappela que le seuil requis n'est plus celui prévu dans *Neer* mais qu'il s'agissait désormais d'une norme flexible permettant d'y insérer la protection des attentes raisonnables :

⁷⁵⁷ *Deutsche Telekom*, *supra* note 722 au para 313.

⁷⁵⁸ *Railroad Development Corporation (RDC) v Republic of Guatemala* (2012), ICSID Case No ARB/07/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Hon Stuart E Eizenstat et Prof James Crawford).

⁷⁵⁹ *Neer*, *supra* note 694.

⁷⁶⁰ *Gold Reserve*, *supra* note 112 au para 567. Voir aussi *Merrill & Ring*, *supra* note 215 au para 213.

⁷⁶¹ *Waste Management*, *supra* note 511.

Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process. *In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.* [nos italiques]⁷⁶²

La protection des attentes raisonnables s'ajouterait en quelque sorte au noyau dur de la norme minimale de traitement, et en élargirait la portée.

Toutefois, aucun de ces tribunaux arbitraux ne présenta un éclairage satisfaisant de la démarche intellectuelle adoptée pour parvenir à cette conclusion. Aucune démonstration n'a été faite, ni par l'investisseur, ni par les tribunaux permettant de motiver le fait que la protection des attentes raisonnables s'inscrirait désormais dans une sorte de NMT « moderne ». Nous pouvons fort bien souscrire à l'idée que le droit international est évolutif et ne se limite pas aux critères établis dans *Neer*, encore faut-il établir que la norme actuelle découle d'un processus normatif précis conforme au droit international, qu'il soit conventionnel ou coutumier. D'ailleurs, bien que certains États aient admis que la norme minimale de traitement prévue dans l'arrêt *Neer*⁷⁶³ a pu connaître une évolution dans le temps, « le seuil de violation exigé demeure élevé »⁷⁶⁴.

L'évolution du droit international est un concept dénué de sens s'il n'est pas appuyé par les mécanismes reconnus d'émergence de la norme. Conclure autrement serait

⁷⁶² *Ibid* au para 98.

⁷⁶³ *Neer, supra* note 694.

⁷⁶⁴ Deuxième soumission du Canada en vertu de l'ALENA, article 1128, 19 juillet 2002, paragraphe 33.

octroyer aux tribunaux arbitraux un pouvoir normatif que le droit international ne prévoit pas. Ils auraient alors la latitude de fixer, au cas par cas, les obligations de l'État et d'engager la responsabilité de ce dernier sur une base purement factuelle. La NMT se transformerait *ipso facto* en un réceptacle de réclamations diffuses ne bénéficiant d'aucune assise juridique.

En deuxième lieu, certains tribunaux arbitraux écartèrent l'arrêt *Neer* car celui-ci ne relevait pas du droit de l'investissement⁷⁶⁵. Un tel argument ne convainc point dans la mesure où la NMT citée dans les traités d'investissement demeure une norme coutumière tel que définie par le droit international public. Si les États avaient voulu conférer aux clauses de NMT un sens différent de celui prévu en droit international public, cette volonté se serait manifestée dans le traité. De plus, même en excluant l'arrêt *Neer*, cela n'exempte pas l'investisseur de démontrer que la NMT inclut désormais la protection de ses attentes raisonnables.

Troisièmement, à défaut de démontrer les critères d'émergence d'une norme coutumière en faveur des attentes raisonnables, des tribunaux arbitraux utiliseront les critères de *Neer* afin de qualifier le comportement de l'État de choquant ou arbitraire transgressant alors la norme minimale de traitement⁷⁶⁶. Cette approche permet d'atteindre le seuil requis par la NMT.

Le renvoi à la norme minimale de traitement ou à la coutume internationale dans la clause de traitement juste et équitable ne constitue donc pas un rempart efficace face aux revendications de l'investisseur en matière de protection de ses attentes raisonnables.

⁷⁶⁵ *Gold Reserve*, *supra* note 112 au para 567. Voir aussi *Merrill & Ring*, *supra* note 215 au para 213; *Windstream*, *supra* note 729.

⁷⁶⁶ *Abengoa*, *supra* note 744.

6.2 Le principe de conformité au droit international et son application à la protection des attentes raisonnables

En marge des clauses de traitement juste et équitable qui renvoient à la norme minimale de traitement, certains traités d'investissement font référence plus globalement à l'obligation de l'État d'accorder un traitement juste et équitable *conforme au droit international*⁷⁶⁷ ou *conforme aux principes de droit international*⁷⁶⁸. Selon les plus récentes données fournies par la CNUDCI, 348 traités sur 2576 comportent une clause de traitement juste et équitable qui renvoie à la conformité au droit international⁷⁶⁹. Certains États ont d'ailleurs inséré cette disposition dans leur modèle de traité bilatéral, c'est le cas notamment de la France, de l'Uganda, de la Grèce, de la Croatie et de la Bolivie⁷⁷⁰. Nous avons donc voulu déterminer quelle était l'interprétation adoptée par les tribunaux arbitraux lorsqu'on évoque un traitement conforme au droit international.

Notre hypothèse est la suivante : quelle que soit l'interprétation adoptée par les tribunaux arbitraux, celle-ci aboutit à la reconnaissance d'une protection internationale des attentes raisonnables. En effet, quand bien même la conformité au droit international est assimilée à la NMT, celle-ci reçoit, comme nous l'avons vu, une interprétation libérale. Par ailleurs, lorsqu'elle s'en dissocie, elle permet d'en

⁷⁶⁷ Les formules peuvent néanmoins varier selon le traité. On trouvera par exemple : « [i]n accordance with the rules and principles of international law »; in no case « less than that required by international law ». Également « *in conformity with international law* ».

⁷⁶⁸ *Global Telecom Holding SAE v Canada* (2020), ICSID Case No ARB/16/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Georges Affaki, Gary Born et Prof Vaughan Lowe) [*Global Telecom*].

⁷⁶⁹ Suivant les données disponibles le 12 juillet 2020 en consultant le International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381.

⁷⁷⁰ France (2006), Uganda (2003), Grèce (2002), Croatie (1998) et Bolivie. Suivant les données disponibles le 12 juillet 2020 en consultant le International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381, sous l'onglet « Model Agreements ».

étendre la portée au-delà du droit coutumier sans que les tribunaux arbitraux soient en mesure d'expliquer son assise juridique.

Sur le plan méthodologique, nous avons examiné les sentences arbitrales dans lesquelles le traité d'investissement invoqué comportait une référence à la conformité au droit international, et ce, quelle que soit la formule adoptée notamment : « *conforme au droit international* », « *conforme aux principes de droit international* », « *in accordance with international law* », et « *in conformity with international law* ». De plus, nous n'avons retenu que les sentences arbitrales dans lesquelles la protection des attentes raisonnables a été soulevée par l'investisseur sans égards à l'issue du litige.

Notons d'emblée que la mention « conforme au droit international » ne fait pas consensus. En règle générale, les États seront enclins à interpréter l'expression *conforme au droit international* comme étant une référence à la NMT, alors que les investisseurs s'en dissocieront. La jurisprudence arbitrale reflète cette opposition. Ainsi, nous avons pu observer deux tendances jurisprudentielles fort divergentes, d'une part celle qui assimile la notion de conformité au droit international à la norme minimale de traitement⁷⁷¹ et d'autre part, celle qui conclut que la conformité au droit international est évolutive et va au-delà de la NMT⁷⁷². D'aucuns pourraient conclure

⁷⁷¹ *Biwater*, supra note 140; *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan* (2008), ICSID Case No ARB/05/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Stewart Boyd, Marc Lalonde et Bernard Hanotiau); *Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (2012), ICSID Case No ARB/09/02 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Makhdoom Ali Khan, Prof David AR Williams et Dr Bernard Hanotiau); *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan* (2010), ICSID Case No ARB/07/14 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr Kaj Hobér et Prof James Crawford); *OI European Group*, supra note 736.

⁷⁷² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v Argentine Republic* (2015), ICSID Case No ARB/03/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken); *Sempra*, supra note 14; *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo*

que cette dernière approche justifierait l'inclusion de la protection des attentes raisonnables puisqu'elle aurait une portée plus large que celle associée à la NMT. Nous démontrerons néanmoins que la formule « *conformément aux principes de droit international* »⁷⁷³ ne justifie pas une interprétation extensive du traitement juste et équitable pour y inclure la protection des attentes raisonnables.

Nous avons également noté que même lorsque le Tribunal arbitral statue en faveur de l'État, il le fait le plus souvent en déclarant que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure à la frustration des attentes légitimes de l'investisseur, mais ne contestera nullement la prémisse selon laquelle la protection des attentes raisonnables constitue une application du traitement juste et équitable. En d'autres termes, un traitement juste et équitable *conforme au droit international* produirait les mêmes effets qu'une clause non restrictive⁷⁷⁴.

Afin d'éclairer notre propos, nous aborderons la notion de « conformité au droit international » et son impact sur la protection des attentes raisonnables. Plus précisément nous traiterons des deux approches adoptées par les tribunaux arbitraux, à savoir la « conformité au droit international » comme reflet de la NMT et la « conformité au droit international » en tant que notion distincte du droit coutumier.

Bank Plc v The Republic of Estonia (2007), ICSID Case No ARB/04/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : OLO de Witt Wijnen, L Yves Fortier et VV Veeder) [*Oko*]; *Total, supra* note 105; *Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman* (2015), ICSID Case No ARB/11/33 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof David AR Williams, Juge Charles N Brower et J Christopher Thomas); *Philip Morris, supra* note 107; *Teinver, supra* note 284; *Anglo American PLC v Bolivarian Republic of Venezuela* (2019), ICSID Case No ARB(AF)/14/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Yves Derains, Dr Guido Santiago Tawil et Dr Raúl E Vinuesa) [*Anglo American*]; *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v Republic of Indonesia* (2019), PCA Case No 2015-40 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Neil Kaplan, James Spigelman et Prof Muthucumaraswamy Sornarajah); *Mohamed Abdel Raouf Bahgat v Egypt* (2019), PCA Case No 2012-07 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Rüdiger Wolfrum, Prof W Michael Reisman et Laurent Lévy); *Global Telecom, supra* note 768.

⁷⁷³ Nous avons exclu la formule « conforme au droit international coutumier », car faisant référence directement à la coutume.

⁷⁷⁴ Le vocable utilisé par les bases de données de la UNCITRAL est *FET qualified* v *FET unqualified*.

6.2.1 La conformité au droit international reflet de la NMT

Soulignons d'emblée que hormis les sentences arbitrales rendues en vertu de l'ALENA à la suite à la *Note d'interprétation*⁷⁷⁵ de 2001, les décisions qui assimilent la formule « conforme au droit international » à la NMT ne sont pas légion. Nous citerons à titre d'exemple la sentence *Gold Reserve v Bolivarian Republic of Venezuela*⁷⁷⁶ et *MCI Powers Group Lc and New Turbine inc v Ecuador*⁷⁷⁷. Cette dernière portait sur l'application de l'article II (3) A) du traité entre les États-Unis et l'Équateur qui prévoyait ce qui suit :

Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case *be accorded treatment less than that required by international law*. [nos italiques]⁷⁷⁸

Ainsi, le Tribunal se prononçant sur la portée de cet article souligna :

369. The Tribunal notes that fair and equitable treatment conventionally obliges States parties to the BIT to respect the standards of treatment required by international law. The international law mentioned in Article II of the BIT refers to customary international law, i.e., the repeated, general, and constant practice of States, which they observe because they are aware that it is obligatory. Fair and equitable treatment, then, is an expression of a legal rule. Inequitable or unfair treatment, like arbitrary treatment, can be reasonably recognized by the Tribunal as an act contrary to law⁷⁷⁹.

Le Tribunal parvint à une analyse similaire dans *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v Bolivarian Republic of Venezuela* en notant :

⁷⁷⁵ Notes d'interprétation, *supra* note 45.

⁷⁷⁶ *Gold Reserve*, *supra* note 112.

⁷⁷⁷ *MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador* (2007), ICSID Case No ARB/03/6 au para 369 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Raúl E Vinuesa, Juge Benjamin J Greenberg et Prof Jaime Irrázabal C) [*MCI*].

⁷⁷⁸ TBI États-Unis-Equateur 1993.

⁷⁷⁹ *MCI*, *supra* note 777 au para 369.

The FET and FPS standards accorded to covered investments in Article 4(1) of the Treaty are prefaced by the words: “[i]n accordance with the rules and principles of international law”. In the Tribunal’s view, as explained below, these words import the customary international law minimum standards, rather than any autonomous higher standards, applying the rule of interpretation codified in Article 31(1) of the VCLT as to “the ordinary meaning to be given to the terms in their context”.⁷⁸⁰

Malgré l’interprétation de ces tribunaux arbitraux, force est de constater qu’elle ne permet pas de contrer efficacement les réclamations des investisseurs quant à la protection de leurs attentes raisonnables. En effet, tel que nous l’avons évoqué plus haut, quand bien même la clause renverrait expressément à la norme minimale de traitement, les tribunaux arbitraux tendent à attribuer à cette dernière une portée large, qui se justifierait par l’évolution de la coutume internationale, mais qui n’est appuyée ni par une pratique étatique générale ni par une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables.

Dès lors, le lien entre le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement devient artificiel dans la mesure où il ne permet pas nécessairement d’écarter la protection des attentes raisonnable de son champ d’application.

6.2.2 La conformité au droit international et la NMT : deux notions distinctes

Plusieurs tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur la protection des attentes raisonnables dans un contexte où la clause de traitement juste et équitable référerait expressément au droit international concluront que la conformité au droit international et la norme minimale de traitement sont deux notions distinctes

⁷⁸⁰ *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v Bolivarian Republic of Venezuela* (2017), ICSID Case No ARB/11/19 au para 8.42 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : VV Veeder, Hon Marc Lalonde et Prof Zachary Douglas). Voir aussi *Flughafen Zürich AG and Gestión e Ingeniería IDC SA v Bolivarian Republic of Venezuela* (2014), ICSID Case No ARB/10/19 au para 573 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Henri Alvarez et Raúl E Vinuesa).

permettant dès lors d'étendre la protection de l'investisseur pour y inclure celle de ses attentes raisonnables.

Ainsi, dans l'affaire *Global Telecom Holding SAE v Canada*⁷⁸¹, l'investisseur argua la frustration de ses attentes légitimes à la suite du changement réglementaire opéré par le Canada dans le domaine de la téléphonie mobile et qui a eu pour effet d'inciter la compagnie à quitter le marché canadien. Global Telecom Holding souligna alors que le Canada contrevenait à l'article II du traité bilatéral de 1996 entre le Canada et l'Égypte qui prévoyait ce qui suit :

2. Each Contracting Party shall accord investments or returns of investors of the other Contracting Party (a) fair and equitable treatment *in accordance with principles of international law*, and (b) full protection and security. [nos italiques]⁷⁸²

Le Canada souligna que la pratique étatique constante associait le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement⁷⁸³. Dès lors, il appartenait à l'investisseur de démontrer une *opinio juris* et une pratique étatique en ce sens, car les sentences arbitrales ne pouvaient incarner cette dernière⁷⁸⁴. Qui plus est, hormis l'existence de représentations spécifiques, il n'existait pas une protection des attentes raisonnables qui se suffirait à elle-même⁷⁸⁵. Pour sa part, Global Telecom estima que l'article II devait recevoir une interprétation libérale puisqu'il énonçait une norme flexible⁷⁸⁶. De plus, quand bien même cet article portait sur la NMT, la protection des attentes raisonnables en constituait un élément important⁷⁸⁷ et « la richesse des

⁷⁸¹ *Global Telecom*, supra note 768.

⁷⁸² Canada-Egypt TBI 1996.

⁷⁸³ *Global Telecom*, supra note 768 au para 468.

⁷⁸⁴ *Ibid* au para 472.

⁷⁸⁵ *Ibid* au para 478.

⁷⁸⁶ *Ibid* au para 453.

⁷⁸⁷ *Ibid* au para 465.

analyses faites par les autres tribunaux pour définir la portée de la NMT est plus que suffisante pour définir les paramètres de ce standard » [notre traduction]⁷⁸⁸.

Le Tribunal abonda dans le sens de l'investisseur, et conclut que la formule « *conforme au droit international* » ne reflétait pas la norme minimale de traitement, car si les parties avaient voulu que cela soit le cas, la référence au droit coutumier aurait été claire⁷⁸⁹. Il postula également qu'un traitement juste et équitable conforme au droit international incluait la protection des attentes raisonnables. Un raisonnement similaire fut adopté notamment dans *Sempra Energy International v The Argentine Republic*⁷⁹⁰, *Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic*⁷⁹¹, *Valores Mundiales, SL and Consorcio Andino SL v Bolivarian Republic of Venezuela*⁷⁹², *Louis Dreyfus Armateurs SAS v Republic of India*⁷⁹³, *Nation Energy v Panama*⁷⁹⁴ et dans *Anglo American PLC v Bolivarian Republic of Venezuela*⁷⁹⁵. Cette dernière portait sur l'interprétation de l'article 2.2⁷⁹⁶ du traité de 1996 entre la Grande-Bretagne et le Venezuela. L'investisseur alléguait la frustration de ses attentes raisonnables et son droit à un cadre juridique stable et prévisible. Il plaida que malgré la mention « *in accordance with international law* » il

⁷⁸⁸ *Ibid* au para 466.

⁷⁸⁹ *Ibid* au para 485.

⁷⁹⁰ *Sempra*, *supra* note 14 au para 302.

⁷⁹¹ *Teinver*, *supra* note 284 au para 667.

⁷⁹² *Valores Mundiales, SL and Consorcio Andino SL v Bolivarian Republic of Venezuela* (2017), ICSID Case No ARB/13/11 au para 530 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Eduardo Zuleta, Dr Horacio A Grigera-Naón et Dr Yves Derains) [*Valores*].

⁷⁹³ *Louis Dreyfus Armateurs SAS v Republic of India* (2018), PCA Case No 2014-26 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Jean E Kalicki, Prof Julian DM Lew et J Christopher Thomas) [*Dreyfus*].

⁷⁹⁴ *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc, and Jamie Jurado v The Republic of Panama* (2010), ICSID Case No ARB/06/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Dr José María Chillón Medina et Dr Claus von Wobese) [*Nations Energy*].

⁷⁹⁵ *Anglo American*, *supra* note 772.

⁷⁹⁶ TBI Grande Bretagne-Venezuela 1996 art 2.(2) : « investments of nationals or' companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment *in accordance with international law* and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party » [nos italiques].

était admis par la jurisprudence arbitrale que le traitement juste et équitable ne se limitait pas à la norme minimale de traitement, mais qu'il s'agissait d'une norme autonome incluant la protection des attentes raisonnables⁷⁹⁷. Le Venezuela répliqua en indiquant que le Tribunal devait tenir compte du libellé de la clause et limiter cette norme à celle prévue en droit coutumier⁷⁹⁸. En conséquence, pour qu'il y ait violation du traitement juste et équitable il était nécessaire de démontrer que les droits de l'investisseur avaient été bafoués de manière flagrante et grossière⁷⁹⁹ et qu'il fallait, à tout le moins, démontrer des engagements spécifiques de l'État⁸⁰⁰. Le Tribunal, se prononçant sur la portée de la clause 2.2 qualifia le traitement juste et équitable de norme autonome⁸⁰¹ et ajouta que même si un parallèle pouvait être fait avec la NMT, cette dernière a évolué depuis l'arrêt *Neer* et incluait désormais la protection des attentes raisonnables⁸⁰². Le Tribunal n'explicita pas plus son raisonnement.

En réalité, nombre de sentences arbitrales distingueront entre les clauses comportant une référence claire à la NMT et celle qui renvoie de manière plus globale aux principes de droit international. Il en est ainsi de la sentence *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*⁸⁰³ où le Tribunal se prononça en ces termes :

The Tribunal sees no basis for equating principles of international law with the minimum standard of treatment. First, the reference to principles of international law supports a broader reading that invites consideration of a

⁷⁹⁷ *Anglo American*, supra note 772 au para 412.

⁷⁹⁸ *Ibid* au para 415.

⁷⁹⁹ *Ibid*.

⁸⁰⁰ *Ibid* au para 417.

⁸⁰¹ *Ibid* au para 439 et s.

⁸⁰² *Ibid*.

⁸⁰³ *Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/97/3 (Itlaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Carlos Bernal et Vereia J William Rowley) [*Compañía de Aguas*]. Voir également *SAUR International SA v Republic of Argentina* (2014), ICSID Case No ARB/04/4 (Itlaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, Prof Bernard Hanotiau et Prof Christian Tomuschat).

wider range of international law principles than the minimum standard alone. Second, the wording of Article 3 requires that the fair and equitable treatment conform to the principles of international law, but the requirement for conformity can just as readily set a floor as a ceiling on the Treaty's fair and equitable treatment standard. Third, the language of the provision suggests that one should also look to contemporary principles of international law, not only to principles from almost a century ago.⁸⁰⁴

La sentence *Franck Charles Arif v Republic of Moldova* abonde dans le même sens :

The specific language adopted by France and Moldova in Article 3 connects fair and equitable treatment with 'public international law principles', although neither party has raised the question of whether this language limits the fair and equitable treatment standard to the minimum standard of treatment of aliens in customary international law. This question, except in some very specific contexts such as Article 1105 of NAFTA, is increasingly of historic significance as the rapidly expanding practice on FET clauses in treaties accelerates the development of customary international law. In any event, the Tribunal is satisfied that the fair and equitable treatment standard in Article 3 of the France- Moldova BIT is an autonomous standard given.⁸⁰⁵

Ce courant jurisprudentiel considère dès lors que la clause de traitement juste et équitable se détache du cadre coutumier pour constituer une norme distincte dont les paramètres demeurent nébuleux, mais qui permettrait d'y intégrer une protection des attentes raisonnables.

Parfois, les tribunaux arbitraux s'appuieront sur une subtilité de langage dans l'interprétation des clauses de traitement juste et équitable. Ainsi, dans l'affaire *Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v The Republic of Estonia*⁸⁰⁶, le recours portait sur l'article 3 du traité entre l'Estonie et la Finlande qui prévoyait ce qui suit :

⁸⁰⁴ *Compañía de Aguas*, *supra* note 803 au para 7.4.7. Voir aussi *Crystallex*, *supra* note 68 au para 531.

⁸⁰⁵ *Arif*, *supra* note 109 au para 529.

⁸⁰⁶ *Oko*, *supra* note 772.

Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations and *in conformity with international law*, at all times ensure a fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party. [nos italiques]⁸⁰⁷

Le Tribunal estima dans un premier temps que cette clause devait être distinguée de celle qui ne comportait pas de référence au droit international. Il évoqua également l'article 1105(1) de l'ALENA⁸⁰⁸ qui avait été interprété comme renvoyant à la NMT⁸⁰⁹. Toutefois, le Tribunal statua, d'une part, qu'il n'était pas tenu par l'interprétation de l'article 1105 (1) et la jurisprudence arbitrale afférente et que l'article 1105 (1) utilisait la phrase « *in accordance with international law* » et non « *in conformity with international law* »⁸¹⁰. Considérant qu'il y avait une distinction entre les deux expressions⁸¹¹, l'article 3 du traité entre la Finlande et l'Estonie ne pouvait donc se rapporter à une norme coutumière et en conséquence la clause de traitement juste et équitable constituait une clause autonome⁸¹². Le Tribunal conclut alors que : « une violation du traitement juste et équitable pouvait être établie entre autres, en se basant sur la protection des attentes raisonnables » [notre traduction]⁸¹³.

À certaines occasions, la protection des attentes raisonnables fut accordée sans que le Tribunal ne se prononce sur le caractère autonome ou coutumier du traitement juste et équitable. Ce fut notamment le cas dans *Peter A Allard v The Government of*

⁸⁰⁷ Article 3 du traité entre l'Estonie et la Finlande

⁸⁰⁸ NAFTA 1105 (1) : « Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. »

⁸⁰⁹ *Oko*, *supra* note 772 au para 232.

⁸¹⁰ L'expression « *in conformity with* » se traduit « conformément à » d'après le dictionnaire anglais-français *Robert & Collins*, 2003, *sub verbo* « conformity ».

⁸¹¹ Cette distinction ne fut pas clarifiée.

⁸¹² *Oko*, *supra* note 772 au para 235.

⁸¹³ « The Tribunal considers that a breach of its FET standard can be established by reference (inter alia) to an investor's expectations of even-handed and just treatment by the host state induced by that state's unequivocal representation directed at that investor, provided that these expectations are reasonable and justifiable ». *Ibid* au para 247.

*Barbados*⁸¹⁴. Il s'agissait en l'espèce d'un recours intenté en vertu de l'article II (2) du traité de 1996 entre le Canada et la Barbade⁸¹⁵. L'investisseur alléguait alors que cet article incluait la protection des attentes raisonnables dans la mesure où, d'une part, aucune note interprétative n'était venue en préciser le contenu, et, d'autre part, que le droit coutumier n'était pas figé dans le temps⁸¹⁶. L'État de la Barbade affirma pour sa part que le traitement juste et équitable était limité à la norme minimale de traitement, que les attentes raisonnables n'y occupaient qu'une place secondaire et qu'elles n'étaient pas une source d'obligation internationale⁸¹⁷. L'État ajouta en outre que le traitement juste et équitable ne pouvait être élargi sans démontrer une pratique étatique et une *opinio juris*⁸¹⁸. Le Tribunal arbitral, décida de ne pas trancher le débat puisqu'il estima que dans les deux cas le standard incluait la protection des attentes raisonnables de l'investisseur⁸¹⁹. Il procéda simplement à l'analyse des représentations faites par l'État de la Barbade afin de déterminer si elles avaient pu générer chez l'investisseur des attentes raisonnables et conclut par la négative. Bien que l'issue du litige ait été favorable à l'État, elle reposait néanmoins sur la prémisse que la protection des attentes raisonnables constituait un volet du traitement juste et équitable.

Il ressort de ce qui précède que malgré une clause renvoyant au droit international ou aux principes de droit international, des tribunaux arbitraux ont soit conclu que cette mention n'était pas synonyme de norme minimale de traitement et constituait une norme autonome, soit ont soutenu que cette celle-ci a, dans tous les cas, évolué dans le temps pour y inclure la protection des attentes raisonnables.

⁸¹⁴ *Allard, supra* note 387.

⁸¹⁵ TBI Canada-Barbades (1996) : « Each Contracting Party shall accord investments or returns of investors of the other Contracting Party: (a) fair and equitable treatment in accordance with the principles of International Law ».

⁸¹⁶ *Allard, supra* note 387 aux para 173-175.

⁸¹⁷ *Ibid* au para 181.

⁸¹⁸ *Ibid* au para 183.

⁸¹⁹ *Ibid* au para 193.

Bien que le principe de conformité au droit international que l'on retrouve dans certaines clauses de traitement juste et équitable puisse être interprété de manière plus large qu'une référence au droit international coutumier, ou à une norme minimale de traitement, cela ne permet pas selon nous d'y inclure la protection des attentes raisonnables. La notion de conformité au droit international (*in accordance with international law*) a été définie par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* comme étant un acte qui « n'est pas en violation du droit international »⁸²⁰. Or, pour qu'il y ait violation du droit international encore faut-il démontrer l'existence d'une obligation internationale qui découlerait des sources prévues à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, à savoir les traités, la coutume, les principes généraux de droit et de manière subsidiaire la doctrine et la jurisprudence.

En outre, nous avons exposé au Chapitre III de cette étude, que la protection des attentes raisonnable résulte avant tout d'une interprétation téléologique de la clause de traitement juste et équitable, puisque celle-ci n'incorpore pas *prima facie* cette obligation, et qu'il n'est pas possible de déceler une volonté claire et manifeste de l'État de souscrire un engagement quelconque relativement à la protection des attentes raisonnables. Ceci exclut bien entendu certains traités d'investissement qui ont récemment introduit cette notion, tout en la limitant⁸²¹. Qui plus est, un traitement juste et équitable conforme au droit international implique selon nous qu'il soit conforme au principe de souveraineté des États notamment du droit de légiférer. Le consentement des États quant au niveau d'engagement souhaité ne doit pas non plus

⁸²⁰ *Affaire de la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, Avis consultatif, [2010] CIJ Rec 403 au para 56, en ligne (pdf) : [CIJ <icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-FR.pdf>](http://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-FR.pdf).

⁸²¹ Accord Economique et Commercial Global (partiellement entré en vigueur).

être occulté. Introduire des droits, non prévus dans les traités négociés, et qui ne relèvent ni de la coutume ni des principes généraux de droit est en soi incompatible avec le principe de conformité au droit international.

Néanmoins, tout porte à croire que les tribunaux arbitraux incluent désormais le principe de protection des attentes raisonnables. Pourtant, à moins de démontrer que cette protection constitue au regard du droit international une obligation étatique dont la violation engagerait la responsabilité de l'État, un *traitement juste et équitable conforme au droit international* ne permet pas d'y insérer une notion qui demeure controversée. En effet, même si certains États, admettent que la protection des attentes raisonnables constitue un volet important du traitement juste et équitable⁸²², d'autres, à l'instar des États-Unis contesteront de manière systématique l'inclusion de cette protection en droit international⁸²³. La position exprimée par le Gouvernement du Canada dans *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru*, rappela également que le « droit coutumier international ne comporte pas d'obligation de protéger les attentes raisonnables de l'investisseur »⁸²⁴.

⁸²² *Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Peru Holdings LLC v Republic of Peru* (2019), ICSID Case No UNCT/18/2 (declaración de respuesta de los demandantes y respuesta a las objeciones) (Itlaw) (UNCITRAL 2013) (Arbitres : Stephen L Drymer, Prof Brigitte Stern et Juan Fernández-Armesto) [*Gramercy*].

⁸²³ Soit l'intervention des États-Unis du 21 juin 2019 au cours de la même affaire : « 38. The concept of “legitimate expectations” is not a component element of “fair and equitable treatment” under customary international law that gives rise to an independent host State obligation. The United States is aware of no general and consistent State practice and opinio juris establishing an obligation under the minimum standard of treatment not to frustrate investors’ expectations. An investor may develop its own expectations about the legal regime governing its investment, but those expectations impose no obligations on the State under the minimum standard of treatment. The mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result. » [notes omises] *Ibid* (soumission des États-Unis au para 38).

⁸²⁴ *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru* (2017), ICSID Case No ARB/14/21 au para 515 (Itlaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr Michael Pryles et Prof Philippe Sands).

Enfin, on ne peut ignorer le fait que les clauses de traitement juste et équitable qui comportent une référence directe au droit international doivent s'interpréter différemment de celles qui l'omettent. Nous pouvons en effet valablement supposer que les États ont souhaité apporter des précisions ou des limites au champ d'application de ces clauses, dans le cas contraire, cette mention aurait été sans objet.

Conclusion

Nous avons souhaité démontrer que les distinctions rédactionnelles entre les clauses « sans réserve » et les clauses « restrictives » sont parfois ignorées ce qui a pour effet de favoriser la protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Nous avons mis en exergue le fait que les tribunaux arbitraux adoptent différentes approches lors de l'interprétation et l'application de ces clauses.

En premier lieu, quand bien même la clause de traitement juste et équitable ferait référence au droit coutumier ou à la norme minimale de traitement, certains tribunaux considéreront que cette norme n'est pas statique et peut dès lors, en tenant compte de l'évolution du droit international inclure la protection des attentes raisonnables. Ce faisant, ils écarteront l'arrêt *Neer* estimant que la norme minimale de traitement à une portée plus large que les critères établis dans cet arrêt phare⁸²⁵ et élèveront alors le niveau de protection accordé aux investisseurs. De plus, bien que l'évolution du droit coutumier ne soit pas contestée, ni les investisseurs, ni les tribunaux arbitraux ne sont en mesure d'établir l'existence d'une pratique générale ni d'une *opinio juris* en faveur de la protection des attentes raisonnables.

⁸²⁵ *Ibid*; *Bernhard*, *supra* note 88 au para 546; *CC/Devas (Mauritius) Ltd, Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v India* (2016), PCA Case No 2013-09 au para 457 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Marc Lalonde, David R Haigh et Hon Shri Juge Anil Dev Singh).

En second lieu, des tribunaux arbitraux feront fi des interprétations authentiques du traité formulées par les États, que ces interprétations soient issues d'une note interprétative ou d'une intervention lors d'un litige. Ils omettront également de tenir compte des interprétations que l'État (dont l'investisseur est ressortissant) fait de la clause de traitement juste et équitable, ce qui aboutit à conférer à l'investisseur plus de droits que ce que son État a négocié. L'investisseur présente alors sa propre version du traité et des obligations qui en découlent.

En troisième lieu, des tribunaux tendront à qualifier d'autonomes les clauses qui comportent une référence directe au respect des principes de droit international. Ils ignoreront dès lors les règles de l'interprétation littérale qui commandent de tenir compte des distinctions entre le libellé des clauses restrictives et des clauses non restrictives. Ils ne parviendront pas à clarifier en quoi une clause comportant une référence au respect du droit international pourrait être assimilée à celle qui ne fait pas état de cette mention. En effet, hormis les cas où les attentes raisonnables sont expressément protégées dans le traité, la clause de traitement juste est équitable ne permet pas de les inclure, *a fortiori* lorsque celle-ci renvoie à la norme minimale de traitement, au droit international coutumier ou au droit international. Conclure autrement c'est attribuer à la protection des attentes raisonnables un caractère normatif qui ne repose ni sur l'interprétation du traité, ni sur la pratique des États et encore moins sur une *opinio juris*.

Quatrièmement, plusieurs décisions arbitrales s'appuieront sur les précédents conférant à ces derniers une valeur « quasi normative » malgré le fait que la règle de précédent ne soit pas applicable en arbitrage international et nombre d'entre elles éluderont le débat juridique quant à la nature et la portée de l'obligation étatique en se penchant uniquement une analyse factuelle.

Ce constat explique selon nous le fait que le traitement juste et équitable soit depuis plusieurs années devenu une voie d'accès privilégiée à la protection des attentes raisonnables, et ce, bien que cette dernière soit plus fréquemment mentionnée au chapitre de l'expropriation indirecte⁸²⁶.

⁸²⁶ Le Central America Free trade agreement, à l'Annexe10.c.

CHAPITRE VII

L'INTÉGRATION DE LA PROTECTION DES ATTENTES RAISONNABLES DANS LA NOTION DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE : UNE VOIE DE CONTOURNEMENT DES CONDITIONS D'EXPROPRIATION INDIRECTE

La protection des attentes raisonnables de l'investisseur fut longtemps associée à l'expropriation indirecte avant d'être rattachée au traitement juste et équitable. Cela est particulièrement le cas en matière de stabilité juridique. Nous pouvons d'ailleurs affirmer que le cadre juridique étatique constitue un dénominateur commun entre les recours en expropriation et ceux exercés au nom de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Nous avons par ailleurs constaté que cette protection est exprimée de manière claire par la formule « *distinct, reasonable, investment-backed expectations* »⁸²⁷ ou « *attentes définies et raisonnables sous-tendant l'investissement* »⁸²⁸, que nous retrouvons dans un grand nombre de traités d'investissement sous le chapitre de l'expropriation indirecte. En revanche, elle est le fruit d'une interprétation téléologique lorsqu'elle est retenue dans le contexte du traitement juste et équitable.

Dès lors, si nous nous appuyons sur le contenu explicite d'un traité d'investissement, l'analyse *des attentes raisonnables qui sous-tendent l'investissement* doit se faire sous

⁸²⁷ Chile-United States FTA, (06/06/2003-01/01/2004) à l'Annexe 10.D :

« Annexe 10.D expropriation

4. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a Case-by-Case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations ».

⁸²⁸ TBI Canada-Serbie (Annexe B-10), (signé le 1^{er} septembre 2014 et entré en vigueur le 27 avril 2015).

le prisme de l'expropriation indirecte⁸²⁹, et se conformer aux critères de celle-ci. Pourtant, force est de constater que quand bien même un traité d'investissement comporterait une référence claire à la protection des attentes raisonnables au chapitre de l'expropriation indirecte⁸³⁰, les investisseurs seront enclins à invoquer la protection de leurs attentes légitimes tant sous le couvert de l'expropriation indirecte qu'en vertu de la clause du traitement juste et équitable⁸³¹. Arnaud de Nanteuil souligne à cet égard « la dimension transversale » de la protection des attentes raisonnables⁸³². Parfois l'investisseur s'appuiera uniquement sur la clause de traitement juste et équitable.

Pour tenter de saisir la portée de ce choix nous avons donc examiné les statistiques récentes de la CNUDCI qui montrent que sur 177 sentences arbitrales : 113 ont été favorables à l'investisseur lorsqu'il faisait valoir la clause du traitement juste et équitable contre seulement 56 lorsqu'il s'appuyait sur l'expropriation indirecte⁸³³.

Partant de ce constat, notre objectif est de démontrer que la protection des attentes raisonnables en vertu de la clause d'expropriation indirecte a progressivement été délaissée par les investisseurs au profit de la clause de traitement juste et équitable afin d'accroître les chances de succès de leur recours et plus spécifiquement éluder les contraintes inhérentes à l'expropriation indirecte. En effet, la frustration des

⁸²⁹ *Azurix*, *supra* note 691 au para 316. Dans cette affaire, le Tribunal rejeta les attentes sous l'Expropriation parce que les autres critères de l'Expropriation n'étaient pas remplis à savoir une dépossession du bien.

⁸³⁰ Le Central America Free trade agreement à l'Annexe 10.c.

⁸³¹ *TECO Guatemala Holdings, LLC v The Republic of Guatemala* (2013), ICSID Case No ARB/10/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Prof William W Park et Dr Claus von Wobeser).

⁸³² Arnaud de Nanteuil, « Les attentes légitimes en droit international des investissements en quête d'unité conceptuelle » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *La protection des attentes légitimes en droit public. Approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2020, 69 à la p 70.

⁸³³ C'est ce que l'on constatait le 26 novembre 2018 en consultant le Investment Dispute Settlement Navigator, *supra* note 188 sous l'onglet « Breaches of IIA provisions alleged and found ». Est à noter que les 8 autres sentences portent sur la violation d'autres normes.

attentes raisonnables de l'investissement dans le contexte du traitement juste et équitable entraîne *ipso facto* la responsabilité internationale de l'État alors qu'en matière d'expropriation indirecte elle ne permet pas, à elle seule, de se prononcer sur la licéité de la mesure contestée⁸³⁴. Le déclin de l'expropriation⁸³⁵ a ainsi pour pendant le regain d'intérêt pour le traitement juste et équitable, notamment la protection des attentes légitimes de l'investisseur.

Afin d'étayer notre argumentaire, nous reviendrons dans un premier temps sur la notion d'expropriation indirecte en arbitrage international notamment sur les critères retenus par les tribunaux arbitraux. Nous nous pencherons dans un deuxième temps sur la protection des attentes raisonnables lorsque celle-ci est soulevée par l'investisseur en vertu de la clause d'expropriation indirecte et/ou du traitement juste et équitable. Plus particulièrement, notre objectif est de démontrer que le recours à la protection des attentes raisonnables permet à l'investisseur de se soustraire au critère de dépossession, constitue un moyen de neutralisation des pouvoirs de police de l'État et consacre le glissement d'une responsabilité étatique relative à une responsabilité stricte.

7.1 Retour sur l'expropriation en droit international de l'investissement

L'inclusion d'une clause d'expropriation dans les traités d'investissement ou de libre-échange est pour ainsi dire la norme. Seuls 8 traités sur 2576 omettent toute référence

⁸³⁴ Nanteuil, « Attentes légitimes », *supra* note 833 à la p 79.

⁸³⁵ Muthucumaraswamy Sornarajah, « Chapter 4: Emasculation of Expropriation » dans *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 191 aux pp 244-245.

à l'expropriation⁸³⁶. Par ailleurs, 2493 traités intègrent la notion d'expropriation indirecte⁸³⁷. Dans l'ensemble, et malgré certaines variations rédactionnelles, les clauses d'expropriation directe/indirecte énoncent les critères de dépossession, d'utilité publique et d'absence de mesures discriminatoires. À titre d'exemple, le traité entre l'Albanie et la Suisse énonce :

Art. 7 Dépossession, indemnisation

(1) Aucune Partie Contractante ne prendra, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation ou de nationalisation ni toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet, à l'encontre des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt public et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires, qu'elles soient conformes aux prescriptions légales et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité effective et adéquate [...].⁸³⁸

Pour sa part, l'article 14 du nouvel Accord Canada-Etats-Unis-Mexique (ACEUM)⁸³⁹ résume clairement les critères d'expropriation comme suit :

Article 14.8 : Expropriation et indemnisation

1. Aucune Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé directement ou indirectement au moyen de mesures équivalentes à une nationalisation ou à une expropriation (« expropriation »), si ce n'est :

- a) à des fins d'intérêt public ;
- b) de façon non discriminatoire ;
- c) moyennant le versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 ; et
- d) dans le respect du principe de l'application régulière de la loi [référence omise]

⁸³⁶ Suivant les données disponibles le 2 novembre 2020 en consultant le International Investment Agreements Navigator, *supra* note 381.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ TBI Albanie-Suisse, signé le 22 septembre 1992, en vigueur le 30 avril 1993.

⁸³⁹ *Accord Canada-États Unis-Mexique* (ACEUM), 30 novembre 2018 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020).

L'expropriation, en droit international, n'est donc pas en soi illicite puisqu'elle découle de l'exercice souverain de l'État, dans la mesure où elle est faite dans l'intérêt public, qu'elle est non discriminatoire ou arbitraire, et respecte la procédure régulière⁸⁴⁰. *A contrario*, l'expropriation n'engage la responsabilité de l'État que si elle est arbitraire, discriminatoire, qu'elle ne se justifie pas par l'intérêt public ou qu'une juste compensation n'est pas versée. L'État est donc toujours habilité à exercer ses prérogatives si tant est qu'il respecte les conditions ci-haut mentionnées. Nous reviendrons sur ces critères individuellement pour en évoquer le contenu ainsi que leur application en matière de protection des attentes raisonnables.

7.2 La protection des attentes raisonnables dans un contexte expropriation

La protection des attentes raisonnables en droit de l'investissement est un concept fugace. Cette protection est parfois exprimée dans la clause d'expropriation sous le vocable « *distinct reasonable investment-backed expectation* », elle peut également découler d'une interprétation arbitrale de l'expropriation, ou être associée à la clause de traitement juste et équitable. Dans ce cas, elle parvient à se détacher des contraintes de l'expropriation indirecte et mènerait à une sorte de « patrimonialisation » des attentes raisonnables⁸⁴¹.

Précisons d'emblée que l'expression « *distinct reasonable investment-backed expectation* » que l'on retrouve en matière d'expropriation indirecte et le concept de « *legitimate expectations* » associé au traitement juste et équitable n'ont pas fait l'objet d'une analyse étymologique ou lexicale par les tribunaux arbitraux. Ces

⁸⁴⁰ Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 aux pp 148-155.

⁸⁴¹ Suzy Nikiéma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Genève, Pairs. The Graduate Institute, Presses universitaires de France, 2012 à la p 296.

derniers utiliseront indifféremment les deux vocables⁸⁴². S. Fietta examina néanmoins les attentes raisonnables octroyées dans le cadre de l'expropriation indirecte ainsi que celles accordées en vertu du traitement juste et équitable⁸⁴³, et conclut que la distinction entre les « *investment-backed expectations* » que l'on retrouve dans le droit de l'expropriation américain et le concept de « *legitimate expectations* » en droit anglais réside principalement dans le fait que les premières existeraient indépendamment d'un engagement de l'État alors que celles relevant du traitement juste et équitable doivent s'appuyer sur un engagement quelconque⁸⁴⁴. Nous savons toutefois que la portée de cet engagement est floue puisque les tribunaux arbitraux tiennent notamment compte des lois en vigueur au moment de l'investissement, des communiqués de presse⁸⁴⁵, des annonces et prospectus ou des discours politiques⁸⁴⁶ pour statuer sur la frustration des attentes légitimes de l'investisseur et ce, indépendamment d'un engagement spécifique de l'État.

À titre de rappel historique, soulignons que la formule « *investment backed expectation* »⁸⁴⁷ doit son origine au professeur Frank Michelman dans son article publié en 1967⁸⁴⁸. Cette notion fut consacrée quelques années plus tard par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt phare *Penn Central Transportation Co v New York City*⁸⁴⁹ portant sur l'expropriation. La Cour s'exprimait alors ainsi :

In engaging in these essentially ad hoc, factual inquiries the Court's decisions have identified several factors that have particular significance. The economic

⁸⁴² *Fireman's Fund Insurance Company v The United Mexican States* (2006), ICSID Case No ARB(AF)/02/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Andreas F Lowenfeld, Alberto Guillermo Saavedra Olavarrieta et Prof Albert Jan van den Berg).

⁸⁴³ Fietta, *supra* note 474.

⁸⁴⁴ *Ibid* à la p 377.

⁸⁴⁵ *Infrastructure*, *supra* note 85.

⁸⁴⁶ *Bernhard*, *supra* note 88 au para 525.

⁸⁴⁷ Attentes qui sous-tendent l'investissement.

⁸⁴⁸ Frank Michelman, « Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law » (1967) 80 Harv L Rev 1165, tel que cité dans Steven J Eagle, « The Rise and Rise of "Investment-Backed Expectations" » (2000) 32:2 Urb Law 437 à la p 437.

⁸⁴⁹ *Penn Central*, *supra* note 55.

impact of the regulation on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations are, of course, relevant considerations.⁸⁵⁰

Cette décision fut le début d'une série de jugements visant à déterminer dans quelle mesure la réglementation de l'État pouvait interférer avec la propriété privée⁸⁵¹. Les attentes qui sous-tendent l'investissement ont alors été considérées comme l'un des trois facteurs permettant de conclure à une expropriation⁸⁵². En 1979, le qualificatif « reasonable » fut ajouté dans l'arrêt *Kaiser Aetna et al. v United States*⁸⁵³ de sorte que l'on évoqua dès lors la notion de « *distinct reasonable investment-backed expectations* ». Toutefois, et malgré une jurisprudence abondante en la matière, la Cour suprême ne proposa pas de définition claire et constante des attentes raisonnables, mais exigea, pour conclure à l'expropriation, que le changement législatif ou réglementaire reproché à l'État soit abrupt et arbitraire⁸⁵⁴. Certains auteurs ont estimé qu'on devait également tenir compte du degré d'exécution du plan de développement de l'investissement⁸⁵⁵, de l'existence d'un droit acquis⁸⁵⁶, ou de l'apport financier inhérent à l'investissement⁸⁵⁷.

Le rôle de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis dans l'intégration des attentes raisonnables en droit international de l'investissement ne laisse planer aucun doute, mais se limite exclusivement à la notion d'expropriation indirecte puisque

⁸⁵⁰ *Ibid* au para 124.

⁸⁵¹ *Lucas v South Carolina Coastal Council* (1992), 505 US 1003, 112 S Ct 2886; *Keystone Bituminous Coal Ass'n v DeBenedictis* (1987), 480 US 470 à la p 485, 107 S Ct 1232; *Agins v City of Tiburon* (1980), 447 US 255, 100 S Ct 2138; *Naegele Outdoor Advertising, Inv v City of Durham* (1992), 803 F Supp 1068 (MDNV 1992), afd, 19 F3d 11 (4th Cir), cert denied, 115 S Ct 317.

⁸⁵² Eagle, *supra* note 848.

⁸⁵³ *Kaiser Aetna v United States* (1979), 444 US 175.

⁸⁵⁴ Daniel R Mandelker, « Investment-Backed Expectations in Taking Law » (1995) 27:2 Urb Law 215 à la p 228.

⁸⁵⁵ John Delaney et Emily Vaias, « Recognizing Vested Development Rights as Protected Property in Fifth Amendment Due Process and Taking Claims » (1996), 49 Wash UJ Urb & Contemp L 27 tel que cité dans Robert M Washburn, « “Reasonable Investment-Backed Expectations” As a Factor in Defining Property Interest » (1996) 49 Wash UJ Urb & Contemp L 63 à la p 90.

⁸⁵⁶ Washburn, *supra* note 855 à la p 91.

⁸⁵⁷ Mandelker, *supra* note 854 aux pp 236-238.

c'est sous ce chef qu'elles y sont énoncées. Conclure autrement contredirait la position constante des États-Unis (et du Canada) pour qui, le concept d'attentes raisonnables n'est pas une composante du traitement juste et équitable compte tenu de l'absence d'une pratique étatique et d'une *opinio juris* en ce sens⁸⁵⁸. D'ailleurs, dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al v United States of America* alors que les attentes raisonnables avaient été soulevées sous le volet de l'expropriation et du traitement juste et équitable, les États-Unis rappelèrent que la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur pouvait certes s'analyser sous le prisme de l'article 1110 de l'ALENA (expropriation)⁸⁵⁹, mais pas en vertu du traitement juste et équitable, car cela relèverait du droit coutumier (Art 1105)⁸⁶⁰. En d'autres termes, quand bien même une protection des attentes raisonnables existerait, elle serait inhérente à la clause d'expropriation et serait alors soumise aux conditions de celle-ci à savoir une atteinte substantielle à l'investissement, et le caractère non arbitraire, non discriminatoire et d'intérêt public de la législation adoptée⁸⁶¹.

Certains tribunaux arbitraux ont parfois conclu à l'expropriation indirecte sur la base de la frustration des attentes légitimes de l'investisseur même en l'absence d'une mention explicite de celle-ci dans le traité d'investissement. C'est le cas notamment des sentences *Metalclad*⁸⁶², *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v Argentine Republic*⁸⁶³ et *Tecmed*⁸⁶⁴. Ainsi, le Tribunal statua dans l'affaire *Metalclad*⁸⁶⁵ que l'annulation du permis pouvait être qualifiée d'expropriation puisqu'elle violait les attentes légitimes de l'investisseur, avait pour

⁸⁵⁸ *Windstream*, supra note 729 (USS au para 16).

⁸⁵⁹ À noter que l'article 1110 ne mentionnait pas expressément la protection des attentes raisonnables.

⁸⁶⁰ *Grand River*, supra note 204 au para 127.

⁸⁶¹ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, document de travail sur l'investissement international n°2004/04 (2004) à la p 11, DOI : <10.1787/871821182042>.

⁸⁶² *Metalclad*, supra note 2 au para 106.

⁸⁶³ *LG&E*, supra note 90 au para 190.

⁸⁶⁴ *Tecmed*, supra note 3.

⁸⁶⁵ *Metalclad*, supra note 2 au para 106.

effet de neutraliser l'activité de l'investisseur et annihilait ainsi toute possibilité de retour sur investissement de la part de la compagnie⁸⁶⁶. À l'inverse, il a parfois été décidé que l'expropriation peut en soi constituer une violation des attentes légitimes de l'investisseur à bénéficier d'un traitement juste et équitable⁸⁶⁷. En effet, d'aucuns estiment que si l'État détourne ses pouvoirs pour procéder à une expropriation, il frustre, par la même occasion, les attentes raisonnables de l'investisseur de ne pas être exproprié illicitement⁸⁶⁸. Ainsi en marge de l'illicéité qui pourrait être prononcée à l'égard d'une expropriation, il y aurait la frustration d'une attente raisonnable à ce qu'une expropriation illicite n'ait pas lieu. Cette logique est contestable, car affirmer qu'un investisseur s'attend à ce que les clauses d'un traité soient respectées est selon nous une lapalissade.

Dans l'ensemble, la protection des attentes raisonnables soulevées dans le contexte de l'expropriation est évaluée à l'aune des critères de dépossession, d'utilité publique et d'absence de mesures discriminatoires. Or nous verrons, à la lumière de la jurisprudence arbitrale, comment la protection des attentes raisonnables appliquée dans le cadre du traitement juste et équitable peut être un moyen de contourner les exigences de l'expropriation et se départir de ses contraintes.

7.3 La protection des attentes raisonnables : alternative au principe de dépossession

Contrairement à l'expropriation directe qui suppose « le transfert de la propriété privée vers la sphère publique »⁸⁶⁹, l'expropriation indirecte n'est pas toujours définie

⁸⁶⁶ *Metalclad*, *supra* note 2 au para 113

⁸⁶⁷ *Olin Holdings Ltd v Libya* (2018), ICC Case No 20355/MCP (Italaw) (International Chamber of Commerce) (Arbitres : Nayla Comair-Obeid, Roland Ziadé et Ibrahim Fadlallah).

⁸⁶⁸ Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 à la p 216.

⁸⁶⁹ *Ibid* à la p 44.

dans les traités d'investissement et conduit donc à une analyse de chaque cas individuellement. Toutefois, l'un des critères jurisprudentiels récurrents retenus pour conclure à une expropriation indirecte est celui de l'atteinte substantielle à l'investissement⁸⁷⁰. La définition d'investissement étant fluctuante et, le plus souvent, large, cet investissement peut porter sur des biens corporels et incorporels, y compris l'actionnariat. Le degré d'atteinte a été évoqué dans l'affaire *Parkings v Lithuania*⁸⁷¹ en ces termes :

De facto expropriation (or indirect expropriation) [...] can be understood as 'the negative effect of government measures on the investor's property rights, which does not involve a transfer of property but a deprivation of the enjoyment of the property'.⁸⁷²

L'exigence de l'atteinte substantielle fut réitérée à maintes reprises dans la jurisprudence arbitrale notamment dans l'affaire *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic* en ces termes :

233. A necessary condition for expropriation is the neutralization of the use of the investment:

- a. This means that at least one of the essential components of the property rights must have disappeared.
- b. This also means, *a contrario*, that a mere loss in value of the investment, even an important one, is not an indirect expropriation. [notes omises]⁸⁷³

Le Tribunal énuméra pour sa part, dans l'affaire *PSEG Global et al v Republic of Turkey*, les indicateurs d'une expropriation indirecte comme suit :

⁸⁷⁰ *Sempra*, *supra* note 14; *Enron*, *supra* note 90; *Pope*, *supra* note 165 au para 100; *PSEG Global, Inc, The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey* (2007), ICSID Case No ARB/02/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, L Yves Fortier et Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler) [*PSEG*].

⁸⁷¹ *Parkerings*, *supra* note 71. Voir aussi *Siemens*, *supra* note 284; *Metalclad*, *supra* note 2.

⁸⁷² *Parkerings*, *supra* note 71 au para 437.

⁸⁷³ *El Paso*, *supra* note 21 au para 233.

[T]here must be some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to-day operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part.⁸⁷⁴

Il en fut de même pour la sentence prononcée dans l'affaire *Tecmed* où le Tribunal rappela :

115. To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation under the terms of section 5(1) of the Agreement, it must be first determined if the Claimant, due to the Resolution, was *radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto —such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation— had ceased to exist. In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder and the extent of the loss.* This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the point of view of an international Tribunal, between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the state's police power that entails a decrease in assets or rights, and a de facto expropriation that deprives those assets and rights of any real substance [nos italiques].⁸⁷⁵

La sentence *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v Mexico* abonda dans le même sens :

Judicial practice indicates that the severity of the economic impact is the decisive criterion in deciding whether an indirect expropriation or a measure tantamount to expropriation has taken place. An expropriation occurs if the interference is substantial and deprives the investor of all or most of the benefits of the investment. There is a broad consensus in academic writings that the intensity and duration of the economic deprivation is the crucial factor in identifying an indirect expropriation or equivalent measure.⁸⁷⁶

⁸⁷⁴ PSEG, *supra* note 870 aux para 474-476.

⁸⁷⁵ *Tecmed*, *supra* note 3 au para 155.

⁸⁷⁶ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v The United Mexican States* (2007), ICSID Case No ARB (AF)/04/5 au para 240 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Arthur W Rovine et Eduardo Siqueiros T).

Il en est de même dans *Cargill v Mexico* :

It is widely accepted that a finding of expropriation of property under customary international law requires a radical deprivation of a claimant's economic use and enjoyment of its investment. [...]the Tribunal must find a radical deprivation of the Claimant's economic use and enjoyment of its investment for the period of the interference.⁸⁷⁷

Par ailleurs, dans l'affaire *Mr Franck Charles Arif v Republic of Moldova* le Tribunal souligna que puisque l'investisseur continuait à gérer son entreprise, et malgré une certaine insécurité juridique, il n'avait pas été dépossédé de son investissement et il n'y avait donc pas expropriation⁸⁷⁸. Il conclut néanmoins que l'investisseur n'avait pas bénéficié d'un traitement juste et équitable en ce qui concerne son local commercial à l'aéroport et précisa que son analyse avait été « faite sous le prisme des attentes raisonnables »⁸⁷⁹. Enfin, dans *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, le Tribunal rejeta la réclamation de l'investisseur pour expropriation puisque les actifs avaient été transférés librement par l'investisseur⁸⁸⁰. Dans l'affaire *Windstream Energy LLC v Government of Canada*, le Tribunal rappela également que le premier test est celui de l'atteinte substantielle à l'investissement⁸⁸¹. Le Tribunal conclut alors qu'il n'y avait pas matière à expropriation puisque le moratoire imposé par l'Ontario n'avait pas mis un terme de manière définitive au contrat conclu avec l'investisseur et que le dépôt de sécurité de 6 millions effectué par l'investisseur avait été préservé ; l'investisseur n'avait pas donc été dépossédé de manière significative de son investissement⁸⁸².

⁸⁷⁷ *Cargill, Incorporated v United Mexican States* (2009), ICSID Case No ARB(AF)/05/2 au para 360 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Michael C Pryles, Prof David D Caron et Prof Donald M McRae).

⁸⁷⁸ *Arif, supra* note 109 au para 418.

⁸⁷⁹ *Ibid* au para 557.

⁸⁸⁰ *Enron, supra* note 90 au para 268.

⁸⁸¹ *Windstream, supra* note 729 au para 284.

⁸⁸² *Ibid* au para 290. Voir également *Hesham T M Al Warraq v Republic of Indonesia* (2014), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 524 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Michael Hwang et Fali S Nariman).

Le principe de l'atteinte substantielle à l'investissement est une constante jurisprudentielle. Il est en effet admis qu'une expropriation doit avoir un impact important et permanent sur les droits économiques de l'investisseur⁸⁸³. En d'autres termes, une « simple atteinte ne constitue pas une expropriation ; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux »⁸⁸⁴ ou la perte d'un élément constitutif de l'investissement, car la seule perte de valeur n'est pas suffisante⁸⁸⁵. La notion de dépossession est en conséquence davantage nuancée dans l'expropriation indirecte, car bien que le transfert de propriété ne soit pas une condition *sine qua non*, la mesure étatique doit affecter les attributs de la propriété ou le contrôle de l'investissement⁸⁸⁶. Cette perte de contrôle de l'investissement constitue en effet une forme d'expropriation indirecte⁸⁸⁷ puisqu'elle est assimilée à « une atteinte grave et suffisamment caractérisée »⁸⁸⁸ au droit de propriété. Il en est de même lorsque l'investisseur se voit dans l'impossibilité de recueillir les bénéfices de son investissement⁸⁸⁹. En somme, le seuil requis pour établir l'expropriation va au-delà d'une simple interférence de l'État, mais requiert une perte significative des droits de propriété de l'investisseur⁸⁹⁰. Partant de ce constat, un recours pour expropriation est donc généralement voué à l'échec si l'atteinte à l'investissement n'est que partielle ou temporaire, ou si elle s'appuie sur une diminution de la rentabilité.

⁸⁸³ *Achmea BV v The Slovak Republic* (2012), PCA Case No 2008-13 aux para 290-291 (Itaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Prof Albert Jan van den Berg et VV Veeder).

⁸⁸⁴ *Pope*, *supra* note 165 (décision intérimaire du 26 juin 2000 aux para 96-105 [DI]).

⁸⁸⁵ Leben, « Liberté », *supra* note 167 aux pp 173-174.

⁸⁸⁶ Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 à la p 95.

⁸⁸⁷ *El Paso*, *supra* note 21 au para 245.

⁸⁸⁸ Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 à la p 104.

⁸⁸⁹ *Ulysseas, Inc v The Republic of Ecuador* (2012), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Itaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Prof Michael Pryles et Prof Brigitte Stern).

⁸⁹⁰ *Pope*, *supra* note 885 (DI au para 102).

Face à ces écueils, un recours basé sur la protection des attentes raisonnables constitue désormais une alternative intéressante pour les investisseurs. En effet, des mesures étatiques qui n'atteindraient pas le degré de dépossession requis ne pourraient être qualifiées d'expropriations, mais pourraient néanmoins ouvrir la voie à l'application d'autres standards internationaux tels que le traitement juste et équitable, dont la protection des attentes raisonnables⁸⁹¹. De Nanteuil mentionne à ce propos :

dans le cadre du traitement juste et équitable l'accent sera mis sur la mesure étatique. [...] sans que le préjudice subi par l'investisseur joue un rôle fondamental au moins dans la détermination du principe de la responsabilité de l'État. [...] dans l'expropriation indirecte en revanche [...], la totalité du raisonnement gravite autour du préjudice subi par l'investisseur étranger.⁸⁹²

Ainsi, la frustration des attentes légitimes de l'investisseur qui résulterait d'un changement législatif n'exigerait pas nécessairement la preuve d'un préjudice réel subi par l'investisseur pour engager la responsabilité de l'État, mais la preuve d'une atteinte et de son caractère raisonnable.

Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *9REN Holding Sarl v Kingdom of Spain*⁸⁹³, lors de laquelle l'investisseur alléguait avoir subi une expropriation indirecte ainsi qu'une violation du traitement juste et équitable en raison de la frustration de ses attentes légitimes. L'investisseur souleva comme argument principal la perte de valeur de ses actions à la suite des mesures réglementaires adoptées par l'Espagne dans le domaine des énergies renouvelables. La réclamation de l'investisseur sur le volet de l'expropriation fut rejetée, car, malgré une baisse de la valeur de l'action, l'investisseur en était toujours le détenteur et pouvait bénéficier d'un retour sur

⁸⁹¹ *El Paso*, *supra* note 21 au para 255.

⁸⁹² Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 à la p 444.

⁸⁹³ *9REN*, *supra* note 151.

investissement de 7,9 %⁸⁹⁴. Le Tribunal conclut en revanche que les attentes légitimes de l'investisseur avaient été frustrées et que, examinée sous ce prisme, la nouvelle législation constituait une violation du traitement juste et équitable⁸⁹⁵.

370. While regulatory modifications between 2010 and 2014 significantly reduced the share value, the reduction in value is better analyzed in terms of a violation of the Claimant's legitimate expectation.⁸⁹⁶

Il en fut de même dans *Foresight Luxembourg Solar 1 SÁRL, et al v Kingdom of Spain*. L'investisseur argua que l'État espagnol l'avait exproprié et avait contrevenu à l'article 10 de la Charte de l'énergie en frustrant ses attentes légitimes de voir la tarification de l'électricité maintenue. Il souligna plus précisément que l'« érosion progressive » de ses droits à la suite de l'adoption de la nouvelle réglementation constituait une interférence substantielle de l'État puisqu'elle avait engendré une perte de 83 % de la valeur de ses actions⁸⁹⁷. Se prononçant sur le volet de l'expropriation, le Tribunal parvint à la conclusion que l'investisseur n'avait pas été privé de ses actions et bénéficiait même d'un taux de rentabilité interne de 5,5 %⁸⁹⁸. Il rejeta donc cette réclamation en s'appuyant sur la sentence *Charanne and Construction Investments v Spain*, selon laquelle :

For a measure to be considered as equivalent to an expropriation, its effects must be of such a significance that it could be considered that the investor has been deprived, in whole or in part, of its investment. A simple decrease in the value of the shares constituting the investment cannot constitute an indirect expropriation, unless the loss of value is such that it can be considered equivalent to a deprivation of property.⁸⁹⁹

En revanche, il se prononça en faveur de l'investisseur en concluant que l'adoption d'un nouveau régime réglementaire par l'Espagne, quoique non discriminatoire et

⁸⁹⁴ *Ibid* au para 369.

⁸⁹⁵ *Ibid* au para 311.

⁸⁹⁶ *Ibid* au para 370.

⁸⁹⁷ *Foresight, supra* note 151 aux paras 414-417.

⁸⁹⁸ *Ibid*.

⁸⁹⁹ *Charanne, supra* note 101 au para 465.

non arbitraire, constituait un changement drastique portant atteinte aux attentes raisonnables de l'actionnaire et ouvrant la voie à une compensation⁹⁰⁰.

Dans *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain*, l'investisseur alléguait la violation du traitement juste et équitable et l'expropriation de ses droits. Le Tribunal débouta l'investisseur quant à sa réclamation pour expropriation indirecte bien qu'ayant été affecté par une baisse de la valeur de son investissement, il n'avait pas été dépourvu de ses droits de propriétaire⁹⁰¹. En revanche, le recours pour violation du traitement juste et équitable fut accueilli en ces termes :

The Tribunal is not persuaded that the Claimant's claim based on alleged expropriation under Article 13 of the ECT is as well-founded as the Claimant's claim for breach of the FET obligation set forth under Article 10(1), which the Tribunal has accepted.⁹⁰²

Les sentences *Kontinental Conseil Ingénierie v Gabonese Republic*⁹⁰³, et *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v Kingdom of Spain*⁹⁰⁴ s'inscrivent dans la même tendance. Il en est de même de la sentence *Valores Mundiales, SL and Consorcio Andino SL v Bolivarian Republic of Venezuela* qui souligna « dans le contexte d'une expropriation indirecte, la dépossession des droits fondamentaux doit être d'une telle magnitude que le Tribunal est amené à conclure que le maintien de l'investissement ne représente plus aucun intérêt » [notre traduction]⁹⁰⁵ et qu'en

⁹⁰⁰ *Foresight*, supra note 151 au para 398.

⁹⁰¹ *Novenergia*, supra note 70 au para 761.

⁹⁰² *Ibid* aux para 759-760.

⁹⁰³ *Kontinental Conseil Ingénierie v Gabonese Republic* (2019), PCA Case No 2015-25 (CA Paris) (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Nassib G Ziadé, Mathias Audit et Pierre Mayer).

⁹⁰⁴ *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v Kingdom of Spain* (2019), ICSID Case No ARB/15/36 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr August Reinisch et Prof Philippe Sands).

⁹⁰⁵ « 390. El Tribunal considera que, en el contexto de una expropiación indirecta, la privación de aquellos derechos fundamentales debe ser de tal magnitud que lleve al Tribunal a concluir que mantener el título de la inversión no le representa beneficio alguno al inversor. » *Valores*, supra note 792 au para 390.

l'espèce, l'investisseur n'avait pas démontré que les mesures prises par le Venezuela avaient anéanti l'investissement⁹⁰⁶. Pourtant, le Tribunal indiqua que l'investisseur était en droit de présenter une demande subsidiaire pour violation du traitement juste et équitable si sa réclamation première s'avérait infondée⁹⁰⁷. Enfin, dans *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic* précitée le Tribunal, bien qu'ayant rejeté le recours pour expropriation, conclut que les lois adoptées par l'Argentine allaient à l'encontre du traitement juste et équitable notamment de l'obligation de maintenir un cadre juridique stable⁹⁰⁸.

Parfois, le Tribunal arbitral, bien que saisi d'un recours pour expropriation ainsi qu'en vertu du traitement juste équitable, ne se prononce que sur ce dernier pour conclure à la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur. Le Tribunal évoquera alors l'argument de l'« économie judiciaire »⁹⁰⁹. Ce fut notamment le cas dans les affaires *SOLes Badajoz GmbH v Kingdom of Spain*⁹¹⁰, *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v Kingdom of Spain*⁹¹¹, et *Deutsche Telekom v India*. Dans cette dernière, le Tribunal conclut en effet que puisque la violation du traitement juste

⁹⁰⁶ *Ibid* au para 479.

⁹⁰⁷ « 526. Bien que ce ne soit pas le cas devant notre Cour, accepter la position du Venezuela conduirait à la conclusion qu'un investisseur ne peut pas déposer une plainte subsidiaire pour violation de la norme de traitement juste et équitable au cas où le Tribunal compétent ne jugerait pas l'expropriation prouvée. Dans ce scénario hypothétique, si l'investisseur se trompe dans la qualification juridique des faits qui font l'objet de la procédure dans sa demande principale, il serait privé de réparation même lorsque les actes de l'État sont contraires à une norme de protection du traité sur laquelle l'investisseur également déposer une plainte. » [notre traduction]

« 526. Aunque no es el caso ante este Tribunal, aceptar la posición de Venezuela llevaría a la conclusión de que un inversor no puede presentar un reclamo subsidiario por violación al estándar de tratamiento justo y equitativo en caso que el Tribunal correspondiente no encuentre probada la expropiación. En este escenario hipotético, si el inversor yerra en la calificación jurídica de los hechos materia del proceso en su pretensión principal, quedaría desprovisto de reparación aun cuando los actos del Estado sean contrarios a algún estándar de protección bajo el tratado sobre el cual el inversor también presenta una reclamación. » *Ibid* au para 526.

⁹⁰⁸ *Enron, supra* note 90 au para 268.

⁹⁰⁹ Le terme exact est « judicial economy ». Voir notamment *Cube, supra* note 151 (decision on jurisdiction au para 457 [DJ]).

⁹¹⁰ *SOLes, supra* note 151.

⁹¹¹ *Cube, supra* note 909 (DJ).

et équitable avait été démontrée, il n'était pas nécessaire de se pencher sur l'expropriation indirecte, car elle reposait sur les mêmes faits⁹¹². Il en fut de même dans *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg Sà rl v Kingdom of Spain* où le Tribunal estima que statuer sur la violation du traitement juste et équitable apporterait une solution globale au litige et qu'il était dès lors inutile de se pencher sur l'expropriation indirecte⁹¹³. Cette approche reflète, selon nous, la place qu'occupe le traitement juste et équitable, y compris la frustration des attentes raisonnables, dans la hiérarchie des recours intentés par les investisseurs, car il permet indirectement de supplanter les autres mécanismes de protection de l'investisseur et constitue dès lors une sorte de recours générique permettant d'accroître les chances de succès d'un recours contre l'État.

En marge de la détermination de la responsabilité étatique, force est de constater que la fixation du quantum constitue également un aspect non négligeable de la distinction entre le recours pour expropriation et celui découlant de la frustration des attentes légitimes de l'investisseur. Ainsi, l'évaluation des dommages en matière d'expropriation est presque systématiquement précisée dans les traités d'investissement et, malgré certaines distinctions subtiles dans le libellé des clauses, s'appuie sur un mode de calcul précis. À titre d'exemple, *l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*⁹¹⁴ prévoit à l'article 10, portant expropriation, ce qui suit :

Les investissements visés des investisseurs de l'une ou l'autre Partie contractante ou le rendement obtenu par ces derniers ne peuvent faire l'objet

⁹¹² *Deutsche Telekom*, *supra* note 722 au para 416.

⁹¹³ *Eiser*, *supra* note 103 au para 353.

⁹¹⁴ Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014.

d'une expropriation [...] si ce n'est dans l'intérêt public [...] et moyennant le versement d'une compensation.

Cette compensation correspond à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant son expropriation, ou avant que l'imminence de l'expropriation soit devenue de notoriété publique, selon ce qui s'est passé en premier, et elle comprend les intérêts calculés à un taux commercial normal jusqu'à la date du versement, est effectivement réalisable et librement transférable, et est versée sans délai. [...]

Au contraire, l'évaluation des dommages en matière de violation de la clause de traitement juste et équitable et plus précisément la frustration des attentes légitimes de l'investisseur procède d'un raisonnement plus flexible puisqu'il ne fixe pas de balise claire quant à la détermination du quantum des dommages. Cette distinction entre les deux modes de quantification du dommage a d'ailleurs été exprimée dans la sentence *AWG Group Ltd. v The Argentine Republic*⁹¹⁵. Le Tribunal indiqua à cette occasion que « le cadre conceptuel du processus d'évaluation dans le cas d'une violation du traitement juste et équitable est très différent de celui applicable dans le contexte d'expropriation » [notre traduction]⁹¹⁶. Le Tribunal nota également dans l'affaire *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain* ce qui suit :

With respect to expropriation, the Tribunal notes that the requested compensation in connection with this claim would be lower than the compensation requested by the Claimant in relation to the other breaches and was indeed brought as an alternative.⁹¹⁷

À la lumière de ce qui précède, nous constatons donc que les distinctions entre l'expropriation et la protection des attentes raisonnables portent tant sur la détermination de la responsabilité étatique que sur la quantification des dommages.

⁹¹⁵ *AWG*, *supra* note 244.

⁹¹⁶ « the conceptual framework for the valuation process in a Case of denial of equitable treatment is quite different from that of an expropriation Case ». *Ibid* au para 56.

⁹¹⁷ *Novenergia*, *supra* note 70 aux para 759-760.

En effet, si l'investisseur n'est pas en mesure de démontrer un préjudice substantiel son recours échouera. En revanche, la frustration d'une attente raisonnable pourra être constatée en l'absence de dépossession, ou d'atteinte substantielle à la propriété. Il s'agit, selon nous, de la raison pour laquelle les investisseurs seront enclins à se prévaloir des deux protections. Cette stratégie a été largement favorisée par l'interprétation du traitement juste et équitable adoptée par les tribunaux arbitraux et l'inclusion d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

Mais le critère de la dépossession n'est pas l'unique élément sur lequel les investisseurs bénéficient d'une certaine marge de manœuvre. En effet, les pouvoirs de police de l'État se voient également contrariés par l'introduction de la protection des attentes raisonnables qui permet plus aisément d'engager la responsabilité de l'État en cas de changement législatif ou réglementaire.

7.4 Les attentes raisonnables : source de déclin des pouvoirs de légiférer de l'État

La stabilité du cadre juridique de l'État constitue le motif de réclamation le plus fréquent des investisseurs. Elle est soulevée tant en vertu de la clause d'expropriation qu'en matière de traitement juste et équitable et de protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Nous avons donc analysé les arguments des investisseurs ainsi que les sentences arbitrales et avons constaté qu'avec des motifs semblables, les tribunaux arbitraux étaient enclins à écarter la réclamation pour expropriation, mais accueillaient celle qui découlait du traitement juste et équitable et plus particulièrement de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur.

Nous avons également constaté que l'approche des tribunaux arbitraux est distincte selon que l'on soit dans un contexte d'expropriation ou dans celui du traitement juste

et équitable. Dans le premier cas, les tribunaux sont tenus en premier lieu de prononcer sur la dépossession subie par l'investisseur. Là s'arrête le plus souvent leur analyse lorsque cette dépossession n'est pas qualifiée de substantielle. L'intérêt public de la législation, son caractère non discriminatoire et non arbitraire, est donc le plus souvent ignoré si la première condition (dépossession substantielle) n'est pas remplie. Dans le deuxième cas, l'analyse des tribunaux ne s'effectue pas à l'aune de la dépossession, mais analyse l'impact, présent ou à venir, du changement législatif sur l'investisseur, et ce même en l'absence de discrimination, ou d'arbitraire de la part de l'État. Dolzer estime qu'il s'agit alors de déterminer si l'impact économique généré par la législation étatique constitue le critère unique sur lequel il faut s'appuyer ou s'il s'inscrit dans un contexte plus global dans lequel la décision de l'État doit être analysée⁹¹⁸.

En matière d'expropriation directe ou indirecte, le droit de l'État de légiférer y occupe une place prépondérante, et ce, même si l'investisseur étranger en subit les contrecoûts. Ainsi, selon Ian Brownlie :

State measures, prima facie a lawful exercise of powers of government, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus foreign assets and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation.⁹¹⁹

Ce principe se dégage également de plusieurs sentences arbitrales⁹²⁰. Ainsi dans *CME v Czech Republic*⁹²¹, le Tribunal souligna que la dépossession doit être distinguée des

⁹¹⁸ Rudolf Dolzer, « Indirect Expropriations: New Developments? » (2002) 11 *Envtl LJ* 64 à la p 79, tel que cité dans OCDE 2004/4, *supra* note 819 à la p 16.

⁹¹⁹ Brownlie, *supra* note 482 à la p 532.

⁹²⁰ Voir notamment *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States* (2002), ICSID Case No ARB(AF)/99/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Konstantinos D Kerameus, Jorge Covarrubias Bravo et Prof David A Gantz); *Saluka*, *supra* note 27.

mesures ordinaires de l'État visant la protection de l'intérêt public. Ce droit de légiférer dans l'intérêt public est considéré dès lors comme une exception justifiant la dépossession du bien⁹²². Ce principe fut réitéré dans l'affaire *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation*, où le Tribunal affirma « It again is also undisputed [...] that States have a wide latitude in imposing and enforcing taxation laws even if resulting in substantial deprivation without compensation »⁹²³. Dans *Methanex Corporation v United States of America*, le Tribunal souligna pour sa part :

7. In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfills a key requirement for establishing expropriation. *But as a matter of general international law, a nondiscriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation. [nos italiques]*⁹²⁴

Il en est de même dans *SD Myers Inc contre le gouvernement du Canada* à l'occasion de laquelle le Tribunal précisa que la réglementation étatique constituait une atteinte moindre à l'investissement⁹²⁵. Dans l'affaire *Windstream Energy LLC v Government of Canada*, le Tribunal rappela également que l'expropriation nécessitait de déterminer si elle pouvait se justifier par la doctrine des pouvoirs de police⁹²⁶.

⁹²¹ *CME Czech Republic BV v The Czech Republic* (2003), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration, [2011] IISD 33 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Wolfgang Kühn, Stephen M Schwebel et Jaroslav Hándel).

⁹²² Voir par ex *Saluka*, *supra* note 27; *BG Group*, *supra* note 679; *Invesmart v Czech Republic* (2009), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Michael Pryles, Christopher Thomas et Prof Piero Bernardini); *AWG*, *supra* note 244 au para 56.

⁹²³ *RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation* (2010), SCC Case No V079/2005 au para 580 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Dr Karl-Heinz Böckstiegel, Hon Lord Steyn et Sir Franklin Berman) [*RosInvestCo*].

⁹²⁴ *Methanex*, *supra* note 183, partie IV, chap D au para 7.

⁹²⁵ *Myers*, *supra* note 80. Voir aussi *Técnicas*, *supra* note 3; *Ronald S Lauder v The Czech Republic* (2001), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Lloyd Cutler, Bohuslav Klein et Robert Briner).

⁹²⁶ *Windstream*, *supra* note 729 au para 284.

L'exercice du droit de légiférer doit toutefois être exercé de bonne foi, et de façon non discriminatoire et non arbitraire. Le Tribunal rappela également ce principe dans la sentence *Saluka Investments BV v The Czech Republic* en ces termes :

255. It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.⁹²⁷

Autrement dit, pour engager la responsabilité de l'État, la législation doit être intentionnellement discriminatoire⁹²⁸ disproportionnée⁹²⁹ ou contraire au principe de bonne foi⁹³⁰. Dès lors, celle qui ne répondrait pas à ces caractéristiques ne pourrait ouvrir la voie à un recours pour une expropriation indirecte⁹³¹.

En conséquence, le principe appliqué en matière d'expropriation est d'accorder une certaine déférence au droit de l'État de légiférer en matière de protection de la santé, la sécurité et l'intérêt public en général⁹³². Certes, d'aucuns pourraient affirmer que le propre de l'État est précisément d'adopter des textes d'utilité publique, il n'en demeure pas moins que ceux-ci doivent être exempts d'arbitraire et de mauvaise foi. L'exception d'utilité publique est donc un obstacle auquel se heurtent souvent les investisseurs lorsqu'ils intentent un recours pour expropriation indirecte. Cet écueil semble toutefois avoir été surmonté, ou du moins amoindri, par l'inclusion de la protection des attentes raisonnables dans la clause du traitement juste et équitable.

⁹²⁷ *Saluka*, *supra* note 27 au para 255.

⁹²⁸ *Methanex*, *supra* note 183, partie IV, chap D au para 7.

⁹²⁹ *Tecmed*, *supra* note 3 au para 122.

⁹³⁰ *Kardassopoulos*, *supra* note 281 au para 387; *RosInvestCo*, *supra* note 923 au para 567.

⁹³¹ *Methanex*, *supra* note 183, partie IV, chap D au para 7.

⁹³² *Señor Tza Yap Shum v The Republic of Peru* (2011), ICSID Case No ARB/07/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Judd Kessler, Hernando Otero et Prof Juan Fernández-Armesto).

Bien que reconnaissant le droit souverain de l'État à légiférer⁹³³, les tribunaux arbitraux seront davantage interventionnistes lorsqu'ils seront amenés à scruter et se prononcer sur la frustration des attentes raisonnables de l'investisseur à la suite d'un changement législatif. La perspective adoptée par les tribunaux arbitraux permet alors à l'investisseur d'engager la responsabilité de l'État dans un contexte de modification législative qui, bien qu'exercée de bonne foi, de manière non arbitraire ou discriminatoire irait à l'encontre de ses attentes raisonnables. Certaines sentences révèlent d'ailleurs les stratégies adoptées par certains investisseurs afin d'obtenir une issue favorable à leur recours. Ces derniers soulèvent parfois en premier lieu la question de l'expropriation indirecte, puis au fil de l'arbitrage mettent davantage l'accent sur la violation du traitement juste et équitable⁹³⁴. Cette approche découle du fait, qu'en vertu du traitement juste et équitable, et de la protection des attentes raisonnables, la législation est analysée sous l'angle de la stabilité ou de la prévisibilité juridique. La légitimité de la loi, son caractère général et d'intérêt public, semblent alors être relégués au second plan. Dès lors, le droit de légiférer de l'État, bien que reconnu en droit international, est tempéré par les attentes que l'investisseur pourrait avoir à l'égard d'une stabilité juridique quant au maintien des incitatifs fiscaux⁹³⁵, des conditions d'octroi de permis d'exploitation minière⁹³⁶, d'approvisionnement en ressources naturelles⁹³⁷, ou d'un retour sur investissement⁹³⁸. La succession des sentences arbitrales rendues contre l'Espagne⁹³⁹ illustre selon nous la brèche dans laquelle les investisseurs étrangers sont en mesure de s'engouffrer. Ce

⁹³³ *Parkerings*, supra note 71 au para 332; *Micula*, supra note 67 au para 666; *Continental*, supra note 71; *Plama*, supra note 71; *EDF Limited*, supra note 71 au para 217; *AES*, supra note 71 aux para 9.3.29, 10.3.7-8.

⁹³⁴ *Walter*, supra note 70.

⁹³⁵ *Micula*, supra note 67; *Antaris*, supra note 67; *Masdar*, supra note 67.

⁹³⁶ *Crystallex*, supra note 68.

⁹³⁷ *Fenosa*, supra note 69.

⁹³⁸ *Novenergia*, supra note 70; *Walter*, supra note 70.

⁹³⁹ *9REN*, supra note 151; *Cube*, supra note 151; *Foresight*, supra note 151; *Novenergia*, supra note 70; *SolEs*, supra note 151; *Masdar*, supra note 67; *NextEra*, supra note 151; *Infrastructure*, supra note 85; *Eiser*, supra note 103; *Isolux*, supra note 102; *RREEF*, supra note 9; *Charanne*, supra note 101; *RWE*, supra note 151.

fut également le cas dans l'affaire *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, à l'occasion de laquelle le Tribunal indiqua que les attentes légitimes de l'investisseur verraient à être davantage protégées par le biais du traitement juste et équitable, car une législation d'application générale ne conduisait pas nécessairement à une expropriation indirecte à moins qu'elle ne soit déraisonnable⁹⁴⁰. L'État bénéficie donc, en matière d'expropriation, d'une présomption de validité de ses lois et règlements et il appartient à l'investisseur se croyant lésé de démontrer que la législation visée est déraisonnable, discriminatoire ou arbitraire. Cette contrainte disparaît lorsque l'investisseur se prévaut de la protection de ses attentes raisonnables en vertu de la clause de traitement juste et équitable.

Dans certains cas, les tribunaux ont souligné qu'en l'absence d'expropriation, l'investisseur pouvait réclamer réparation en vertu du traitement juste et équitable⁹⁴¹. Cette voie fut suivie dans *Walter Bau v Thailand*⁹⁴² où le Tribunal, bien que rejetant la réclamation pour expropriation indirecte conclut néanmoins que l'investisseur avait des attentes raisonnables quant à un retour sur investissement. À cette occasion, le Tribunal préféra examiner donc la question sous l'angle du traitement juste et équitable plutôt que celui de l'expropriation⁹⁴³.

Parfois, les tribunaux énonceront clairement que le traitement juste et équitable est une alternative lorsque les critères de l'expropriation ne sont pas remplis. Ainsi, dans la sentence *Sempra Energy International v The Argentine Republic*, le Tribunal affirma :

⁹⁴⁰ *El Paso*, *supra* note 21 aux para 227, 233.

⁹⁴¹ *Vincent J Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v Republic of Poland* (2015), ICSID Case No ARB(AF)/11/3 (opinion dissidente du Prof Vicuña) (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Prof Claus von Wobeser et Makhdoom Ali Khan).

⁹⁴² *Walter*, *supra* note 70 au para 12.3.

⁹⁴³ *El Paso*, *supra* note 21 au para 227.

300. It follows that it would be wrong to believe that fair and equitable treatment is a kind of peripheral requirement. To the contrary, it ensures that even where there is no clear justification for making a finding of expropriation, as in the present case, there is still a standard which serves the purpose of justice and can of itself redress damage that is unlawful and that would otherwise pass unattended [...].⁹⁴⁴

301. It must also be kept in mind that on occasion the line separating the breach of the fair and equitable treatment standard from an indirect expropriation can be very thin [...].⁹⁴⁵

Dans l'affaire *Oxus Gold v Republic of Uzbekistan*⁹⁴⁶, le Tribunal rejeta la réclamation de l'investisseur en vertu de l'article 5 (expropriation) du traité entre la Grande-Bretagne et l'Ouzbékistan. L'investisseur s'appuyait sur l'échec des négociations avec l'État Ouzbek et affirmait avoir été exproprié de son droit de développer son investissement⁹⁴⁷. Le Tribunal souligna à cette occasion que le droit de négocier ne constituait pas un bien pouvant faire l'objet d'expropriation, mais qu'il pouvait donner lieu à l'application de l'article 2 du Traité portant sur le traitement juste et équitable notamment sous l'angle de la protection des attentes légitimes⁹⁴⁸.

Cette approche fut adoptée à d'autres occasions notamment dans les affaires *Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV and Tesa Beheer BV v Poland*⁹⁴⁹, et *Cervin Investissements SA and Rhone Investissements SA v Republic of Costa Rica*⁹⁵⁰.

⁹⁴⁴ *Sempra*, supra note 14 au para 300.

⁹⁴⁵ *Ibid* aux para 300-301.

⁹⁴⁶ *Oxus Gold v The Republic of Uzbekistan* (2015), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Pierre Tercier, Prof Brigitte Stern et Hon Marc Lalonde) [*Oxus*].

⁹⁴⁷ *Ibid* au para 299.

⁹⁴⁸ *Ibid* au para 302.

⁹⁴⁹ *Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV and Tesa Beheer BV v Poland* (2017), PCA Case No 2014-31 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : J Christopher Thomas, Melanie Van Leeuwen et Laurent Lévy).

⁹⁵⁰ *Cervin Investissements SA and Rhone Investissements SA v Republic of Costa Rica* (2017), ICSID Case No ARB/13/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Ricardo Ramírez et Andrés Jana).

Il en fut de même dans l'affaire *PSEG Global, Inc, The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey* :

« Because the role of fair and equitable treatment changes from case to case, it is sometimes not as precise as would be desirable. Yet, it clearly does allow for justice to be done in the absence of the more traditional breaches of international law standards. »⁹⁵¹

Une certaine jurisprudence arbitrale se penchera sur la portée ou le degré du changement en exigeant de maintenir les caractéristiques essentielles du régime juridique en vigueur au moment de l'investissement⁹⁵². Les tribunaux indiqueront alors que cette obligation ne prive pas l'État de légiférer, mais de modifier de manière drastique la législation mise en place pour favoriser les investissements⁹⁵³. Cette approche indique d'une part que l'État n'exerce plus le contrôle total de son pouvoir législatif, et d'autre part ne tient pas compte des changements politiques, sociaux ou économiques pouvant justifier des mesures radicales.

7.5 Le glissement d'une responsabilité étatique relative vers une responsabilité étatique stricte

Nous avons évoqué plus haut les critères retenus pour conclure à une expropriation soit : une dépossession ou une atteinte substantielle à l'investissement, ainsi qu'une législation exempte de mauvaise foi, de discrimination et d'arbitraire (même si les tribunaux ne s'attardent pas sur le caractère discriminatoire ou arbitraire de la loi). Un

⁹⁵¹ *PSEG*, *supra* note 870 au para 239.

⁹⁵² *Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain* (2018), ICSID Case No ARB/13/31 au para 532 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : J Christopher Thomas, Prof Francisco Orrego Vicuña et Dr Eduardo Zuleta).

⁹⁵³ *Ibid.* Voir aussi *Toto*, *supra* note 156 au para 244; *Antaris*, *supra* note 67.

État ne saurait donc être internationalement responsable d'un fait illicite s'il venait à prendre de bonne foi des mesures d'intérêt public, applicables à tous, et sans arbitraire. En cela, la protection dont bénéficie l'investisseur étranger est relative, car elle tient compte du comportement global de l'État non seulement à son égard, mais également à l'égard des autres opérateurs économiques qui œuvrent sur son territoire qu'ils soient étrangers ou non. Il serait *a priori* inapproprié qu'un investisseur étranger puisse alors bénéficier d'une exception à une mesure étatique d'intérêt public. La bonne foi de l'État est également un élément fondamental dans la détermination de sa responsabilité, car elle peut faire échec à un recours de la part d'un investisseur.

L'expropriation se distingue donc de la violation du traitement juste et équitable où « l'atteinte à un droit imputable à l'État est par elle-même l'illicite »⁹⁵⁴. Serions-nous dès lors face à deux catégories d'obligations internationales ? l'une *relative* permettant à l'État de se dégager de sa responsabilité internationale en soulevant le caractère non discriminatoire et non arbitraire de la mesure, et l'autre *stricte* où les moyens de défense de l'État sont limités. Dans le contexte de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur, les critères d'arbitraire, de discrimination et de bonne foi sont subsidiaires et ne participent pas à la détermination de la violation de la règle, mais peuvent constituer un facteur aggravant. Il suffit donc pour l'investisseur de démontrer que les mesures prises par l'État ont affecté ses attentes raisonnables à un cadre législatif stable. Peu importe que la législation ait un intérêt public, qu'elle soit de portée générale ou qu'elle ait été adoptée de bonne foi. C'est donc sous le prisme de ces attentes que l'action de l'État est analysée. Certes, les sentences arbitrales évoqueront la présence d'un engagement spécifique, ou d'un changement législatif drastique, toutefois l'étude des sentences arbitrales nous enseigne que la définition d'un engagement est elle-même aléatoire, et que

⁹⁵⁴ Nanteuil, *Expropriation*, *supra* note 349 à la p 442.

l'expectative d'une stabilité juridique va à l'encontre des pouvoirs souverains de l'État.

Le choix des investisseurs entre une norme relative et une norme stricte a pour effet de faciliter les recours intentés par les investisseurs et d'alléger leur fardeau de preuve dans la mesure où ils n'ont pas à démontrer la nature arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi de l'État dans un contexte d'expropriation. Il fait en revanche porter à l'État une charge supplémentaire en matière de protection des attentes raisonnables et conduit à l'atrophie de ses pouvoirs et de ses moyens de défense face à des revendications de plus en plus audacieuses de la part des investisseurs.

Conclusion

Ce chapitre nous a permis de mettre en lumière le fait que la protection des attentes raisonnables en vertu de la clause d'expropriation indirecte a progressivement cédé le pas à la protection des attentes raisonnables dans le cadre du traitement juste et équitable ou du moins de combiner les deux recours ce qui a eu pour effet d'accroître les chances de succès des investisseurs devant les tribunaux arbitraux. Cette option a été favorisée par l'interprétation libérale des tribunaux arbitraux et leur approche à l'égard de la protection des attentes raisonnables et plus globalement du traitement juste et équitable. Tel que nous l'avons vu, nombre d'investisseurs invoqueront les deux recours lorsqu'il s'agit de revendiquer une stabilité juridique. Cet argument constitue alors une sorte de dénominateur commun entre l'expropriation et le traitement juste et équitable. Pourtant, le premier sera plus difficile d'accès en raison

des conditions qui s'y rattache, alors que le second permettra d'engager la responsabilité de l'État et de se voir accorder des dommages plus aisément⁹⁵⁵.

Cette tendance à privilégier la protection des attentes raisonnables en vertu du traitement juste et équitable à l'expropriation indirecte découle des trois critères inhérents à l'expropriation soit : la dépossession, le droit de l'État de légiférer, et l'exigence de mauvaise foi pour engager la responsabilité de l'État. Nous avons mis en exergue le fait que la protection des attentes raisonnables permet d'écarter le critère de dépossession, de neutraliser le droit de légiférer de l'État et d'éviter la bonne foi ou le caractère non discriminatoire, non arbitraire de la mesure étatique. L'État ne bénéficie alors plus des moyens de défense qui sont les siens en matière d'expropriation. Les investisseurs présentent dès lors leurs revendications presque systématiquement en vertu du traitement juste et équitable, ce qui a eu pour effet d'élever le niveau de responsabilité internationale de l'État.

⁹⁵⁵ *Oxus*, *supra* note 946.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout au long de notre thèse, notre objectif a été de démontrer que la protection des attentes raisonnables est un concept récent, fuyant, fruit de l'interprétation des investisseurs et des tribunaux arbitraux. Nous avons abordé les attentes raisonnables à la lumière des sources du droit international public pour conclure qu'elles étaient issues d'une interprétation téléologique du traitement juste et équitable, qu'elles ne relevaient pas de la coutume internationale en l'absence d'une pratique constante et d'une *opinio juris*, et qu'elles ne constituaient pas non plus un principe général de droit. Nous avons également établi que la protection des attentes raisonnables ne pouvait se justifier par l'application du traitement juste et équitable par rapport à la norme minimale de traitement. Nous avons mis en lumière le fait que les attentes raisonnables auxquelles on réfère dans certains traités d'investissements dans le cadre de l'expropriation ne permettent pas d'extrapoler et de conclure à une protection générale des attentes raisonnables en droit de l'investissement en vertu du traitement juste et équitable. Bien plus, la protection des attentes raisonnables de l'investisseur permet de contourner les exigences de l'expropriation en droit international de l'investissement.

La conclusion à laquelle nous sommes donc en mesure de parvenir est que la protection des attentes raisonnables est une construction arbitrale, car elle puise son origine dans la jurisprudence arbitrale. En effet, l'émergence d'une protection des attentes raisonnables en droit de l'investissement témoigne du rôle normatif croissant des tribunaux arbitraux. Celui-ci est la résultante d'une part, de l'indétermination de la norme du traitement juste et équitable, d'autre part du « précédent arbitral » même si la règle du précédent est étrangère à l'arbitrage.

La protection des attentes raisonnables met également en exergue l'émergence d'un « ordre juridique arbitral »⁹⁵⁶ d'investissement de nature hybride qui emprunte des concepts tant privés que publics et se détache des normes de droit international reconnues pour générer un système propre, quasiment autonome, une sorte de *lex arbitrium* qui comporterait ses exigences et ses spécificités propres à l'instar de la *lex mercatoria*. Cette idée de système autonome avait d'ailleurs été soulignée par E. Gaillard en évoquant un système structuré, complet et doté d'un degré élevé d'effectivité⁹⁵⁷. Il rappela à cet effet les propos de Lord Wilberforce qualifiant l'arbitrage de « a freestanding system, free to settle its own procedure and free to develop its own substantial law. —yes, its substantive law »⁹⁵⁸. Le rôle normatif des tribunaux arbitraux avait déjà été souligné par plusieurs auteurs, dont Thomas Schultz et Cédric Dupont lorsqu'ils procédèrent à une étude empirique de 541 réclamations⁹⁵⁹. Ces derniers conclurent, qu'après avoir servi d'instrument néocolonial, puis comme moyen de pallier les lacunes des systèmes juridiques des États, que l'arbitrage constitue un outil servant à promouvoir la règle de droit⁹⁶⁰ et viserait ainsi à assurer une certaine prévisibilité du régime international d'investissement et assurer une bonne gouvernance⁹⁶¹. Ils constatèrent néanmoins que le taux de succès des pays en voie de développement était inférieur à celui des pays

⁹⁵⁶ La notion d'ordre arbitral avait été évoquée par Emmanuel Gaillard, dans un contexte d'arbitrage commercial. Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2008 à la p 161.

⁹⁵⁷ Emmanuel Gaillard « The Emerging System of International Arbitration: Defining “system” » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 287 à la p 290, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0287a>.

⁹⁵⁸ *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA and others*, 2005 UKHL 43, [2006] AC 221 au para 18, tel que cité dans Gaillard, « System », *supra* note 957 à la p 290.

⁹⁵⁹ Thomas Schultz et Cedric Dupont, « Investment Arbitration: Promoting the Role of Law or over empowering investors? a quantitative empirical study » (2014) 25:4 Eur J Intl L 1147.

⁹⁶⁰ *Ibid* à la p 1150.

⁹⁶¹ Schultz et Dupont, *supra* note 959 à la p 1164.

dits « riches »⁹⁶². Toutefois, affirmer que le rôle normatif des arbitres vise à promouvoir la règle de droit présente une certaine circularité dans la mesure où l'existence préalable d'une norme de droit international ne nécessiterait pas *a priori* que les arbitres s'attribuent des prérogatives normatives quelconques. En revanche, la promotion de règles de droit interne par le biais des sentences arbitrales ferait en sorte que les tribunaux arbitraux seraient des vecteurs d'uniformisation des législations étatiques. Ce corpus de normes que l'on qualifiera d'arbitrales, à défaut de pouvoir les qualifier de normes de droit international, échappe ainsi au processus traditionnel d'émergence des normes internationales et surtout au principe de consentement de l'État.

Pour sa part, E. Gaillard, estime que l'interaction des acteurs de l'arbitrage, privés ou publics, et les « fournisseurs de valeurs »⁹⁶³ contribuent à l'émergence de normes ou de standards internationaux⁹⁶⁴ alors que Schreuer souligne le caractère normatif des sentences arbitrales, plus précisément en ce qui a trait au traitement juste et équitable dont la substance est le fruit de l'interprétation des tribunaux arbitraux⁹⁶⁵. Sornarajah, pour sa part, considère que l'insertion de la protection des attentes raisonnables dans le traitement juste et équitable constitue la forme la plus patente d'un « activisme expansionniste »⁹⁶⁶ et que le premier objectif du traitement juste et équitable est de promouvoir l'investissement au détriment des intérêts de l'État⁹⁶⁷, car les tribunaux s'octroient des pouvoirs quasi législatifs en déterminant le contenu d'une norme⁹⁶⁸. La question du rôle des tribunaux arbitraux suscite donc d'après débats doctrinaux que nous ne prétendons pas résoudre ici. Il nous semble néanmoins important de saisir les éléments qui contribuent à l'accroissement des pouvoirs arbitraux,

⁹⁶² *Ibid* à la p 1168.

⁹⁶³ Emmanuel Gaillard, « Sociologie de l'arbitrage international » [2015]:4 JDI 1089 à la p 1099.

⁹⁶⁴ *Ibid* au para 1113.

⁹⁶⁵ Schreuer, « Fair », *supra* note 74.

⁹⁶⁶ Sornarajah, « Expropriation », *supra* note 835 à la p 248.

⁹⁶⁷ *Ibid* à la p 247.

⁹⁶⁸ *Ibid* à la p 253.

notamment dans le contexte de la protection des attentes raisonnables de l'investisseur à savoir l'indétermination du traitement juste et équitable et le précédent arbitral.

L'indétermination de la norme de traitement juste et équitable

Nous avons établi que l'inclusion de la protection des attentes raisonnables dans la clause de traitement juste et équitable n'a été possible que par le biais de l'interprétation des tribunaux arbitraux. Pourtant, la jurisprudence comme source créatrice de droit⁹⁶⁹, ne se justifie pas ici par le souci d'éviter une situation de *non liquet*. L'interprétation arbitrale, est, il est vrai, favorisée par l'indétermination de la norme du traitement juste et équitable puisque son contenu est alors déterminé par les arbitres au gré des sentences arbitrales. Le rôle des décideurs s'en trouve donc considérablement accru. Jean Salmon estime à cet effet que l'emploi d'un concept à contenu variable présente trois fonctions : celle de la concrétisation, de la résolution des contradictions et de la représentation idéologique⁹⁷⁰. Ainsi, « en concrétisant la norme imprécise en fonction des circonstances de l'espèce et en dégageant ce qu'il estime important en opérant un choix de valeur et d'opportunité le juge est conduit à substituer sa décision à celle des parties [...] »⁹⁷¹. L'intégration de la protection des attentes raisonnables au TJE peut dès lors être possible par une interprétation téléologique et non volontariste du traité d'investissement, par le préambule d'un traité pour en extraire un engagement étatique quelconque, par une interprétation extensive et non restrictive du traité, par l'analyse de certaines législations internes pour y voir l'émergence d'un principe général de droit ou par l'analyse de la

⁹⁶⁹ Ripert, *supra* note 525 à la p 574.

⁹⁷⁰ Jean Salmon, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014 à la page 66.

⁹⁷¹ *Ibid* à la p 68.

réclamation de l'investisseur sous l'angle du traitement juste et équitable, plutôt que celui de l'expropriation indirecte. Toute ambiguïté est souvent interprétée en faveur de l'investisseur puisque les traités bilatéraux d'investissements sont présumés être, avant tout, des outils de protection de l'investisseur⁹⁷². Les sentences arbitrales prennent alors une importance régulatoire⁹⁷³ où les arbitres y occuperaient une fonction législative et non judiciaire⁹⁷⁴. M. Sornarajah en a d'ailleurs fait le constat :

The vagueness in the fair and equitable standard enables arbitrators to develop its contents. But, the issue has to be raised whether the parties gave such law-making capacity to arbitrators. It also has to be considered whether the standard is void because of its vagueness. An indeterminate rule cannot become a customary principle of international law. Legitimacy requires that rules have a fixed content so that states may guide themselves by such rules. It is not for arbitrators to rule *ex post facto* whether the rule was violated by fixing an unknown standard.⁹⁷⁵

Le comité d'annulation dans l'affaire *MTD c Chili* rappela également « the vagueness inherent in such treaty standards such as 'fair and equitable treatment' [should not] allow international Tribunals to second-guess »⁹⁷⁶. Certains tribunaux arbitraux ont d'ailleurs considéré qu'ils n'étaient pas habilités à créer une nouvelle norme de droit international sans tenir compte du traité invoqué⁹⁷⁷.

L'indétermination du traitement juste et équitable permet une lecture du traité d'investissement favorable à l'investisseur. R. Bachand souligne d'ailleurs que les « arguments imaginés par les plaideurs » sont des sources supplémentaires

⁹⁷² Anne van Aaken, « Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection » (2006) 17 *Finnish YB Intl L* 91 à la p 126.

⁹⁷³ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007 à la p 121.

⁹⁷⁴ *Makowski*, *supra* note 582 à la p 359. Charles H. Brower, « Investor State disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back » (2001) 40 *Colum J Transnat'l L* 43 à la p 56, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.wayne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=lawfrp>.

⁹⁷⁵ *El Paso*, *supra* note 21 (AL au para 92).

⁹⁷⁶ *MTD*, *supra* note 90 au para 108.

⁹⁷⁷ *Mamidoil*, *supra* note 168 au para 610.

d'indétermination⁹⁷⁸, et Lord McNair a mis en garde contre le risque de se perdre dans les méandres intellectuels des plaideurs :

Il me paraît que depuis longtemps les gens de robe ont joué au volant en matière d'interprétation des instruments de droit privé ou de droit public. Les règles sont les volants, les plaideurs, les joueurs. Un plaideur découvre quelque part une règle à l'appui de sa thèse ; il la soumet au Tribunal ; le Tribunal se croit obligé de se prononcer et la règle entre ainsi dans la doctrine. Par la voie de ce processus — mille fois répété — nous sommes exposés au risque d'oublier le devoir primordial des Tribunaux, celui de rechercher l'intention commune des parties, et d'y donner effet. Il ne faut pas confondre les arbres et la forêt.⁹⁷⁹

Certains estiment que la souplesse des dispositions refléterait une « délégation normative *de facto* au bénéfice des arbitres »⁹⁸⁰. Il n'y a pas selon nous de délégation normative puisque les États tentent de limiter les pouvoirs des tribunaux arbitraux par des notes interprétatives conjointes précisant les termes d'un traité⁹⁸¹ et par des précisions dans libellé des clauses de traitement juste et équitable⁹⁸². Quoi qu'il en soit, l'indétermination du traitement juste et équitable a entraîné dans son sillage l'émergence d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur. Cette indétermination a ouvert la voie à des facteurs de détermination qui contribuent à façonner la norme de traitement juste et équitable, et à lui associer une protection des attentes raisonnables, dont le poids du précédent⁹⁸³

⁹⁷⁸ Bachand, « Indétermination », *supra* note 353 à la p 85.

⁹⁷⁹ Lord McNair, (1950) 43:1 Ann inst dr int (Session de Bath) à la p 449, tel que cité dans Berlia, *supra* note 228 à la p 287.

⁹⁸⁰ Radi, *Standardisation*, *supra* note 289 à la p 296.

⁹⁸¹ Voir par ex Accord entre la Chine et Hong Kong.

⁹⁸² Voir par ex Modèle indien de TBI.

⁹⁸³ Nous utilisons le terme « précédent » non comme une reconnaissance de la règle du précédent, mais pour illustrer le recours aux sentences arbitrales antérieures.

Le « précédent » arbitral

Bien que les tribunaux arbitraux ne soient pas tenus de respecter le principe du *stare decisis*, ces derniers n'hésitent pas à s'y référer afin de contribuer au « développement harmonieux du droit de l'investissement »⁹⁸⁴. Les sentences arbitrales participeraient alors au raisonnement juridique d'un Tribunal arbitral *ad hoc*, et permettraient l'interprétation de certains standards de protection des investissements⁹⁸⁵. La volonté d'harmonisation des principes juridiques a d'ailleurs été encouragée par la résolution de l'Institut de droit international lors de la session de Tokyo de 2013⁹⁸⁶. Certains auteurs, dont E. De Brabandere qualifient d'ailleurs les sentences arbitrales de source importante, quoique subsidiaire du droit international de l'investissement⁹⁸⁷, et Yannick Radi évoque la nécessité d'adopter la doctrine du précédent en matière arbitrale⁹⁸⁸. Il s'agit d'une position doctrinale à laquelle nous ne souscrivons pas, car elle permet précisément, par la voie de la répétition, voire du mimétisme, aux sentences arbitrales de générer une obligation internationale sur des bases juridiques chancelantes. Elle ignore par ailleurs, l'objectif original des États

⁹⁸⁴ Voir *Urbaser*, *supra* note 313 au para 605. Toutefois, les tribunaux réitèrent : « The Tribunal's view is that it is not bound by previous decisions of ICSID or other arbitration Tribunals. At the same time, it is of the opinion that it should pay due regard to earlier decisions of international Tribunals. The Tribunal is further of the view that, unless there are compelling reasons to the contrary, it has a duty to follow solutions established in a series of consistent Cases, comparable to the Case at hand, but subject of course to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual Case. By doing so, it will meet its duty to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law ». *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru* (2015), ICSID Case No ARB/11/17 au para 76 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dr Eduardo Zuleta et Prof Raúl E Vinuesa).

⁹⁸⁵ Eric de Brabandere, « Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law » dans Tarcisio Gazzini et Eric de Brabandere, dir, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012, 245 à la p 248.

⁹⁸⁶ « Consistency of solutions in investment arbitration contributes to legal certainty for all actors involved. The quest for consistency does not require the mechanical application of prior practice without regard to the particular circumstances of the Case or the need for the interpretation and development of the law ». Institut de droit international, *supra* note 242 art 2.

⁹⁸⁷ Brabandere, « Arbitral », *supra* note 985 à la p 247.

⁹⁸⁸ Radi, *Standardisation*, *supra* note 289 à la p 318.

d'avoir recours à des tribunaux arbitraux *ad hoc* et non à des tribunaux étatiques quels qu'ils soient.

La protection des attentes raisonnables reflète pourtant la tendance des tribunaux arbitraux à s'attribuer une fonction normative. Ces derniers appliquent en effet les critères dégagés par la jurisprudence arbitrale aux faits de l'espèce sans remettre en question l'existence d'une quelconque norme internationale justifiant une protection des attentes raisonnables, ni étayer par une analyse convaincante, l'existence juridique de celle-ci dans la sphère du droit international. La publicisation des sentences arbitrales a également favorisé une systématisation de l'arbitrage dans la mesure où elle incite consciemment ou inconsciemment les arbitres à suivre le raisonnement adopté par leurs pairs. Ils énumèrent le plus souvent une série de sentences antérieures⁹⁸⁹ ou proclament simplement qu'il s'agit d'un principe établi en droit international. Ainsi dans l'affaire *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v Kingdom of Spain*, le Tribunal se prononçant sur l'interprétation du traitement juste et équitable statua :

426. As the same wording for FET is found in a great number of BITs, for the present case, *it will have to be interpreted taking note of the large jurisprudence established in this regard*. In that jurisprudence, it is generally recognized, and the present Tribunal agrees, that the FET commitment in particular includes the respect of the legitimate expectations of the investor. [nos italiques]⁹⁹⁰

Également dans l'affaire *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland*, le Tribunal indiqua :

534. The Tribunal agrees with Claimant that many values other than predictability *have been recognised by investment treaty Tribunals to be covered by the terms 'fair and equitable treatment'*. Denial of justice, deficient

⁹⁸⁹ Voir notamment *Kardassopoulos*, *supra* note 281 au para 440; *Nations Energy*, *supra* note 794; *Dreyfus*, *supra* note 793; *Gramercy*, *supra* note 822.

⁹⁹⁰ *OperaFund*, *supra* note 862 au para 426.

review of administrative actions and the frustration of legitimate expectations are, for instance, other elements which – *as so many Tribunals have recognised* – also constitute breaches of the ‘fair and equitable treatment’ obligation. [nos italiques]⁹⁹¹

Il en est de même dans la sentence *Philip Morris Brands Sàrl v Oriental Republic of Uruguay*, lors de laquelle le Tribunal s’exprima en ces termes :

Based on investment Tribunals’ decisions, typical fact situations have led a leading commentator to identify the following principles as covered by the FET standard: transparency and the protection of the investor’s legitimate expectations; freedom from coercion and harassment; procedural propriety and due process, and good faith. [nos italiques]⁹⁹²

En outre, dans l’affaire *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret AS v Libya*, le Tribunal déclara : « *It is uncontentious* that the obligation to “at all times” accord FET to investments encompasses the protection of an investor’s legitimate expectations. » [nos italiques]⁹⁹³ Il en est de même dans l’affaire *Oostergetel v Slovakia*, où le Tribunal arbitral statuant sur l’interprétation du traitement juste et équitable déclara :

The Treaty provision, interpreted in accordance with the VCLT, offers little guidance on the content of the FET standard. *The Tribunal will thus turn to the interpretation adopted in case law*. [nos italiques]⁹⁹⁴

Nous citerons enfin la sentence *EDF v Romania* à l’occasion de laquelle le Tribunal affirma :

⁹⁹¹ *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland* (2016), PCA Case No 2014-11 au para 534 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Wolfgang Kühn, John M Townsend et Prof Hans van Houtte).

⁹⁹² *Philip Morris*, *supra* note 107 au para 431.

⁹⁹³ *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret AS v Libya* (2018), ICC Case No 21537/ZF/AYZ au para 547 (Italaw) (International Chamber of Commerce) (Arbitres : Juan Fernandez-Armesto, Pierre Mayer et Georges Khairallah).

⁹⁹⁴ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v The Slovak Republic* (2012), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration au para 221 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Mikhail Wladimiroff et Vojtěch Trapl).

*The Tribunal shares the view expressed by other Tribunals that one of the major components of the FET standard is the parties' legitimate and reasonable expectations with respect to the investment they have made. [nos italiques]*⁹⁹⁵

Les exemples sont trop nombreux pour être tous énumérés, mais cette propension à se référer à des sentences arbitrales antérieures tend à favoriser une « *systématisation* » et une « *jurisprudentialisation* »⁹⁹⁶ de l'arbitrage international. Le rapport de la *Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement* (CNUDCI) a fait état de cette tendance en ces termes :

although different types of language used in treaties may require different interpretation, in practice tribunals tend to justify their findings by reference to earlier awards. A kind of de facto doctrine of precedent evolves that can tempt a Tribunal to find an infringement because an infringement was earlier found in an apparently similar case of maladministration [...].⁹⁹⁷

En effet, abstraction faite de l'issue de l'arbitrage, le fondement juridique de la protection des attentes raisonnables semble peu contesté au sein des instances arbitrales. Le recours à une jurisprudence arbitrale sera parfois justifié par le principe de l'efficacité du système arbitral⁹⁹⁸, qui relève davantage d'une réflexion économique que juridique. D'ailleurs, cette *jurisprudentialisation* de la protection des attentes raisonnables génère elle-même une attente quant à la manière dont la question sera abordée par les tribunaux arbitraux⁹⁹⁹. Autrement dit, la protection des attentes raisonnables bénéficie d'une croissance endogène. En outre, la convergence des décisions arbitrales participe à la consolidation de l'arbitrage en tant que système

⁹⁹⁵ *EDF Limited*, *supra* note 71 au para 216.

⁹⁹⁶ Yannick Radi, « Balancing the Public and the Private in International Investment Law » dans Horatia Muir Watt et Diego P Fernández Arroyo, dir, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 156 à la p 172.

⁹⁹⁷ CNUCED, *supra* note 25 à la p 11.

⁹⁹⁸ Teresa Cheng, « Features of Arbitral Practice that Contribute to System-Building » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 292 à la p 292, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0292>.

⁹⁹⁹ *Ibid* à la p 292.

indépendant¹⁰⁰⁰ ayant sa propre dynamique et ses propres règles et qui tend à s'affranchir de la volonté des États. Elle favoriserait ainsi l'émergence d'une gouvernance globale¹⁰⁰¹, qui aurait un impact sur les politiques publiques des États, en étendant « le champ de compétence *rationae materiae* des comportements étatiques susceptibles de contrôle »¹⁰⁰². À cet égard, d'Aspremont estime que l'universalisation des interprétations ou du sens conféré à un vocable ou une norme, porte en elle une dimension hégémonique¹⁰⁰³. Effectivement, le souci d'harmonisation du droit arbitral tend à étouffer toute tentative d'interprétation qui dérogerait au courant majoritaire ayant décrété que la protection des attentes raisonnables est un volet du traitement juste et équitable.

Paradoxalement, le précédent en matière arbitrale a généré, ces dernières années, une réaction étatique inverse, en incitant les États à tenir compte de l'interprétation que font les tribunaux arbitraux du traitement juste et équitable pour ajuster leur rédaction ou la préciser. Nous avons d'ailleurs évoqué ce retour de manivelle dans la Partie I de notre thèse. Le rééquilibrage opéré par les États face à l'émergence d'une jurisprudence arbitrale en faveur d'une protection des attentes raisonnables de l'investisseur prend généralement quatre formes. D'une part, certains d'entre eux ont dénoncé les traités en vue de leur renégociation, d'autres excluent purement et simplement le traitement juste et équitable, et *ipso facto* la protection des attentes raisonnables. D'autres encore, conservent la clause de traitement juste et équitable,

¹⁰⁰⁰ Stephan W Schill, « International Arbitrators as System-Builders » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 295 à la p 295, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0295>.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

¹⁰⁰² Radi, *Standardisation*, *supra* note 289 à la p 306.

¹⁰⁰³ Jean D'Aspremont, « Multidimensional Process of Interpretation, Content Determination and Law Ascertainment Distinguished » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 111 à la p 119, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0005>.

mais tendent à circonscrire sa portée afin de limiter, voire d'écarter expressément, la protection des attentes raisonnables des investisseurs.

Enfin, certains États, inspirés de la jurisprudence de l'ALENA, adoptent des clauses restrictives sans nécessairement écarter la protection des attentes raisonnables, mais viennent préciser la nature des attentes pouvant faire l'objet de la protection internationale, à savoir : celles qui découlent d'un engagement spécifique à l'égard de l'investisseur¹⁰⁰⁴ ; celles qui exigent un engagement écrit, direct, explicite et spécifique de l'État¹⁰⁰⁵ ; celles qui tiennent compte, notamment, de la nature et la portée de la réglementation étatique¹⁰⁰⁶ ; et enfin, celles qui comportent une note de bas de page à l'effet que le caractère raisonnable des attentes de l'investisseur sera déterminé en fonction du secteur visé (un secteur fortement réglementé ou peu réglementé)¹⁰⁰⁷ — et qui se retrouvent, par exemple, dans la majorité des traités signés par la Corée du Sud¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ *TBI Chine-Tanzanie*, 24 mars 2014 (entrée en vigueur le 17 avril 2014). Voir également *Chine-Ouzbékistan*, 19 avril 2011 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011).

« Article 6-expropriation

2. c) the extent to which the measure or the series of measures interferes with the *clear and reasonable* investment expectations of investors of the other Contracting Party; where such expectations arise from *specific commitments* made by one Contracting Party to the investors of the other Contracting Party » [nos italiques].

¹⁰⁰⁵ *TBI Iran-Slovaquie*, entré en vigueur le 30 août 2016.

« Article 6-Expropriation

4. The determination of whether a measure or series of measures of the Contracting Party constitute measures having equivalent effect to expropriation or nationalization requires a Case-by-Case, fact-based inquiry that considers:

b) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations arising out of the Contracting Party's prior binding *explicit written* commitment *directly and specifically* to the investor » [nos italiques].

¹⁰⁰⁶ *TBI Australie-République de Corée* entré en vigueur le 12 décembre 2014

« Annexe 11-b expropriation

4 (b) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations;⁵² ».

« ⁵². For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable may include consideration of the nature and extent of governmental regulation in the relevant sector. »

¹⁰⁰⁷ « For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends in part on the nature and extent of governmental regulation in the relevant sector. For example, an investor's expectations that regulations will not change are less likely to be reasonable in a heavily regulated sector than in a less heavily regulated sector or whether at the time the investment

Dans le même contexte, le recours des tribunaux aux sentences antérieures, et la constance de ceux-ci quant à l'interprétation du traitement juste et équitable, encourage l'adoption, par les États signataires, de notes interprétatives conjointes dans le but de clarifier ces clauses et d'en restreindre la portée. Ce fut particulièrement le cas de la Commission du libre-échange de l'ALENA et de la note interprétative du 31 juillet 2001 à propos de l'article 1105 (1) de l'accord.

L'interprétation extensive des tribunaux à l'égard du traitement juste et équitable, et l'émergence par ce biais d'une protection des attentes raisonnables a pour ainsi dire incité les États à reprendre le contrôle des traités internationaux d'investissement.

La protection des attentes raisonnables : prélude à un droit global ?

Nous avons souhaité démontrer, tout au long de cette étude, que la protection des attentes raisonnables n'était pas une norme pouvant s'appuyer valablement sur les sources de droit international reconnues. En ce sens, la protection des attentes raisonnables est un construit arbitral.

Les interférences dans le champ législatif ou réglementaire d'un État constituent la principale critique pouvant être formulée à l'encontre de la protection des attentes raisonnables des investisseurs. Ces derniers s'appuient sur l'abolition d'un avantage fiscal ou d'une subvention, l'adoption de lois plus strictes pour revendiquer une

was made the host Party had particular regulatory power over the relevant sector can be considered" ». *Ibid* art 11-b, n 52.

¹⁰⁰⁸ Colombie-République de Corée (21.02.2013-15.06.2016); voir également : Cameroun-République de Corée (24.12.2013-13.04.2018); Australie-République de Corée (08.04.2014-12.12.2014); Uruguay-République de Corée (01.10.2009-8.12.2011); Inde-République de Corée (07.08.2009-01.01.2010).

compensation sur la base de la frustration de leurs attentes légitimes. Ils s'attendent en effet à ce que leurs avantages fiscaux soient maintenus, que les lois et règlements en vigueur au moment de leur investissement, et qui pourraient affecter leur capital, demeurent immuables. La revendication de ces attentes implique, dans tous les cas, un contrôle exercé par les tribunaux arbitraux sur les actes souverains de l'État. En effet, contrairement aux attentes raisonnables procédurales, notamment en matière d'équité procédurale, l'approche adoptée par les tribunaux arbitraux permet d'instaurer une protection des attentes raisonnables relatives aux droits substantiels des opérateurs économiques. Pour certains auteurs, cette protection tend à créer un équilibre entre les intérêts des États et ceux des investisseurs¹⁰⁰⁹, ils présument ainsi d'une vulnérabilité des investisseurs face à l'État. Gus Van Harten estime en revanche que les protections accrues accordées aux investisseurs renforcent les inégalités entre les États et les opérateurs privés et constituent un substitut au système colonial¹⁰¹⁰. Le traitement juste et équitable servirait non seulement comme rempart pour contrer le changement social¹⁰¹¹, mais influencerait certaines décisions étatiques par le biais d'un *chilling effect*¹⁰¹². Karl P. Sauvant et Günes Ünüvar dénoncent également le déséquilibre entre les intérêts étatiques et ceux de l'investisseur et s'interrogent sur la possibilité, pour l'État d'accueil, de faire valoir des attentes raisonnables à l'égard des investisseurs en termes de développement économique¹⁰¹³. En tout état de cause, la protection des attentes raisonnables influe indirectement sur les politiques publiques et sa prévalence est telle, qu'elle ne constituerait plus, selon Y. Radi, une sous-catégorie du traitement juste et équitable, mais s'y substituerait¹⁰¹⁴. À noter néanmoins que ce n'est pas le gel législatif qui est préconisé, car lorsque les

¹⁰⁰⁹ Radi, *Standardisation*, *supra* note 289 à la p 329.

¹⁰¹⁰ Gus Van Harten, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020 à la p 2.

¹⁰¹¹ *Ibid* à la p 65.

¹⁰¹² *Ibid* à la p 100.

¹⁰¹³ Karl P Sauvant et Günes Ünüvar, « Can Host Countries Have Legitimate Expectations? » (2016) 183 Columbia FDI Perspectives, en ligne (pdf) : [SSRN <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844432>](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844432).

¹⁰¹⁴ Radi, « Balancing », *supra* note 996 à la p 167.

lois et règlements changent au profit de l'investisseur, il n'y a pas matière à recours. En revanche, ce n'est que lorsque ces lois sont adoptées dans le seul intérêt public, et qu'elles peuvent rejaillir sur les attentes de gains de l'investisseur que la protection des attentes raisonnables est soulevée. Autrement dit, l'État demeure libre de légiférer tant et aussi longtemps que cela n'affecte pas de manière significative l'investissement étranger. D'aucuns souligneront que les sentences arbitrales reconnaissent les pouvoirs de l'État à légiférer sur son territoire et que ce droit n'est pas contesté. Il est vrai qu'il s'agit d'un principe proclamé et rappelé lors des arbitrages, il n'en demeure pas moins que même lorsque les tribunaux arbitraux le soulignent, ils se penchent sur la présence d'une attente légitime. Ainsi, ce n'est pas tant l'issue de l'arbitrage qui est déterminante, mais la brèche que constitue la protection des attentes raisonnables de l'investisseur dans les pouvoirs souverains de l'État.

Cette brèche témoigne, selon M. Sornarajah, de l'« émergence d'un droit administratif global »¹⁰¹⁵ qui régirait alors les rapports administratifs entre l'État et l'investisseur. Or, le propre du droit administratif global est qu'il ne repose pas sur les sources formelles du droit international, mais sur une « déformalisation » des critères d'émergence d'une norme internationale¹⁰¹⁶. Le fait que les tribunaux arbitraux peinent à démontrer l'existence d'une norme internationale de protection des attentes raisonnables milite en faveur de cette idée. D'une part, cette protection s'affranchit du droit international public et d'autre part, ne parvient pas à s'appuyer sur un socle législatif commun incarné par les droits nationaux. Sans se limiter au droit administratif, la notion de droit global a été définie par K. Benyekhlef comme étant : « le droit qui ne serait ni national, ni international et comblerait les interstices laissés

¹⁰¹⁵ Sornarajah, « Expropriation », *supra* note 835 à la p 294.

¹⁰¹⁶ Jean D'Aspremont, « Droit Administratif Global et Droit International » dans Clémentine Bories, dir, *Le droit administratif global. Actes du colloque du CEDIN et du CRDP tenu les 16 et 17 juin 2011 à Paris*, Paris, Pedone, 2012, en ligne : [SSRN <ssrn.com/abstract=2004699>](http://ssrn.com/abstract=2004699).

libres par les droits nationaux et le droit international dans la régulation des phénomènes transnationaux »¹⁰¹⁷. Les règles qui en découlent échapperaient alors au processus normatif habituel et constitueraient des normes alternatives¹⁰¹⁸. Selon B. Frydman, ce droit global est un droit positif examiné d'un point de vue global, et qui constituerait alors une nouvelle normativité générée par la mondialisation, et pourrait être qualifié d'« objet juridique non identifié »¹⁰¹⁹. Il s'agit d'un mode de régulation alternatif résultant des transformations économiques, à l'instar des codes de conduite des entreprises et de l'émergence de la notion de responsabilité sociale de celles-ci¹⁰²⁰. Il marque surtout une rupture avec le droit international basé sur le principe de souveraineté des États¹⁰²¹. En effet, le foisonnement des normes illustre « un glissement net d'une souveraineté politico-juridique vers une gouvernance par les normes »¹⁰²². La protection des attentes raisonnables de l'investisseur ne pouvant être valablement qualifiée de norme conventionnelle, de coutume internationale ou de principe général de droit international, relèverait alors d'une normativité non juridique, un standard de comportement étatique défendu par certains acteurs internationaux, en premier lieu des investisseurs étrangers, puis entériné par les tribunaux arbitraux. La protection internationale des attentes raisonnables de l'investisseur représente donc une sorte de norme de conduite supranationale permettant d'ouvrir la voie à un recours contre l'État exerçant dans sa sphère de compétence. Elle contribue indirectement à façonner les règles de gouvernance des États et à les uniformiser selon un modèle voulu. Le Tribunal arbitral mentionna à ce

¹⁰¹⁷ Karim Benyekhlef, dir, *Vers un droit global?*, Montréal, Thémis, 2016 à la p 13.

¹⁰¹⁸ *Ibid* à la p 26.

¹⁰¹⁹ Benoit Frydman et Maxime St-Hilaire, « Le droit global existe-t-il ? », présentée à l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques, Université catholique de Louvain, 7 mars 2019, en ligne : <blogueaquidedroit.ca/2019/04/03/mon-debat-avec-le-philosophe-du-droit-benoit-frydman/>.

¹⁰²⁰ Benoit Frydman, « Droit global et régulation » (2018) 14 R études benthamiennes 846 au para 19, DOI : <[10.4000/etudes-benthamiennes.846](https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.846)>.

¹⁰²¹ Frydman, Benoit, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire » dans Karim Benyekhlef, dir, *Vers un droit global?*, Montréal, Thémis, 2016, 117 à la p 131.

¹⁰²² Anne Brunon-Ernst, « Concurrence des normativités » (2018) 14 R études benthamiennes 845 au para 1, DOI : <[10.4000/etudes-benthamiennes.845](https://doi.org/10.4000/etudes-benthamiennes.845)>.

propos dans l'affaire *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic* : « Sometimes, the description of what FET implies looks like a programme of good governance that no State in the world is capable of guaranteeing at all times »¹⁰²³. D'ailleurs, force est de constater que le chapitre 10 du rapport de l'OCDE de 2011, intitulé *Policy Framework for Investment – User's tool kit*¹⁰²⁴ établit une sorte de liste de vérification que les États sont encouragés à consulter en matière de réforme législative. Ainsi, on y indique que les politiques réglementaires doivent présenter des balises claires et répondre aux attentes des investisseurs en matière de réglementation¹⁰²⁵. Il en est de même des *Principes directeurs en matière de qualité réglementaire et de la performance*¹⁰²⁶. Le rapport de la Banque mondiale *Doing business 2020*, évoque pour sa part l'importance de bonnes pratiques législatives et l'efficacité réglementaire afin de favoriser les investissements et l'entrepreneuriat¹⁰²⁷. Globalement, l'action de l'État est donc examinée sur la base des attentes de l'investisseur, mais également à l'aune de ce qui relève ou non d'un comportement étatique acceptable. Bien plus, la protection des attentes raisonnables de l'investisseur cautionne une discrimination positive à son égard puisque l'opérateur étranger se voit ainsi conférer le droit de contester indirectement une politique publique, d'obtenir, le cas échéant, un dédommagement en raison de la frustration de ses attentes, alors la loi d'intérêt public s'appliquerait indifféremment aux entreprises nationales. Dès lors, soit l'État accorderait une dérogation à l'investisseur et ferait donc bénéficier celui-ci d'un avantage concurrentiel indu, soit s'exposerait à une multiplication des recours arbitraux contre lui ce qui l'affaiblirait économiquement.

¹⁰²³ *El Paso*, *supra* note 21 au para 342.

¹⁰²⁴ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Policy Framework for Investment – User's tool kit*, 2011, en ligne : <oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>.

¹⁰²⁵ *Idem* para 10.1

¹⁰²⁶ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, 2005, en ligne : <oecd.org/regreform/34978350.pdf>.

¹⁰²⁷ Banque mondiale, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, Banque mondiale, 2020 à la p 38, en ligne : <openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>.

Les tenants de l'école de New Haven, verraient sans doute dans le foisonnement des normes une démocratisation et une dynamisation de la production du droit international contemporain, qui ne serait plus restreinte aux États, mais s'ouvrirait aux acteurs non étatiques¹⁰²⁸. Toutefois cette privatisation des modes de production du droit déroge aux méthodes de détermination du droit international et s'écarte des sources de droit prévues dans la Convention de Vienne. Elle favorise la prolifération d'une normativité défailante motivée par des intérêts plus que par une légitimité juridique. Dans le cas de la protection des attentes raisonnables, cette normativité est économique et non juridique et échappe au contrôle des États parties au traité. Ainsi, les intérêts économiques défendus par les investisseurs, combinés avec une *jurisprudentialisation* des sentences arbitrales ont participé à introduire dans l'ordre arbitral une notion qui demeure étrangère au droit international, mais qui s'inscrit dans une perspective plus globale d'uniformisation et de modélisation des actions de l'État en matière d'investissement étranger. La protection des attentes raisonnables incarne également une approche basée sur l'efficacité¹⁰²⁹ « juridique » qui permet à l'investisseur d'accroître ses chances de succès lors d'un arbitrage, de minimiser ses risques, et de contourner les écueils inhérents à l'application des normes juridiques prévues au traité. Quoiqu'il en soit, les liens possibles entre la protection des attentes raisonnables et la gouvernance globale, le droit global ou le droit administratif global ne font pas l'objet de cette thèse, mais représentent des questionnements légitimes et des pistes de réflexion sur la logique qui sous-tend leur émergence en droit international de l'investissement. Nous ne prétendons donc pas y apporter des réponses, mais force est de constater que l'expansion normative fragilise paradoxalement le système arbitral et accroît la suspicion à son égard. A ce propos, Charles-Emmanuel Côté, estime que trois approches émergent à savoir : le maintien

¹⁰²⁸ W Michael Reisman, *L'École de New Haven de droit international*, Paris, Pedone, 2010 à la p 146.

¹⁰²⁹ La notion d'efficacité, empruntée à l'analyse économique du droit, est distinguée de la notion d'efficacité.

de l'arbitrage entre l'investisseur et l'État, la transformation du système de règlement des litiges notamment dans le cadre de l'AECG par la création d'une Cour d'investissement, et enfin une « repolitisation des règlements des différends relatifs à l'investissement » dans le contexte de l'ACEUM¹⁰³⁰.

La protection des attentes raisonnables n'est que le symptôme d'un mal plus profond qui menace l'arbitrage international car les États, quels qu'ils soient, ne sont plus à l'abri de l'imagination fertile des plaideurs. L'introduction de la protection des attentes raisonnables expliquerait la dénonciation de plusieurs traités, et la prudence exprimée par les États dans la rédaction des traités les plus récents. Il est d'ailleurs étonnant de constater à ce propos une convergence entre les États du Nord et ceux du Sud dans cette volonté de se réapproprier leur souveraineté et de reprendre le contrôle des instruments de droit international dont ils sont signataires. La protection des attentes raisonnables semble donc refléter une opposition entre les États souverains et le capital, plutôt qu'entre le Nord et le Sud. Le rôle des sociétés civiles et des mouvements populaires n'est sans doute pas étranger à ces contestations. L'avenir nous dira néanmoins si le réveil tardif des États, et leur volonté de réaffirmer leur souveraineté dans les traités d'investissement parviendront à endiguer les réclamations des investisseurs.

¹⁰³⁰ Charles Emmanuel Côté, « L'arbitrage entre investisseur et État face aux derniers accords commerciaux régionaux » (2020) 1:1 Intel J Doctrine, Judiciary and Legislation 195 à la p 205.

BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : DÉCISIONS D'ARBITRAGE

9REN Holding Sàrl v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/15/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Ian Binnie, David R Haigh et VV Veeder).

AIIY LTD v Czech Republic (2018), ICSID Case No UNCT/15/1 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof Stanimir A Alexandrov et Anna Joubin-Bret).

Aaron C Berkowitz, Brett E Berkowitz and Trevor B Berkowitz v Republic of Costa Rica (2017), ICSID Case No UNCT/13/2 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Daniel Bethlehem, Mark Kantor et Dr Raúl E Vinuesa).

Abengoa SA y COFIDES SA v United Mexican States (2013), ICSID Case No ARB(AF)/09/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Juan Fernández-Armesto et Eduardo Siqueiros).

Achmea BV v The Slovak Republic (2012), PCA Case No 2008-13 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Prof Albert Jan van den Berg et VV Veeder).

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v The Republic of Hungary (2006), ICSID Case No ARB/03/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Charles Brower, Prof Albert Jan van den Berg et Neil Kaplan).

Adel A Hamadi Al Tamimi v Sultanate of Oman (2015), ICSID Case No ARB/11/33 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof David AR Williams, Juge Charles N Brower et J Christopher Thomas).

ADF Group Inc v United States of America (2003), ICSID Case No ARB (AF)/00/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Florentino P Feliciano, Prof Armand de Mestral et Carolyn B Lamm).

- AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v The Republic of Hungary* (2010), ICSID Case No ARB/07/22 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Claus Werner von Wobeser, Prof Brigitte Stern et J William Rowley).
- Aguas del Tunari, SA v Republic of Bolivia* (2005), ICSID Case No ARB/02/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : David D Caron, José Luis Alberro-Semerena et Henri C Alvarez).
- Alapli Elektrik BV v Republic of Turkey* (2012), ICSID Case No ARB/08/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : William W Park, Hon Marc Lalonde et Prof Brigitte Stern).
- Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc and AS Baltoil v The Republic of Estonia* (2001), ICSID Case No ARB/99/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof Meir Heth et Prof Albert Jan van den Berg).
- Alpha Projektholding GmbH v Ukraine* (2010), ICSID Case No ARB/07/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Davis R Robinson, Dr Stanimir A Alexandrov et Dr Yoram Turbowicz).
- Amco Asian Corporation and others v Indonesia* (1984), ICSID Case No ARB/81/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Edward W Rubin, Isi Foighel et Berthold Goldman).
- Aminoil v Koweit* (1982), 109 JDI 869, 21 ILM 976 (Arbitres : Prof Paul Reuter, Prof Hamed Sultan et Gerarld Fitzmaurice), DOI : 10.1017/S0020782900036986.
- Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v The Republic of Kazakhstan* (2013), SCC Case No V 116/2010 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : David R Haigh, Prof Sergei N Lebedev et Prof Karl-Heinz Böckstiegel).
- Anglo American PLC v Bolivarian Republic of Venezuela* (2019), ICSID Case No ARB(AF)/14/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Yves Derains, Dr Guido Santiago Tawil et Dr Raúl E Vinuesa).
- Ansung Housing Co, Ltd v People's Republic of China* (2017), ICSID Case No ARB/14/25 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Lucy Reed, Dr Michael Pryles et Prof Albert Jan van den Berg).

- Antaris Solar GmbH and Dr Michael Göde v Czech Republic* (2018), PCA Case No 2014-01 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Lord Collins of Mapesbury, Gary Born et Juge Peter Tomka).
- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc v The United Mexican States* (2007), ICSID Case No ARB (AF)/04/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Arthur W Rovine et Eduardo Siqueiros T).
- Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka* (1990), ICSID Case No ARB/87/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Berthold Goldman, Dr Samuel Asante et Dr Ahmed El-Kosheri).
- Austrian Airlines v The Slovak Republic* (2009), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Charles Brower, Vojtěch Trapl et Gabrielle Kaufmann-Kohler).
- AWG Group Ltd v The Argentine Republic* (2015), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken).
- Azurix Corp v The Argentine Republic* (2006), ICSID Case No ARB/01/12 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Hon Marc Lalonde et Dr Daniel Hugo Martins).
- Banro American Resources, Inc and Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL v Democratic Republic of the Congo* (2000), ICSID Case No ARB/98/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Carveth Harcourt Geach, Alioune Diagne et Prosper Weil).
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan* (2009), ICSID Case No ARB/03/29 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Sir Franklin Berman et Prof Karl-Heinz Böckstiegel).
- Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru* (2017), ICSID Case No ARB/14/21 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr Michael Pryles et Prof Philippe Sands).
- Beijing Shougang and others v Mongolia* (2017), PCA Case No 2010-20 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Juge Peter Tomka, Dr Yas Banifatemi et Mark Clodfelter).

Beijing Urban Construction Group Co Ltd v Republic of Yemen (2017), ICSID Case No ARB/14/30 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Ian Binnie, Prof Zachary Douglas et John M Townsend).

Bernhard von Pezold and Others v Republic of Zimbabwe (2015), ICSID Case No ARB/10/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof David AR Williams et Michael Hwang).

BG Group Plc v The Republic of Argentina (2007), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Albert Jan van den Berg, Alejandro Garro et Guillermo Aguilar Alvarez).

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania (2008), ICSID Case No ARB/05/22 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Gary Born, Toby Landau et Bernard Hanotiau).

Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italian Republic (2016), ICSID Case No ARB/14/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge James Crawford, Dr Stanimir Alexandrov et Prof Pierre-Marie Dupuy).

Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v Ukraine (2016), ICSID Case No ARB/08/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Gavan Griffith, Prof Philippe Sands et Prof Donald McRae).

British Caribbean Bank Limited v The Government of Belize (2014), PCA Case No 2010-18 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Albert Jan van den Berg, John Beechey et Rodrigo Oreamuno).

British Steel plc c Commission des Communautés européennes, [1997] ECR II-01887, CJUE Affaire T-243/94 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, première chambre élargie).

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v The Republic of Paraguay (2009), ICSID Case No ARB/07/9 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Rolf Knieper, L Yves Fortier et Prof Philippe Sands).

Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador (2017), ICSID Case No ARB/08/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Brigitte Stern et Stephen Drymer).

Caratube International Oil Company LLP v The Republic of Kazakhstan (2012), ICSID Case No ARB/08/12 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Karl-Heinz Böckstiegel, Dr Gavan Griffith et Dr Kamal Hossain).

Cargill, Incorporated v Republic of Poland (2008), ICSID Case No ARB(AF)/04/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Emmanuel Gaillard et Prof Bernard Hanotiau).

Cargill, Incorporated v United Mexican States (2009), ICSID Case No ARB(AF)/05/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Michael C Pryles, Prof David D Caron et Prof Donald M McRae).

CC/Devas (Mauritius) Ltd, Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v India (2016), PCA Case No 2013-09 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Marc Lalonde, David R Haigh et Hon Shri Juge Anil Dev Singh).

Cem Cengiz Uzan v Republic of Turkey (2016), SCC Case No V 2014/023 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Dominique Carreau et Philippe Sands).

CEMEX Caracas Investments BV and CEMEX Caracas II Investments BV v Bolivarian Republic of Venezuela (2010), ICSID Case No ARB/08/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Prof Georges Abi-Saab et Robert B von Mehren).

Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret AS v Libya (2018), ICC Case No 21537/ZF/AYZ (Italaw) (International Chamber of Commerce) (Arbitres : Juan Fernandez-Armesto, Pierre Mayer et Georges Khairallah).

Cervin Investissements SA and Rhone Investissements SA v Republic of Costa Rica (2017), ICSID Case No ARB/13/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Ricardo Ramírez et Andrés Jana).

Ceskoslovenska Obchodni Banka, AS v The Slovak Republic (2004), ICSID Case No ARB/97/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Hans van Houtte, Prof Piero Bernardini et Prof Andreas Buche).

Charanne and Construction Investments v Spain (2016), SCC Case No V 062/2012 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Alexis Mourre, Guido Santiago Tawil et Claus von Wobeser).

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v Republic of Indonesia (2016), ICSID Case No ARB/12/14 and 12/40 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michael Hwang et Prof Albert Jan van den Berg).

Clayton & Bilcon of Delaware inc. v. Gouvernement of Canada (2015), PCA Case No 2009-04 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Juge Bruno Simma, Prof Donald McRae et Prof Bryan Schwartz).

CME Czech Republic BV v The Czech Republic (2003), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration, [2011] IISD 33 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Wolfgang Kühn, Stephen M Schwebel et Jaroslav Hándel).

CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina (2005), ICSID Case No ARB/01/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Marc Lalonde et Juge Francisco Rezek).

Compañía de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic (2007), ICSID Case No ARB/97/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Carlos Bernal et Vereia J William Rowley).

Continental Casualty Company v The Argentine Republic (2008), ICSID Case No ARB/03/9 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Giorgio Sacerdoti, VV Veeder et Michell Nader).

Convia Callao SA and CCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura SA v Republic of Peru (2013), ICSID Case No ARB/10/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Brigitte Stern, Dr Eduardo Zuleta et Yves Derains).

Copper Mesa Mining Corporation v Republic of Ecuador (2016), PCA No 2012-2 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Bernardo Cremades, Juge Bruno Simma et VV Veeder).

Corona Materials LLC v Dominican Republic (2016), ICSID Case No ARB(AF)/14/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Fernando Mantilla-Serrano et J Christopher Thomas).

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v Republic of Kenya (2018), ICSID Case No ARB/15/29 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Ian Binnie, Kanaga Dharmananda et Prof Brigitte Stern).

Crystallex International Corporation v Bolivarian Republic of Venezuela (2016), ICSID Case No ARB(AF)/11/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Laurent Lévy, Dean John Y Gotanda et Prof Laurence Boisson de Chazournes).

Cube Infrastructure Fund SICAV and others v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/15/20 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Hon James Jacob Spigelman et Prof Christian Tomuschat).

Daimler Financial Services AG v Argentine Republic (2012), ICSID Case No ARB/05/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Juge Charles N Brower et Prof Domingo Bello Janeiro).

David Minnotte & Robert Lewis v Republic of Poland (2014), ICSID Case No ARB(AF)/10/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Prof Maurice Mendelson et Prof Eduardo Silva Romero).

David R Aven and Others v Republic of Costa Rica (2018), ICSID Case No UNCT/15/3 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Eduardo Siqueiros T, C Mark Baker et Pedro Nikken).

Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (2012), ICSID Case No ARB/09/02 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Makhdoom Ali Khan, Prof David AR Williams et Dr Bernard Hanotiau).

Deutsche Telekom v India (2017), PCA Case No 2014-10 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Daniel M. Price et Prof Brigitte Stern).

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA v Republic of Ecuador (2008), ICSID Case No ARB/04/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dr Enrique Gómez Pinzón et Prof Albert Jan van den Berg).

EnBW Kernkraft GmbH c Commission des Communautés européennes, [2005] ECR II-00913, CJUE Affaire No T-283/02 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, cinquième chambre) (Arbitres : Juge M H Legal, Juge V Tiili et Juge V Vadapalas).

ECE Projektmanagement v The Czech Republic (2013), PCA Case No 2010-5 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Sir Franklin Berman, Prof Andreas Bucher et J Christopher Thomas).

EDF International SA, SAUR International SA and León Participaciones Argentinas SA v Argentine Republic (2012), ICSID Case No ARB/03/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Jesús Remón et Prof William W Park).

EDF (Services) Limited v Romania (2009), ICSID Case No ARB/05/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Arthur W Rovine et Yves Derains).

Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg Sàrl v Kingdom of Spain (2017), ICSID Case No ARB/13/36 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof John R Crook, Dr Stanimir A Alexandrov et Prof Campbell McLachlan).

Electrabel SA v Republic of Hungary (2015), ICSID Case No ARB/07/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Brigitte Stern et VV Veeder).

Eli Lilly and Company v The Government of Canada (2017), ICSID Case No UNCT/14/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Albert Jan van den Berg, Sir Daniel Bethlehem et Gary Born).

El Paso Energy International Company v The Argentine Republic (2011), ICSID Case No ARB/03/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Lucius Caflisch, Prof Piero Bernardini et Prof Brigitte Stern).

Emmis International Holding, BV, Emmis Radio Operating, BV, MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft v The Republic of Hungary (2014), ICSID Case No ARB/12/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon Marc Lalonde, J Christopher Thomas et Prof Campbell McLachlan).

Empresas Lucchetti, SA and Lucchetti Peru, SA v The Republic of Peru (2005), ICSID Case No ARB/03/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Thomas Buergenthal, Dr Bernardo M Cremades et Jan Paulsson).

EnCana Corporation v Republic of Ecuador (2006), LCIA Case case No UN3481 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof James Crawford, Horacio Grigera Naon et Christopher Thomas).

Enkev Beheer BV v Republic of Poland (2014), PCA Case No 2013-01(Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : VV Veeder, Prof Albert Jan van den Berg et Prof Klaus Sachs).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic (2007), ICSID Case No ARB/01/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Prof Albert Jan van den Berg et Pierre-Yves Tschanz).

Eudoro Armando Olguín v Republic of Paraguay (2001), ICSID Case No ARB/98/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Oreamuno, Francisco Rezek et Eduardo Mayora Alvarado).

EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v Slovak Republic (2017), ICSID Case No ARB/14/14 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre Mayer, Prof Emmanuel Gaillard et Prof Brigitte Stern).

Fábrica de Vidrios Los Andes, CA and Owens-Illinois de Venezuela, CA v Bolivarian Republic of Venezuela (2017), ICSID Case No ARB/12/21 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Hi-Taek Shin, Hon L Yves Fortier et Prof Zachary Douglas).

Fedax NV v The Republic of Venezuela (1998), 37 ILM 1391, ICSID Case No ARB/96/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuna, Prof Meir Heth et Roberts B Owen).

Fireman's Fund Insurance Company v The United Mexican States (2006), ICSID Case No ARB(AF)/02/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Andreas F Lowenfeld, Alberto Guillermo Saavedra Olavarrieta et Prof Albert Jan van den Berg).

Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland (2016), PCA Case No 2014-11 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Wolfgang Kühn, John M Townsend et Prof Hans van Houtte).

Flughafen Zürich AG and Gestión e Ingeniería IDC SA v Bolivarian Republic of Venezuela (2014), ICSID Case No ARB/10/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Henri Alvarez et Raúl E Vinuesa).

Fouad Alghanim & Sons Co for General Trading & Contracting, WLL and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v Hashemite Kingdom of Jordan (2017), ICSID Case No ARB/13/38 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Campbell McLachlan, Hon L Yves Fortier et Prof Marcelo G Kohen).

Foresight Luxembourg Solar 1 SÁRL, et al v Kingdom of Spain (2018), SCC Case No 2015/150 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Dr Michael Moser, Dr Klaus Michael Sachs et Dr Raúl Emilio Vinuesa).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v The Republic of the Philippines (2007), ICSID Case No ARB/03/25 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, Dr Bernardo M Cremades et Prof W Michael Reisman).

Frontier Petroleum Services Ltd v The Czech Republic (2010), PCA Case No 2008-09 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : David AR Williams, Henri Alvarez et Christoph Schreuer).

Garanti Koza LLP v Turkmenistan (2016), ICSID Case No ARB/11/20 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : John M Townsend, George Constantine Lambrou et Laurence Boisson de Chazournes).

GEA Group Aktiengesellschaft v Ukraine (2011), ICSID Case No ARB/08/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Albert Jan van den Berg, Toby Landau et Prof Brigitte Stern).

Gemplus SA, SLP S A, Gemplus Industrial SA de CV v The United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/04/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, Eduardo Magallón Gómez et VV Veeder).

Generation Ukraine, Inc v Ukraine (2003), ICSID Case No ARB/00/9 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Eugen Salpius, Dr Jürgen Voss et Jan Paulsson).

Glamis Gold, Ltd v The United States of America (2009), 48 ILM 1035 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Michael K Young, Prof David D Caron et Kenneth D Hubbard), DOI : <10.1017/S0020782900000346>.

Glencore International AG and CI Prodeco SA v Republic of Colombia (2019), ICSID Case No ARB/16/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Oscar M Garibaldi et J Christopher Thomas).

Global Telecom Holding SAE v Canada (2020), ICSID Case No ARB/16/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Georges Affaki, Gary Born et Prof Vaughan Lowe).

Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela (2014), ICSID Case No ARB(AF)/09/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Prof David AR Williams et Prof Piero Bernardini).

GPF GP Sàrl v Republic of Poland (2020), SCC Case No V 2014/168 153 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kahler, David A R Williams et Prof Philippe Sands).

Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Peru Holdings LLC v Republic of Peru (2019), ICSID Case No UNCT/18/2 (Italaw) (UNCITRAL 2013) (Arbitres : Stephen L Drymer, Prof Brigitte Stern et Juan Fernández-Armesto).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al v United States of America (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Fali S Nariman, Prof James Anaya et John R Crook).

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v Republic of Ghana (2010), ICSID Case No ARB/07/24 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Brigitte Stern, Bernardo Cremades et Toby Landau).

Harry Roberts (USA) v United Mexican States (1926), [1926] RIAA 77, 21 AJIL 357.

H&H Enterprises Investments, Inc v Arab Republic of Egypt (2014), ICSID Case No ARB 09/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Veijo Heiskanen et Hamid Gharavi).

H J Banks & Co Ltd c British Coal Corporation, [1994] Recueil de jurisprudence I-01209, CJCE Affaire No C-128/92 (EUR-Lex) (CECA) (Arbitres : O. Due, G F Mancini, J C Moitinho de Almeida, Diez de Velasco, C N Kakouris, R Joliet, F A Schockweiler, G C Rodríguez Iglesias, F Grévisse, M Zuleeg et P J G Kapteyn).

Horthel Systems BV, Poland Gaming Holding BV and Tesa Beheer BV v Poland (2017), PCA Case No 2014-31 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : J Christopher Thomas, Melanie Van Leeuwen et Laurent Lévy).

Hesham T M Al Warraq v Republic of Indonesia (2014), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Michael Hwang et Fali S Nariman).

Hussein Nuaman Soufraki v The United Arab Emirates, ICSID Case No ARB/02/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Juge Stephen M Schwebel et Dr Aktham El Kholy).

İçkale İnşaat Limited Şirketi v Turkmenistan (2016), ICSID Case No ARB/10/24 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Veijo Heiskanen, Carolyn B Lamm et Prof Philippe Sands).

ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v The Republic of Argentina (2012), PCA Case No 2010-9 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Pierre-Marie Dupuy, Dr Santiago Torres Bernárdez et Hon Marc Lalonde).

Impregilo SpA v Argentine Republic (2011), ICSID Case No ARB/07/17 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Juge Charles N Brower et Prof Brigitte Stern).

Inceysa Vallisoletana SL v Republic of El Salvador (2006), ICSID Case No ARB/03/26 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Oreamuno Blanco, Burton A Landy et Claus von Wobeser).

Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v Republic of Indonesia (2019), PCA Case No 2015-40 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Neil Kaplan, James Spigelman et Prof Muthucumaraswamy Sornarajah).

Infrastructure Services Luxembourg Sàrl and Energia Termosolar BV v Kingdom of Spain (2018), ICSID Case No ARB/13/31 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : J Christopher Thomas, Prof Francisco Orrego Vicuña et Dr Eduardo Zuleta).

International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States (2006), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Agustín Portal Ariosa, Prof Thomas W Wälde et Dr Albert Jan van den Berg).

InterTrade Holding GmbH v The Czech Republic (2012), PCA Case No 2009-12 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : L Yves Fortier, Henri Alvarez et Prof Brigitte Stern).

Invesmart v Czech Republic (2009), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Michael Pryles, Christopher Thomas et Prof Piero Bernardini).

Ioan Micula, Viorel Micula, SC European Food SA, SC Starmill SRL and SC Multipack SRL v Romania [I] (2013), ICSID Case No ARB/05/20 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Laurent Lévy, Dr Stanimir A Alexandrov et Prof Georges Abi-Saab).

Ioannis Kardassopoulos v The Republic of Georgia (2010), ICSID Case No ARB/05/18 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Prof Francisco Orrego Vicuña et Prof Vaughan Lowe).

Isabelle Adine-Blanc c Commission des Communautés européennes, [1998] Recueil de jurisprudence – Fonction publique I-A-00557/II-01683, CJUE Affaire No T-43/97 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance, cinquième chambre) (Arbitres : J Azizi, R Garcia-Valdecasas et M Jaeger).

Isolux Netherlands, BV v Kingdom of Spain (2016), SCC Case V2013/153 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Prof Guido Santiago Tawil, Claus von Wobeser et Yves Derains).

Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd and Agurdino-Chimia JSC v Republic of Moldova (2005), 15 ICSID Rep 45 (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitre : Giuditta Cordero-Moss).

Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt (2008), ICSID Case No ARB/04/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Pierre Mayer et Prof Brigitte Stern).

Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v The Slovak Republic (2012), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Mikhail Wladimiroff et Vojtěch Trapl).

Johann Lühns c Hauptzollamt Hamburg-Jonas, [1978] ECR 00169, CJCE Affaire No C-78/77 (EUR-Lex) (CEE art 177) (Arbitres : H Kutscher, M Sørensen, G Bosco, A M Donner, P Pescatore, A J Mackenzie Stuart et A O’Keeffe).

Joseph Charles Lemire v Ukraine (2011), ICSID Case No ARB/06/18 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, Jan Paulsson et Dr Jürgen Voss).

Joseph Houben v Republic of Burundi (2016), ICSID Case No ARB/13/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Yas Banifatemi et Prof Brigitte Stern).

Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v Czech Republic (2017), PCA Case No 2014-03 (Italaw) (Swiss Federal Act on Private International Law Act, chap 12) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Gary Born et Juge Peter Tomka).

Karkey Karadeniz Elektrik Uretim AS v Islamic Republic of Pakistan (2017), ICSID Case No ARB/13/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Yves Derains, Sir David AO Edward et Dr Horacio A Grigera Naón).

Khan Resources Inc, Khan Resources BV, and Cauc Holding Company Ltd v The Government of Mongolia (2015), PCA Case No 2011-09 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Bernard Hanotiau, Hon L Yves Fortier et Prof David A R Williams).

Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan (2013), ICSID Case No ARB/10/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : J William Rowley, Prof William W Park et Prof Philippe Sands).

Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v Bolivarian Republic of Venezuela (2017), ICSID Case No ARB/11/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : VV Veeder, Hon Marc Lalonde et Prof Zachary Douglas).

Kontinental Conseil Ingénierie v Gabonese Republic (2019), PCA Case No 2015-25 (CA Paris) (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Nassib G Ziadé, Mathias Audit et Pierre Mayer).

- Lanco International Inv v Argentine Republic* (2001), 40 ILM 457, ICSID ARB /97/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Guillermo Aguilar Alvarez et Luiz Olavo Baptista).
- Les Laboratoires Servier, SAA, Biofarma, SAS, Arts et Techniques du Progres SAS v Republic of Poland* (2012), PCA (Italaw), IIC No 604/2012 (IC) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Bernard Hanotiau, Hon Marc Lalonde et Prof William W Park).
- LFH Neer & Pauline Neer (USA) v United Mexican States* (1926), IV RIAA 60, 8 Brit YB Intel L 183 (OLA) (General Claims Commission).
- LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp and LG&E International Inv v The Argentine Republic* (2007), ICSID Case No ARB/02/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Tatiana B de Maekelt, Juge Francisco Rezek et Prof Albert Jan van den Berg).
- Liamco v Government of the Libyan Arab Republic* (1977), [1980] Rev arb 132, Ad hoc Arbitration (Jus Mundi) (ILC 1958) (Arbitre : Dr Sobhi Mahmassani).
- Lighthouse Corporation Pty Ltd and Lighthouse Corporation Ltd, IBC v Democratic Republic of Timor-Leste* (2017), ICSID Case No ARB/15/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Stephen Jagusch et Prof Campbell McLachlan).
- Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan* (2010), ICSID Case No ARB/07/14 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr Kaj Hobér et Prof James Crawford).
- Limited Liability Company Amtó v Ukraine* (2008), SCC Case No 080/2005 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Bernardo M Cremades, Per Runeland et Christer Soderlund).
- Loewen Group, Inc and Raymond L Loewen v United States of America* (2003), ICSID Case No ARB(AF)/98/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Anthony Mason, Juge Abner J Mikva et Lord Mustill).
- Louis Dreyfus Armateurs SAS v Republic of India* (2018), PCA Case No 2014-26 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Jean E Kalicki, Prof Julian DM Lew et J Christopher Thomas).

Luigiterzo Bosca v. Lithuania (2016), PCA Case No 2011-05 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Hon Marc Lalonde, Daniel Price et Prof Brigitte Stern).

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe SA v Republic of Albania (2015), ICSID Case No ARB/11/24 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Rolf Knieper, Dr Yas Banifatemi et Steven A Hammond).

Marion Unglaube v Republic of Costa Rica (2012), ICSID Case No ARB/08/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Judd Kessler, Sir Franklin Berman et Dr Bernardo Cremades).

Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States (2002), ICSID Case No ARB(AF)/99/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Konstantinos D Kerameus, Jorge Covarrubias Bravo et Prof David A Gantz).

Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v Kingdom of Spain (2018), ICSID Case No ARB/14/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : John Beechey, Gary Born et Prof Brigitte Stern).

MCI Power Group LC and New Turbine, Inc v Republic of Ecuador (2007), ICSID Case No ARB/03/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Raúl E Vinuesa, Juge Benjamin J Greenberg et Prof Jaime Irrázabal C).

Merrill and Ring Forestry LP v The Government of Canada (2010), ICSID Case No UNCT/07/1 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Prof Kenneth W Dam et J William Rowley).

Mesa Power Group LLC. v. Government of Canada (2016), PCA Case No 2012-17 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler Hon Charles N Brower et Toby Landau).

Metalclad Corporation v The United Mexican States (2000), ICSID Case No ARB(AF)/97/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Sir Elihu Lauterpacht, Benjamin R Civiletti et José Luis Siqueiros).

Metalpar SA and Buen Aire SA v The Argentine Republic (2008), ICSID Case No ARB/03/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Oreamuno Blanco, Duncan H Cameron et Jean Paul Chabaneix).

- Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan* (2013), ICSID Case No ARB/10/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, John M Townsend et Claus von Wobeser).
- Methanex Corporation v United States of America* (2005), 44 ILM 1343 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : VV Veeder, J William F Rowley, Prof W Michael Reisman), DOI : <10.1017/S0020782900006896>.
- Mohamed Abdel Raouf Bahgat v Egypt* (2019), PCA Case No 2012-07 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Rüdiger Wolfrum, Prof W Michael Reisman et Laurent Lévy).
- MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v Montenegro* (2016), ICSID Case No ARB(AF)/12/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Andrés Rigo Sureda, Emmanuel Gaillard et Brigitte Stern).
- Mondev International Ltd v United States of America* (2002), ICSID Case No ARB(AF)/99/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Ninian Stephen, Prof James Crawford et Juge Stephen M Schwebel).
- Mr Franck Charles Arif v Republic of Moldova* (2013), ICSID Case No ARB/11/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Bernardo M Cremades, Dr Bernard Hanotiau et Dr Rolf Knieper).
- Mr Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc and Alfa El Corporation v Romania* (2015), ICSID Case No ARB/10/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Dr Rudolf Dolzer et Dr Hamid G Gharavi).
- Mr Kristian Almås and Mr Geir Almås v The Republic of Poland* (2016), PCA Case No 2015-13 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Juge James R Crawford, Prof Ola Mestad et Prof August Reinisch).
- MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile* (2004), ICSID Case No ARB/01/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Andrés Rigo Sureda, Hon Marc Lalonde et Rodrigo Oreamuno Blanco).
- Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan* (2015), ICSID Case No ARB/12/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Julian DM Lew, Prof Laurence Boisson de Chazournes et Prof Bernard Hanotiau).

National Grid plc v The Argentine Republic (2008), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Judd Kessler, Alejandro Garro et Andrés Rigo Sureda).

Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc, and Jamie Jurado v The Republic of Panama (2010), ICSID Case No ARB/06/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Dr José María Chillón Medina et Dr Claus von Wobese).

NextEra Energy Global Holdings BV and NextEra Energy Spain Holdings BV v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/14/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Donald M McRae, Hon L Yves Fortier et Prof Laurence Boisson de Chazournes).

Noble Ventures, Inc v Romania (2005), ICSID Case No ARB/01/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Jeremy Lever et Prof Pierre-Marie Dupuy).

Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v The Kingdom of Spain (2018), SCC, Case No 2015/063 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitre : Johan Sidklev).

OAO Tatneft v Ukraine (2014), PCA Case No 2008-8 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Charles Brower, Hon Marc Lalonde et Prof Francisco Orrego Vicuña).

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (2012), ICSID Case No ARB/06/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, David AR Williams et Prof Brigitte Stern).

Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (2004), LCIA Case No UN3467 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Charles N Brower et Dr Patrick Barrera Sweeney).

OI European Group BV v Bolivarian Republic of Venezuela (2015), ICSID Case No ARB/11/25 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juan Fernández-Armesto, Francisco Orrego Vicuña et Alexis Mourre).

Oko Pankki Oyj, VTB Bank (Deutschland) AG and Sampo Bank Plc v The Republic of Estonia (2007), ICSID Case No ARB/04/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : OLO de Witt Wijnen, L Yves Fortier et VV Veeder).

Olin Holdings Ltd v Libya (2018), ICC Case No 20355/MCP (Italaw) (International Chamber of Commerce) (Arbitres : Nayla Comair-Obeid, Roland Ziadé et Ibrahim Fadlallah).

Opel Austria GmbH c Conseil de l'Union européenne, [1997] ECR II-00039, CJUE Affaire No T-115/94 (EUR-Lex) (Tribunal de première instance des Communautés européennes, quatrième chambre) (Arbitres : M K Lenaerts, Juge P Lindh et Juge M J L Cooke).

OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/15/36 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Karl-Heinz Böckstiegel, Dr August Reinisch et Prof Philippe Sands).

Orascom TMT Investments Sà rl v People's Democratic Republic of Algeria (2017), ICSID Case No ARB/12/35 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Albert Jan van den Berg et Prof Brigitte Stern).

Oxus Gold v The Republic of Uzbekistan (2015), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Pierre Tercier, Prof Brigitte Stern et Hon Marc Lalonde).

Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador (2016), ICSID Case No ARB/09/12 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Guido Santiago Tawil, Prof Brigitte Stern et VV Veeder).

Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania (2007), ICSID Case No ARB/05/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Julian Lew, Hon Marc Lalonde et Dr Laurent Lévy).

Pawlowski AG and Project Sever sro v Czech Republic (2021), ICSID Case No ARB/17/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, John Beechey et Prof Vaughan Lowe).

Perenco Ecuador Ltd v Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (2011), ICSID Case No ARB/08/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Peter Tomka, Neil Kaplan et J Christopher Thomas).

Peter A Allard v The Government of Barbados (2016), PCA Case No 2012-06 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Gavan Griffith, Prof Andrew Newcombe et Prof W Michael Reisman).

Peter Franz Vocklinghaus v Czech Republic (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Bohuslav Klein, Laurent Lévy et John Beechey).

Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic (2005), SCC Case No 126/2003 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Prof Ove Bring et Jeroen Smets).

Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd v Sheikh of Abu Dhabi (1951), 18 ILR144.

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay (2016), ICSID Case No ARB/10/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Gary Born et Juge James Crawford).

Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping An Insurance (Group) Company, Limited v The Government of Belgium (2015), ICSID Case No ARB/12/29 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Lord Collins of Mapesbury, Prof Philippe Sands et David AR Williams).

Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria (2008), ICSID Case No ARB/03/24 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Carl F Salans, Prof Albert Jan van den Berg et VV Veeder).

PNG Sustainable Development Program Ltd v Independent State of Papua New Guinea (2015), ICSID Case No ARB/13/33 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Gary Born, Hon Duncan Kerr et Dr Michael Pryles).

Pope & Talbot Inv v The Government of Canada (2002), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Lord Dervaird, Hon Benjamin J Greenberg et Murray J Belman).

Postova banka, AS and ISTROKAPITAL SE v Hellenic Republic (2015), ICSID Case No ARB/13/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Eduardo Zuleta, Prof Brigitte Stern et John M Townsend).

PSEG Global, Inc, The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v Republic of Turkey (2007), ICSID Case No ARB/02/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, L Yves Fortier et Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler).

PV Investors v Spain (2020), PCA Case No 2012-14 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Hon Charles N Brower et Bernardo Sepúlveda-Amor).

Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplún v Plurinational State of Bolivia (2015), ICSID Case No ARB/06/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Hon Marc Lalonde et Prof Brigitte Stern).

Railroad Development Corporation (RDC) v Republic of Guatemala (2012), ICSID Case No ARB/07/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Hon Stuart E Eizenstat et Prof James Crawford).

Renée Rose Levy de Levi v The Republic of Peru (2014), ICSID Case No ARB/10/17 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Rodrigo Oreamuno, Prof Bernard Hanotiau et Prof Joaquín Morales Godoy).

Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru (2015), ICSID Case No ARB/11/17 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dr Eduardo Zuleta et Prof Raúl E Vinuesa).

Renta 4 SVSA, Ahorro Corporación Emergentes FI, Ahorro Corporación Eurofondo FI, Rovime Inversiones SICAV SA, Quasar de Valores SICAV SA, Orgor de Valores SICAV SA, GBI 9000 SICAV SA v The Russian Federation (2012), SCC No 24/200 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Charles N Brower, Toby T Landau et Jan Paulsson).

Republic of Ecuador v United States of America (2012), PCA Case No 2012-5 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Luiz Olavo Baptista, Prof Raúl Emilio Vinuesa et Prof Donald M McRae).

Ronald S Lauder v The Czech Republic (2001), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Lloyd Cutler, Bohuslav Klein et Robert Briner).

Ron Fuchs v The Republic of Georgia (2010), ICSID Case No ARB/07/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : L Yves Fortier, Prof Francisco Orrego Vicuña et Prof Vaughan Lowe).

RosInvestCo UK Ltd v The Russian Federation (2010), SCC Case No V079/2005 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Dr Karl-Heinz Böckstiegel, Hon Lord Steyn et Sir Franklin Berman).

RREEF Infrastructure (GP) Limited and RREEF Pan European;Infrastructure Two Lux Sà rl v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/13/30 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Alain Pellet, Prof Pedro Nikken et Prof Robert Volterra).

Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan (2008), ICSID Case No ARB/05/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Stewart Boyd, Marc Lalonde et Bernard Hanotiau).

Rupert Joseph Binder v Czech Republic (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Prof Jürgen Creutzig et Prof Emmanuel Gaillard).

Rusoro Mining Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela (2016), ICSID Case No ARB(AF)/12/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, Prof Francisco Orrego Vicuña et Juge Bruno Simma).

RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa SAU v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/14/34 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Anna Joubin-Bret, Judd L Kessler et Samuel Wordsworth).

Saipem SpA v The People's Republic of Bangladesh (2009), ICSID Case No ARB/05/07 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Christoph H Schreuer et Philip Otton).

Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v The Hashemite Kingdom of Jordan (2006), ICSID Case No ARB/02/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Bernardo Cremades et Ian Sinclair).

Saluka Investments BV v The Czech Republic (2006), PCA Case No 2001-04 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Arthur Watts, L Yves Fortier et Dr Peter Behrens).

Sanum Investments Limited v Lao People's Democratic Republic (2019), PCA Case No 2013-13 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Prof Bernard Hanotiau et Prof Brigitte Stern).

SAUR International SA v Republic of Argentina (2014), ICSID Case No ARB/04/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Juan Fernández-Armesto, Prof Bernard Hanotiau et Prof Christian Tomuschat).

Sea-Land Service, Inc v The Government of the Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization (1984), IUSCT Case No 33 (Iran-United States Claims Tribunal) (Arbitres : Gunnar Lagergren, Howard M Holtzmann et Mahmoud Kashani).

Sempra Energy International v The Argentine Republic (2007), ICSID Case No ARB/02/16 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Hon Marc Lalonde et Dr Sandra Morelli Rico).

Señor Tza Yap Shum v The Republic of Peru (2011), ICSID Case No ARB/07/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Judd Kessler, Hernando Otero et Prof Juan Fernández-Armesto).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v The Government of Mongolia (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Marc Lalonde, Dr Horacio A Grigera Naón et Prof Brigitte Stern).

SD Myers, Inc v Government of Canada (2000), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Bryan Schwartz, Bob Rae et Prof J Martin Hunter).

SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan (2003), ICSID Case No ARB/01/13 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Florentino P Feliciano, André Faurès et J Christopher Thomas).

SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines (2004), ICSID Case No ARB/02/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Ahmed S El-Kosheri, Prof James Crawford et Prof Antonio Crivellaro).

SGS Société Générale de Surveillance SA v The Republic of Paraguay (2012), ICSID Case No ARB/07/29 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Stanimir A Alexandrov, Donald Francis Donovan et Dr Pablo García Mexía).

Siemens AG v The Argentine Republic (2007), ICSID Case No ARB/02/8 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Andrés Rigo Sureda, Juge Charles N Brower et Prof Domingo Bello Janeiro).

Société française des Biscuits Delacre ea c Commission des Communautés européennes, [1990] Recueil de jurisprudence I-00395, CJCE Affaire No C-350/88 (EUR-Lex) (Cour, deuxième chambre) (Arbitres : F A Schockweiler, G F Mancini et T F O'Higgins).

Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA v The Dominican Republic (2008), LCIA Case No UN 7927 (UNCITRAL 1976) (Arbitres : R Doak Bishop, Bernardo Cremades et Prof Francisco Orrego Vicuña).

SolEs Badajoz GmbH v Kingdom of Spain (2019), ICSID Case No ARB/15/38 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Joan E Donoghue, Prof Giorgio Sacerdoti et David A R Williams).

Stadtwerke Munchen, RWE Innogy GmbH and others v Spain (2019), ICSID Case No ARB/15/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Kaj Hobér et Prof Zachary Douglas).

Spyridon Roussalis v. Romania (2011), ICSID Case No ARB/06/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Andrea Giardina, Michael Reisman et Bernard Hanotiau).

ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria (2013), PCA Case No 2011-06 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Prof Brigitte Stern, Bohuslav Klein et J Christopher Thomas).

Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc and others v The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Markazi Iran and others (1987), 16 IUSCT Case No 24 112 (Iran-United States Claims Tribunal) (Arbitres : Gunnar Lagergren, Howard M Holtzmann et Koorosh-Hossein Ameli).

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA v Argentine Republic (2015), ICSID Case No ARB/03/19 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken).

Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona SA & InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v The Argentine Republic (2006), ICSID Case No ARB/03/17 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Jeswald W Salacuse, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Prof Pedro Nikken).

Supervision y Control SA v Republic of Costa Rica (2017), ICSID Case No ARB/12/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Claus von Wobeser, Joseph P Klock Jr et Dr Eduardo Silva Romero).

Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Limited and others v Kingdom of Lesotho (2017), [2017] SGHC 195, PCA Case No 2013-29 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitre : Juge Kannan Ramesh).

Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States (2003), ICSID Case No ARB AF/00/2 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Horacio A Grigera Naon, Prof José Carlos Fernandez Rozas et Carlos Bernal Vereza).

TECO Guatemala Holdings, LLC v The Republic of Guatemala (2013), ICSID Case No ARB/10/23 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Alexis Mourre, Prof William W Park et Dr Claus von Wobeser).

The Renco Group Inv v Republic of Peru I (2014), ICSID Case No UNCT/13/1 (Italaw) (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Dr Michael J Moser, Hon L Yves Fortier et Toby T Landau).

Teinver SA, Transportes de Cercanías SA and Autobuses Urbanos del Sur SA v The Argentine Republic (2017), ICSID Case No ARB/09/1 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Thomas Buergenthal, Henri C Alvarez et Dr Kamal Hossain).

Telenor Mobile Communications AS v The Republic of Hungary (2006), ICSID Case No ARB/04/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Roy Goode, Nicholas W. Allard et Arthur L Marriott).

Texaco-Caliasiatic c Gouvernement libyen (1977), 104 JDI 350, Ad hoc Arbitration (Jus Mundi) (Arbitre : René-Jean Dupuy).

The Rompetrol Group NV v Romania (2013), ICSID Case No ARB/06/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Franklin Berman, Donald Francis Donovan et Hon Marc Lalonde).

Tidewater Inc, Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, CA, et al v The Bolivarian Republic of Venezuela (2015), ICSID Case No ARB/10/5 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Campbell McLachlan, Dr Andrés Rigo Sureda et Prof Brigitte Stern).

Togo Electricité and GDF-Suez Energie Services v Republic of Togo (2010), ICSID Case No ARB/06/7 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Ahmed S El-Kosheri, Marc Grüninger et Hon Marc Lalonde).

Tokios Tokelés v Ukraine (2007), ICSID Case No ARB/02/18 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Lord Mustill, Prof Piero Bernardini et Daniel M Price).

Total SA v The Argentine Republic (2013), ICSID Case No ARB/04/01 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Giorgio Sacerdoti, Henri Alvarez et Luis Herrera Marcano).

Toto Costruzioni Generali SpA v The Republic of Lebanon (2012), ICSID Case No ARB/07/12 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Hans van Houtte, Juge Stephen M Schwebel et Fadi Moghaizel).

Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v Republic of Turkey (2014), ICSID Case No ARB/11/28 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Gavan Griffith, Michael Evan Jaffe et Dr Rolf Knieper).

UAB E energija (Lithuania) v Republic of Latvia (2017), ICSID Case No ARB/12/33 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Paolo Michele Patocchi, Dr August Reinisch et Samuel Wordsworth).

Ulysseas, Inc v The Republic of Ecuador (2012), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Prof Piero Bernardini, Prof Michael Pryles et Prof Brigitte Stern).

Unión Fenosa Gas, SA v Arab Republic of Egypt (2018), ICSID Case No ARB/14/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : VV Veeder, J William Rowley et Mark Clodfelter).

Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v The Argentine Republic (2016), ICSID Case No ARB/07/26 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Andreas Bucher, Prof Pedro J Martínez-Fraga et Prof Campbell McLachlan).

Valeri Belokon v Kyrgyz Republic (2014), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Kaj Hober, Niels Schiersing et Jan Paulsson).

Valores Mundiales, SL and Consorcio Andino SL v Bolivarian Republic of Venezuela (2017), ICSID Case No ARB/13/11 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Eduardo Zuleta, Dr Horacio A Grigera-Naón et Dr Yves Derains).

Van den Bergh en Jurgens BV et Van Dijk Food Products (Lopik) BV contre Commission des Communautés européennes, [1987] ECR 01155, CJCE Affaire No C-265/85 (EUR-Lex) (CEE art 215) (Arbitres : Mackenzie Stuart, Y Galmot, C Kakouris, F Schockweiler, T Koopmans, U Everling, R Joliet, J C Moitinho de Almeida et G C Rodríguez Iglesias).

Vannessa Ventures Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela (2013), ICSID Case No ARB(AF)04/6 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Vaughan Lowe, Hon Charles N Brower et Prof Brigitte Stern).

Vassilis Mavridis c Parlement européen, [1983] Recueil de jurisprudence 01731, CJCE Affaire No C-289/81 (EUR-Lex) (Cour, deuxième chambre) (Arbitres : P Pescatore, O Due et K Bahlmann).

Venezuela Holdings, BV, et al v Bolivarian Republic of Venezuela (2014), ICSID Case No ARB/07/27 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Juge Gilbert Guillaume, Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler et Dr Ahmed Sadek El-Kosheri).

Vestey Group Ltd v Bolivarian Republic of Venezuela (2016), ICSID Case No ARB/06/4 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Gabrielle Kaufmann-Kohler, Prof Horacio Grigera Naón et Prof Pierre-Marie Dupuy).

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation (2014), PCA Case No 2005/05AA228 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Dr Charles Poncet et Juge Stephen M Schwebel).

Vigotop Limited v Hungary (2014), ICSID Case No ARB /11/22 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Dr Klaus Sachs, Doak Bishop et Dr Veijo Heiskanen).

Vincent J Ryan, Schooner Capital LLC, and Atlantic Investment Partners LLC v Republic of Poland (2015), ICSID Case No ARB(AF)/11/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof Francisco Orrego Vicuña, Prof Claus von Wobeser et Makhdoom Ali Khan).

Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v The Arab Republic of Egypt (2009), ICSID Case No ARB/05/15 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : David A R Williams, Prof Michael Pryles et Prof Francisco Orrego Vicuña).

Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic (2008), ICSID Case No ARB/04/14 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Fali S Nariman, Dr Santiago Torres Bernárdez et Prof Piero Bernardini).

Walter Bau AG (in liquidation) v The Kingdom of Thailand (2009), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Sir Ian Barker, Hon Marc Lalonde et Jayavadh Bunnag).

Waste Management, Inc v United Mexican States (II) (2004), ICSID Case No ARB(AF)/00/3 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : Prof James Crawford, Benjamin R Civiletti et Eduardo Magallón Gómez).

White Industries Australia Limited v The Republic of India (2011), UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon Charles N Brower, Christopher Lau et J William Rowley).

William Nagel v The Czech Republic (2003), SCC Case No 49/2002 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitres : Juge Hans Danelius, Prof J Martin Hunter et Prof Dr Herbert Kronke).

Windstream Energy LLC v Government of Canada (2016), PCA Case No 2013-22 (UNCITRAL 2010) (Arbitres : Dr Veijo Heiskanen, R Doak Bishop et Dr Bernardo Cremades).

WNC Factoring Limited v The Czech Republic (2017), PCA Case No 2014-34 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Dr Gavan Griffith, Prof Robert Volterra et Juge James Crawford).

Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd v Government of the Union of Myanmar (2003), ASEAN Case No ARB/01/1, 42 ILM 540 (Italaw) (International Center for Settlement of Investment Disputes) (Arbitres : James Crawford, Francis Delon et Sompong Sucharitkul).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation (2014), PCA Case No 2005-04/AA227 (Italaw) (UNCITRAL 1976) (Arbitres : Hon L Yves Fortier, Dr Charles Poncet et Juge Stephen M Schwebel).

Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanova v Republic of Moldova (2013), SCC Case No V091/2012 (Italaw) (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) (Arbitre : Bengt Sjövall).

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE
INTERNATIONALE ET DES TRIBUNAUX DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c République démocratique du Congo), [2007] CIJ Rec 582, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgique c Espagne), [1970] CIJ Rec 3, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire de l'application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-république yougoslave de Macédoine v Grèce), [2011] CIJ Rec 644, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/142/142-20111205-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire de la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, Avis consultatif, [2010] CIJ Rec 403, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-FR.pdf>.

Affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c Sénégal), [1991] CIJ Rec 53, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/142/142-20111205-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire des essais nucléaires (Australie c France), [1974] CIJ Rec 253, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique), [2003] CIJ Rec 161, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique), [1996] CIJ Rec 803, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire du détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Albanie), [1949] CIJ Rec 4, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire du droit de passage sur le territoire indien (Portugal c Inde), [1960] CIJ Rec 6, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/32/032-19600412-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire du plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark), [1969] CIJ Rec 3, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire du plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne c Malte), [1985] CIJ Rec 13, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19850603-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire du Sud-Ouest africain, deuxième phase, [1966] CIJ Rec 6, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/46/046-19660718-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire Oscar Chinn (Royaume Uni c Belgique) (1934), CPJI (sér A/B) n° 63, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf>.

Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c France), [2008] *CIJ Rec* 177, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à certains biens (Liechtenstein c Allemagne), [2005] *CIJ Rec* 6, en ligne (pdf) : <icj-cij.org/public/files/case-related/123/123-20050210-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à certains emprunts norvégiens (France c Norvège), [1957] *CIJ Rec* 9, en ligne (pdf) : <icj-cij.org/public/files/case-related/29/029-19570706-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Espagne c Canada), [1998] *CIJ Rec* 432, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/96/096-19981204-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande), [1973] *CIJ Rec* 49, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/56/056-19730202-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c Kenya), [2017] *CIJ Rec* 3, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20170202-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] *CIJ Rec* 226, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c Allemagne), [2004] *CIJ Rec* 720, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/108/108-20041215-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c Allemagne), « Audience publique sous la présidence de M Shi » (21 avril 2004), [2004] *CIJ CR* (vol 14) 1, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/106/106-20040421-ORA-01-00-BI.pdf>.

Affaire relative à l'obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie v Chili), [2018] CIJ Rec 507, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative au statut international du Sud-Ouest africain, Avis consultatif, [1950] CIJ 128, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative aux questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor Leste c Australie), Ordonnance du 3 mars 2014, [2014] CIJ Rec 147, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/156/156-20140303-ORD-01-00-FR.pdf>.

Affaire relative aux réserves à la Convention sur le génocide, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 15, en ligne (pdf) : *CIJ* <icj-cij.org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-FR.pdf>.

Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne (1925), Avis consultatif, CPJI (série B) n° 12.

Le Procureur v Erdemovic, IT 96-22, Opinion dissidente du Juge Cassese relative à l'arrêt (7 octobre 1997) (Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne (pdf) : *TPIY* <icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-adojcas971007f.pdf>.

Service postal polonais à Dantzig (1925), Avis consultatif, CPJI (série B) n° 11.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : TRAITÉS ET DOCUMENTS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994).

Banque internationale pour la reconstruction et le développement (1965), *Rapport des administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 15 CIRDI 35, en ligne (pdf) : *ICSID* <icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>.

Banque mondiale, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, Banque mondiale, 2020, en ligne : openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf.

Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du comité 16 juin–24 juillet 1920 avec Annexes*, Ligue des Nations, 15^e séance, CPJI, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920, en ligne (pdf) : ia800900.us.archive.org/6/items/procsverbauxof00leaguoft/procsverbauxof00leaguoft.pdf.

Commission du droit international, *Rapport sur la soixante-dixième session*, Doc off NU, 2018, supp n° 10, Doc NU A/73/10, en ligne (pdf) : undocs.org/pdf?symbol=fr/A/73/10.

Commission du droit international, *Rapport sur la soixante-huitième session*, Doc off NU, 2016, supp n° 10, Doc NU A/71/10, en ligne (pdf) : legal.un.org/ilc/reports/2016/french/a_71_10.pdf.

Commission du droit international, *Expulsion des étrangers : Étude du Secrétariat*, Doc off AG NU, 58^e sess, Doc NU A/CN.4/565 (2006).

Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques (Plaintes des États-Unis) (1998), OMC Doc WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R au para 84 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?DataSource=Cat&query=@Symbol=WT/DS62/AB/R&Language=French&Context=ScriptedSearches&languageUIChanged=true.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), en ligne (pdf) : legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf.

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 : Les zones économiques spéciales. Repères et vue d'ensemble*, Genève, NU, 2019, en ligne (pdf) : unctad.org/fr/system/files/official-document/wir2019_overview_fr.pdf.

CNUCED, *Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, New York, Genève, NU, 2012, en ligne (pdf) : unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général, Association du droit international, résolution 16/2000, 29 juillet 2000.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al) (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <[docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds58/ab/r*%20not%20rw*\)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds58/ab/r*%20not%20rw*)&Language=FRENCH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)>.

Institut de Droit International, *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, 18^e Commission, Session de Tokyo (13 septembre 2013), 29:3 ICSID Rev – Foreign Inv LJ 701.

OCDE, *Résolution du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, n° de doc OECD/LEGAL/0084, 2020, en ligne (pdf) : OCDE <legalinstruments.oecd.org/public/doc/242/242.fr.pdf>.

OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Policy Framework for Investment – User's tool kit*, 2011, en ligne : <oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>.

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, 2005, en ligne : <oecd.org/regreform/34978350.pdf>.

OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, document de travail sur l'investissement international n°2004/04 (2004), DOI : <10.1787/871821182042>

OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements*, documents de travail sur l'investissement international n°2004/03 (2004), DOI : <10.1787/616018623408>.

Rapport de la Commission du droit international, (A/CN.4/732) soixante et onzième session 2019, 1^{er} rapport sur les principes généraux de droit.

« Report of the Commission on the work of the second part of its seventeenth Session » (Doc Nu A/6309/Rev.1) dans *Yearbook of the International Law Commission 1966*, vol 2, New York, UN, 1967, 169 (A/CN.4/SER.A/1966/Add 1).

Statut de la Cour internationale de Justice, annexe à la *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, 15 CNUOI 365 (entrée en vigueur : 26 juin 1945), en ligne : CIJ <[icj-cij.org/fr/statut](http://www.icj-cij.org/fr/statut)>.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 (entré en vigueur : 1^{er} juillet 2002), en ligne (pdf) : CPI <[icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf)>.

Traité sur la Charte de l'énergie, 17 décembre 1994, [1998] RO 2734 (entrée en vigueur : 16 avril 1998), en ligne (pdf) : *EnergyCharter* <energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf>.

Vascianni, Stephen C, « Fair and Equitable Treatment in International Investment Law » dans *Yearbook of the International Law Commission 2011*, vol 2, partie 2, annexe 4, New York, Genève, NU, 2018 (Doc NU A/CN.4/SER.A/2011/Add.1).

Vázquez-Bermúdez, Marcelo, Commission du droit international, *Premier rapport sur les principes généraux du droit*, Doc off AG NU, 71^e sess, DOC NU A/CN.4/732 (2019), en ligne (pdf) : NU <digitallibrary.un.org/record/3805756>.

Waldock, Humphrey, « Troisième rapport sur le droit des traités » (Doc NU A/CN.4/167 et Add.1 à 3) dans *Annuaire de la Commission du Droit International 1964*, vol 2, New York, NU, 1965 (A/CN. 4/SER. A/1964/ADD. 1), en ligne (pdf) : OLC <legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1964_v2.pdf>.

LÉGISLATION

Protection of Investment Act, (Afr du Sud), n° 22 de 2015, Gov Gaz 606:39514, en ligne : CNUCED <investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/157/south-africa-investment-act>.

Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación, (Espagne), 2019 Boletín Oficial d'El Estado n° 282 s 1, 129281, en ligne : *Boletín Oficial* <<https://www.boe.es/boe/dias/2019/11/23/pdfs/BOE-A-2019-16862.pdf>>

JURISPRUDENCE

Agin v City of Tiburon (1980), 447 US 255, 100 S Ct 2138.

Agraira v Canada (Sécurité publique et Protection civile), [2013] CSC 36, [2013] 2 RCS 559.

Baker v Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817, 1999 CanLII 699.

BCE Inc c Détenteurs de débentures de 1976, 2008 CSC 69, [2008] 3 RCS 560, en ligne (pdf) : CSC <scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/6238/1/document.do>.

Canada (procureur général) c Mavi, 2011 CSC 30, [2011] 2 RCS 504, en ligne (pdf) : CSC <scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/7944/1/document.do>.

Centre hospitalier Mont-Sinaï v Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), [2001] CSC 41, [2001] 2 RCS 281.

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (GCHQ case), [1985] 1 AC 374, [1985] ICR 14, [1984] 3 All ER 935.

Kaiser Aetna v United States (1979), 444 US 175.

Keystone Bituminous Coal Ass'n v DeBenedictis (1987), 480 US 470, 107 S Ct 1232.

Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA and others, 2005 UKHL 43, [2006] AC 221.

Lucas v South Carolina Coastal Council (1992), 505 US 1003, 112 S Ct 2886.

Naegele Outdoor Advertising, Inv v City of Durham (1992), 803 F Supp 1068 (MDNV 1992).

Ng Siu Tung v Director of Immigration, [2002] 5 HKCFAR 1.

Penn Central Transportation Co v New York City (1978), 438 US 104, 98 S Ct 2646, 57 L Ed 2d 631 (LII) (Justia).

R (Bibi) v Newham London Borough Council, [2002] 1 WLR 237 (R-U).

R c Marakah, 2017 CSC 59, [2017] 2 RCS 608, en ligne (pdf) : CSC <sc-csc.lexum.com/sc-csc/sc-csc/fr/16896/1/document.do>.

Re 56 Denton Rd, Twickenham, Middlesex: wrongful demolition of property, [1953] 1 Ch 51.

Regina v North and East Devon Health Authority ex parte Coughlan and Secretary of State for Health Intervenor and Royal College of Nursing Intervenor (1999), [2001] 1 QB 213, [1999] Lloyds LR 305, [2000] 3 All ER 850 (1999), [1999] Lloyd's Rep Med 306.

Regina v East Sussex Country Council, ex parte Reprotect, Plebsham, 2002 UKHL 8.

Regina v Secretary of State for Home Department and Governor of Her Majesty's Prison Risley ex parte Hargreaves, Briggs and Green, [1997] 1 WLR 906 (R-U).

Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; ex parte Lam, [2003] HC Austl 6, 214 CLR 1.

Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes, [2009] ZACC 16, [2009] BCLR 847, [2010] 3 SA 454 (CC S Afr).

Ridge v Baldwin, [1963] UKHL 2, [1964] AC 40.

R v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food; ex parte Hamble (Offshore) Fisheries Ltd, [1995] 2 All ER 714.

R v North and East Devon Health Authority; ex parte Coughlan, [2001] QB 213, [2000] 3 All ER 850.

R v Secretary of State for Education and Employment; ex parte Begbie, [2000] 1 WLR 1115 (R-U), [2000] ELR 445.

Schmidt and Another v Secretary of State for Home Affairs, [1969] 2 WLR 337, [1969] 2 Ch 149, [1969] 1 All ET 904.

Singh v Auckland District Law Society, [2000] 2 NZLR 604.

SVFP v Ontario (Ministre du Travail), [2003] CSC 29, [2003] 1 RCS 539.

Travis Holdings Ltd v Christchurch City Council, [1993] 3 NZLR 32.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Affaires mondiales Canada, *Modèle d'API*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2021, en ligne : international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_modele_apie.aspx?lang=fra#article-8

Affaires mondiales Canada, *Modèle d'API*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2004.

Inde, Law Commission, *Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty* (Rapport N° 260) New Delhi, Government of India, 2015, en ligne (pdf) : lawcommissionofindia.nic.in/reports/Report260.pdf.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Baxter, Richard, « Treaties and Custom » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 129, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1970, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028616622_02>.

Berlia, Georges, « Contribution à l'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 114, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1965, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028615120_04>.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

Calmes, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001.

Cheng, Bin, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1^{ère} réimpression, Cambridge, Grotius publications limited, 1987.

Chow, Joel Sherad, Nadine Quah et Zhao Jingtong, *Joint Interpretation of Investment Treaties: A Study on Existing Practice, Legal Character and Strategies for Implementation*, rapport pour le Gouvernement du Royaume de Thaïlande, Singapour Centre for International Law, National University of Singapore, Trade Lab, 2020.

Daillier, Patrick, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international Public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009.

- Dezalay, Yves et Bryant G Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.
- Dinstein, Yoram, « The Interaction between Customary International Law and Treaties » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 322, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 2006, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004161016_02>.
- Dolzer, Rudolf et Christoph H Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012, DOI : <10.1093/law/9780199651795.001.0001>.
- Douglas, Zachary, *The International Law Investment claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Dugan, Christopher F et al, *Investor-State Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, DOI : <10.1093/law:iic/9780379215441.book.1>.
- Dumberry, Patrick, *A Guide to International Principles of Law In International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Dumberry, Patrick, *Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status*, Boston, Brill, 2018.
- Dumberry, Patrick, *The Fair and Equitable Treatment Standard, A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Toronto, Wolters Kluwer, 2013.
- Dupuy, Pierre-Marie et Yann Kerbat, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, Dalloz, 2008.
- Ehrlich, Ludwik, « L'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 24, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1928, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028606128_01>.
- Ferrari Bravo, Luigi, « Méthodes de Recherche de la coutume internationale dans la pratique des États » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 192, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1985, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024733736_02>.
- Franck, Thomas M, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1998, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198267850.001.0001>.

- Gaillard, Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2008.
- Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Gazzini, Tarcisio, *Interpretation of international Investment Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2016.
- Gutteridge, H C, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Londres, Cambridge University Press, 1946.
- Islam, Rumana, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration. Developing Countries in Context*, Singapour, Springer, 2018.
- Hai Yen, Trinh, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 2014.
- Herczegh, Geza, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akademia Kiado, 1969.
- Juillard, Patrick, « L'évolution des sources du droit de l'investissement » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 250, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1998, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041104199_01>.
- Kelsen, Hans, *Introduction to the problem of legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, DOI : <10.1017/CBO9780511493713>.
- Kläger, Roland, *Fair and Equitable Treatment in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Kulick, Andreas A, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Künnecke, Martina, *Tradition and change in administrative law: an Anglo-German Comparison*, Heidelberg, Springer Verlag, 2007.

- La Fontaine, Henri, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, La Hague, Boston, Nijhoff, 1997.
- Lauterpacht, Hersch, « Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 48, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1934, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608528_08>.
- Lauterpacht, Hersh, *Private Law sources and analogies of international law*, Londres, Longmans 1927.
- Lavie, Jean-Pierre, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, Graduate Institute Publications, 1985, en ligne : [OpenEdition <books.openedition.org/iheid/4184?lang=fr>](http://books.openedition.org/iheid/4184?lang=fr).
- Makowski, Julien, « L'organisation actuelle de l'arbitrage international » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 36, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1931.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore et Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantielle Principles*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2017, DOI : <10.1093/law/9780199676798.001.0001>.
- McNair, Lord, *Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 1961, DOI : <10.1093/law/9780198251521.001.0001>.
- Nanteuil, Arnaud de, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.
- Newcombe, Andrew et Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2009.
- Nikiéma, Suzy, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Genève, Pairs. The Graduate Institute, Presses universitaires de France, 2012.
- Palombino, Fulvio Maria, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, La Haye, TMC Asser Press, 2018.
- Paparinskis, Martins, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

- Perelman, Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit au-delà du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.
- Picavet, Emmanuel, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- Radi, Yannick, *La standardisation et le droit international. Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- Ranjan, Prabhash et al, *India's Model Bilateral Investment Treaty: Is India Too Risk Averse?*, New Delhi, Brookings India Impact Series, 2018, en ligne (pdf) : *CSEP* <csep.org/wp-content/uploads/2018/08/India%E2%80%99s-Model-Bilateral-Investment-Treaty-2018.pdf>.
- Reisman, Michael W, *L'École de New Haven de droit international*, Paris, Pedone : Paris, 2010.
- Ripert, Georges, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale) » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 44, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1933, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028608122_06>.
- Rousseau, Charles, *Principes généraux du droit international public*, t 1, Paris, Pedone, 1944.
- Roth, Andreas Hans, *The minimum standard of international law applied to aliens*, Leyde, Sijthoff, 1949, en ligne (pdf) : *PCS* <files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/1.%20Investors/4.%20Legal%20Authorities/CA278.pdf>.
- Salacuse, Jeswald W, *The law of investment treaties*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2015, DOI : <10.1093/law/9780198703976.001.0001>.
- Salmon, Jean, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Boston, Brill, 1991.
- Scheuner, Ulrich, « L'influence du droit interne sur la formation du droit international » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 68, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1932, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610521_02>.

- Schill, Stephan W, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199589104.003.0005>.
- Schønberg, Soren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198299479.001.0001>.
- Schreuer, Christoph H et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Schwarzenberger, Georg, *The inductive approach to International Law*, Londres, Stevens 1965.
- Searle, John R, *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998.
- Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd, Manchester, Manchester University Press, 1984.
- Sørensen, Max, « Principes de droit international public : Cours Général » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 101, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1960, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028613829_01>.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Sur, Serge, *L'interprétation du droit public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.
- Sureda, Andres Rigo, *Investment Treaty Arbitration. Judging Under Uncertainty*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Thirlway, Hugh, *The sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Tunkin, G I, *Problems of the Theory of international Law*, Budapest, 1964.

- Van Damme, Isabelle, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford, Oxford University Press, 2009, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199562237.001.0001>.
- Van Harten, Gus, *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- Van Harten, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Vattel, Emer de, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, vol 1, traduit par Charles G Fenwick, Genève, Henry Dunant Institute, 1983.
- Venzke, Ingo, *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*, Oxford, Oxford University Press, 2012, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199657674.001.0001>.
- Verhoeven, Joe, « Considérations de ce qui est commun. Cours général de droit international public » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 334, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 2002, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004172890_01>.
- Verhoeven, Joe, *Droit International Public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- Villiger, Mark E, *Commentary on the 1969 Vienna Convention of the Laws of Treaties*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2009.
- Villiger, Mark E, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, Boston, Lancaster, Nijhoff, 1985.
- Virally, Michel, *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, DOI : <10.4000/books.iheid.4377>.
- Visscher, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970.
- Vissher, Charles de, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967.
- Visscher, Charles de, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international*, Paris, Pedone, 1963.

- Visser, Charles de, « Cours Général de Principes de Droit International Public » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 86, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1954, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028612327_05>.
- Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Édimbourg, Scottish Academic Press, 1974.
- Weeramantry, J Romesh, *Treaty Interpretation In Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Weil, Prosper, « Le droit international en quête de son identité » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 237, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1992, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789041102355_01>.
- Weiler, Todd, *The interpretation of investment international Law: Equality, Discrimination and Minimum Standard of Treatment in Historical Context*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2013.
- Waibel, Michael et Yanhui Wu, « Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration » (2017) ASIL Research Forum, University of Southern California, document de travail, en ligne (pdf): *Yanhui Wu* <yanhuiwu.com/documents/arbitrator.pdf>.
- Wolff, Karl, « Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol 36, Leyde, Boston, Brill, Nijhoff, 1931, DOI : <10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028607323_06>.
- Wongkaew, Teerawat, *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- Zarbiyev, Fuad, *Le discours interprétatif en droit international contemporain : un essai critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

DOCTRINE : ARTICLES

- Aaken, Anne van, « Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Protection » (2006) 17 Finnish YB Intl L 91.
- Ashenfelter, Orley, « Arbitrator Behavior » (1987) 77:2 Am Econ Rev 342.

- Ashenfelter, Orley et David E Bloom, « Models of Arbitrator Behavior: Theory and Evidence » (1984) 74:1 Am Econ Rev 111.
- Aubry, Hélène, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime » (2005) 57:3 RIDC 627.
- Bachand, Rémi, « Quatre strates du droit international analysées du point de vue des subalternes » (2011) 24:1 RQDI 1, 2011 CanLIIDocs 359, en ligne : *CanLII* <canlii.ca/t/x7bd>.
- Bachand, Rémi, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XX^e siècle » (2006) [2006]:1 Rev b dr Intern 173.
- Balkin, Jack M, « Deconstructive Practice and Legal Theory » (1987) 96:4 Yale LJ 743, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=fss_papers>.
- Barberis, Julio A, « Réflexions sur la coutume internationale » (1990) 36 AFDI 9, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1990_num_36_1_2952>.
- Bělohávek, Alexander J, dir, « Application and Interpretation of International » (2017) 8 Czech YB Intl L 1.
- Bernardini, Piero, « Reforming investment State Dispute Settlement, the need to balance both parties' interests » (2017) 32:1 ICSID Rev/FILJ 38, DOI : <10.1093/icsidreview/siw035>.
- Brower, Charles H, « Investor State disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back » (2001) 40 Colum J Transnat'l L 43, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.wayne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=lawfrp>.
- Brown, Chester, « The Protection of Legitimate Expectations As A 'General Principle of Law': Some Preliminary Thoughts » (2009) [2009]:1 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1303>
- Brunon-Ernst, Anne, « Concurrence des normativités » (2018) 14 R études benthamiennes 845, DOI : <10.4000/etudes-benthamiennes.845>.
- Buffard, Isabelle et Karl Zemanek, « Object and Purpose of a Treaty: An Enigma? » (1998) 3:1 Aus Rev Intl & Eur L 311, DOI : <10.1163/157365198X00177>.
- Carretero, Mateus Aimoré, « Burden and Standard of Proof in International

- Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability » (2016) 13:49 RBA 82, en ligne : *SSRN* <ssrn.com/abstract=2759120>.
- Castillo, Yadira, « Does a higher threshold of responsibility translate into greater possibilities for defending domestic regulatory measures? The fair and equitable standard of treatment in Latin American countries with emphasis in Colombia » (2019) 6:5 McGill J Dispute Resolution 132, en ligne : *MJDR* <mjdrrdm.ca/s/548>.
- Cazala, Julien, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international » (2009) 23:1 RIDE 5.
- Carpentier, Mathieu, dir, « Droit et indétermination » (2017) 9:1 Dr & Phil 1.
- Chappe, Nathalie, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage » (2001) 15:4 Rev fr Econ 187.
- Chemillier-Gendreau, Monique, « A propos de l'effectivité en droit international » (1975) [1975]:1 RBDI 38, en ligne (pdf) : *Bruylant* <rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/rbdi_2016/RBDI%201975.1%20-%20pp.%2038%20a%2046%20-%20Monique%20Chemillier-Gendreau.pdf>.
- Choudhury, Barnali, « Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law » (2005) 6:2 J World Invest & Trade 297.
- Corten, Olivier, « L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions » (1997) 42/43 Dr et soc 537.
- Côté, Charles Emmanuel, « L'arbitrage entre investisseur et État face aux derniers accords commerciaux régionaux » (2020) 1:1 Intel J Doctrine, Judiciary and Legislation 195.
- Daudet, Yves, « Aspects de la question des sources du Droit International » (2009) 2 Collected Courses of the Xiamen Academy of Intl L 1.
- Delabie, Lucie, « Les nouvelles approches du droit international » (2016) HS:1 RQDI 57, en ligne (pdf) : *Persée* <persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2016_hos_1_1_2203>.
- Delaney, John et Emily Vaias, « Recognizing Vested Development Rights as Protected Property in Fifth Amendment Due Process and Taking Claims » (1996), 49 Wash UJ Urb & Contemp L 27.

- Doehring, Karl, « Gewohnheitsrecht aus Verträgen » (1976) 36 Heidelberg J Intl L 77, en ligne (pdf) : <zaerv.de/36_1976/36_1976_1_3_a_77_95.pdf>.
- Dolzer, Rudolf, « Fair and Equitable Treatment: Today's Contours » (2014) 12 Santa Clara J Intl L 7, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.law.scu.edu/scujil/vol12/iss1/2/>.
- Dolzer, Rudolf, « Fair and equitable treatment: a key standard in investment treaties » (2005) 39:1 Intl Lawyer 87.
- Dolzer, Rudolf et Felix Bloch, « Indirect Expropriation: Conceptual Realignment? » (2003) 5:3 Intl L Forum Dr Int 155.
- Dolzer, Rudolf, « Indirect Expropriations: New Developments? » (2002) 11 Env'tl LJ 64.
- Dufour, Geneviève, « Le cas du chapitre 11 de l'ALÉNA : son impact sur la capacité de l'État d'agir pour le bien public et de gérer le risque » (2012) 17:1 *Lex Electronica* 1, en ligne : <lex-electronica.org/en/s/166>.
- Duggal, Kabir, « The changing landscape of investor-state arbitration in India » (2016) 7:2 Jindal Global L Rev 127.
- Dumberry, Patrick, « Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law? » (2016) 8:1 J Intl Disp Settl 155, DOI : <10.1093/jnlids/idw002>.
- Dumberry, Patrick, « The Practice of States as Evidence of Custom: An Analysis of Fair and Equitable Treatment Standard Clauses in States' Foreign Investment Laws » (2015-2016) 2 MJDR 66, en ligne (pdf) : *MJDR* <mjdr-rrdm.ca/s/195>.
- Eagle, Steven J, « The Rise and Rise of "Investment-Backed Expectations" » (2000) 32:2 Urb Law 437.
- Eberhardt, Pia et Cecilia Olivet, « Modern Pirates: How Arbitration Lawyers Help Corporations Seize National Assets and Limit State Autonomy » (2018) 77:2 Am J Econ & Soc 279, DOI : <10.1111/ajes.12223>.
- El Boudouhi, Saïda, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51 AFDI 542, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3897>.

- Ellis, Jaye, « General principles and comparative law » (2011) 22:4 Eur J Intel L 949, DOI : <10.1093/ejil/chr072>.
- Fauchald, Ole Kristian, « The Legal Reasoning of ISCID Tribunals- An Empirical Analysis » (2008) 19:2 Eur J Intl L 301, en ligne (pdf) : *EJIL* <ejil.org/pdfs/19/2/188.pdf>.
- Fietta, Stephen, « Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard » (2006) 23:5 J Intl Arb 375.
- Fiss, Owen M, « Objectivity and Interpretation » (1982) 34:4 Stan L Rev 739, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2204&context=fss_papers>.
- Franck, Susan D et al, « The Diversity Challenge: Exploring the “invisible College” of International Arbitration » (2015) 53:3 Colum J Transnat'l L 429.
- Frydman, Benoit, « Droit global et régulation » (2018) 14 R études benthamiennes 846, DOI : <10.4000/etudes-benthamiennes.846>.
- Gaillard, Emmanuel, « Sociologie de l'arbitrage international » [2015]:4 JDI 1089.
- Gaja, Giorgio, « Trattati Internazionali » (1999) 15 DDP 344.
- Gazzini, Tarcisio, « General Principles of Law in the Field of Foreign Investment » (2009) 10:1 J World Invest & Trade 103.
- Guzman, Andrew T, « A Compliance-Based Theory of International Law » (2002) 90:6 Cal L Rev 1823.
- Haeri, Hussein, « A Tale of Two Standards: ‘Fair and Equitable Treatment’ and the Minimum Standard in International Law » (2011) 27 Arb Intl 45.
- Hamzah, Hamzah, « Bilateral Investment Treaties (BITS) in Indonesia: a Paradigm shift, issue and challenges » (2018) 21:1 JLRI 1, en ligne (pdf) : *Abacademies* <abacademies.org/articles/Bilateral-investment-treaties-bits-in-indonesia-a-paradigm-shift-issues-and-challenges-1544-0044-21-1-148.pdf>.
- Jacob, Patrick, Frank Latty et Arnaud de Nanteuil, « Arbitrage d'investissement et droit international général » (2017) 63 AFDI 647, en ligne : *HAL* <hal.parisnanteuil.fr/hal-01996133/document>.

- Jain, Neha, « Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law » (2016) 57:1 Harv. Intl LJ 111, en ligne (pdf) : *ScholarshipRepositoryUMN* <scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1487&context=faculty_articles>.
- Juillard, Patrick, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) 50 AFDI 669, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2004_num_50_1_3815>.
- Kalicki, Jean et Suzana Medeiros, « Fair, Equitable and Ambiguous: What Is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law? » (2007) 22:1 ICSID Rev/FILJ 24, DOI : <10.1093/icsidreview/22.1.24>.
- Kennedy, David, « The sources of international Law » (1987) 2:1 Am U Intl L Rev 1, en ligne (pdf) : *DigitalCommons* <digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1632&context=auilr>.
- Kingsbury, Benedict, Nico Krisch et Richard B Stewart, « L'émergence du droit administratif global » (2013) 28:1/2 RIDE 37, en ligne : *CAIRN* <cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-37.htm>.
- Kingsbury, Benedict et Stephan Schill, « Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law » (2009) 6 IILJ Working Papers, en ligne (pdf) : *IILJ* <iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-Schill-Investor-State-Arbitration-as-Governance-IILJ-WP-2009_6-GAL.pdf>.
- Klucka, Jan, « The Significance Of Principles of International Law for Interpretation of International Treaties » (2017) 8 Czech YB Intl L 149.
- Knahr, Christina, « Indirect Expropriation in Recent Investment Arbitration » (2007) 12 Aus Rev Intl & Eur L 85.
- Kolb, Robert. « Principles as Sources of International Law » (2006) 53:1 Neth Intl L Rev 1, DOI : <10.1017/S0165070X06000015>.
- Kopelmanas, Lazare, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3^o du Statut de la Cour permanente de justice internationale » [1936] RGDIP 285.

- Lauterpacht, Hersch, « Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties » (1949) 26 *Brit YB Intl L* 48.
- Leben, Charles, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » (2004), 50 *AFDI* 683, en ligne : *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2004_num_50_1_3816>.
- Leben, Charles, « L'évolution du droit international des investissements » (2000) 7:12 *J CEPMLP* 1.
- Legrand, Pierre, « European Legal Systems are Not Converging » (1996) 45:1 *Intl & Comp L Rev* 52, en ligne (pdf) : *JSTOR* <[jstor.org/stable/761068?seq=1](http://www.jstor.org/stable/761068?seq=1)>.
- Levesque, Jean-François, « Traités de verre : Réflexion sur l'interprétation » (2006) 19:1 *RQDI* 53, en ligne (pdf) : *SQDI* <sqdi.org/wp-content/uploads/19.1_levesque.pdf>.
- Linderfalk, Ulf, « On the Meaning of the Object and Purpose Criterion, in the Context of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 19 » (2003) 72:4 *Nordic J Intl L* 429, DOI : <10.1163/157181003772759476>.
- López de Argumedo, Álvaro et al, « Spain » (2021) 2022 *European Arbitration Rev*, en ligne : <globalarbitrationreview.com/review/the-european-arbitration-review/2022/article/spain>.
- Mandelker, Daniel R, « Investment-Backed Expectations in Taking Law » (1995) 27:2 *Urb Law* 215.
- McNair, Lord, « The General Principles of Law recognized by Civilized Nations » (1957) 33 *Brit YB Intl L* 1.
- McNair, Lord, (1950) 43:1 *Ann inst dr int (Session de Bath)*.
- Melleray, Fabrice, « La revanche d'Emmanuel Levy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français » (2004) 56 *Dr et soc* 143.
- Michelman, Frank, « Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law » (1967) 80 *Harv L Rev* 1165.
- Muchlinski, Peter, « Caveat Investor-The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard » (2006) 55 *ICLQ* 527.

- Philips, Jaime, « El principio de proteccion de la confianza legitima en el articulo 26 delCodigo Tributario » (2018) 24:1 Rev Ius Praxis 19.
- Pillouer, Arnaud le, « Indétermination du langage et indétermination du droit » (2017) 9:1 Dr & Phil 19.
- Potestà, Michele, « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept » (2013) 28:1 ICSID Rev 88.
- Protière, Guillaume, « Les principes généraux dans la jurisprudence internationale : éléments d'une différenciation fonctionnelle » 1 RDP 259, en ligne (pdf) : *HAL* <hal.archives-ouvertes.fr/hal-00823910/document>.
- Protopsaltis, Panayotis M, « Les Principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger : Conclusion d'une étude » (2007) [2007]:4 TDM, en ligne : <transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1032>.
- Puig, Sergio, « Social Capital in the Arbitration Market » (2014) 25:2 Eur J Intl L 387.
- Radi, Yannick, « Standardization: A Dynamic and Procedural Conceptualization of International Law-Making » (2012) 25:2 Leiden J Intl L 283.
- Rajput, Aniruddha, « India's shifting treaty practice: a comparative analysis of the 2003 and 2015 Model BITs » (2016) 7:2 Jindal Global Law Review 201.
- Roberts, Anthea E, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : A Reconciliation » (2001) 95:4 AJIL 757, DOI : <10.2307/2674625>.
- Sallam, Karim, « The Scope and Justification of Legitimate Expectations Protection under FET Clauses: Case Law Study » (2022) 3:1 Intel J Doctrine Judiciary and Legislation 110.
- Sauvant, Karl P et Günes Ünüvar, « Can Host Countries Have Legitimate Expectations? » (2016) 183 Columbia FDI Perspectives, en ligne (pdf) : *SSRN* <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844432>.
- Schachter, Oscar, « The Invisible College of International Lawyers » (1977) 72 Nw UL Rev 217.
- Schlesinger, Rudolf B, « Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations » (1957) 51:4 AJIL 734, DOI : <10.2307/2195351>.

- Schreuer, Christoph H, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice » (2005) 6:3 J World Invest & Trade 357, en ligne (pdf): *PCA* <files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/2.%20Canada/4.%20Legal%20Authorities/RA-90%20%20C.%20Schreuer,%20Fair%20and%20Equitable%20Treatment%20%20(June%202005).pdf>.
- Schreuer, Christoph H, « International and Domestic Law in Investment Disputes – The Case of ICSID » (1996) 1 Aus Rev Intl & Eur L 89.
- Schultz, Thomas et Cedric Dupont, « Investment Arbitration: Promoting the Role of Law or over empowering investors? a quantitative empirical study » (2014) 25:4 Eur J Intl L 1147.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz, « Select General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established Under the Peace Treaty with Italy of 1947 » (1959) 53 AJIL 853.
- Snodgrass, Elizabeth, « Protecting Investors' Legitimate Expectations – Recognizing and Delimiting a General Principle » (2006) 21:1 ICSID Rev 1.
- Stern, Brigitte, « La Souveraineté de l'État et le Droit International » (1998) 19:2 Tocqueville Rev 15.
- Thévenot-Werner, Anne-Marie, « Clémentine Bories (dir.), Un droit administratif global ? / A global administrative law ? Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011, Paris, Pedone, 2012 » (2012) 58 AFDI 945, en ligne: *Persée* <persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2012_num_58_1_4724_t42_0945_0000_1>.
- Vandevelde, Kenneth J, « A unified theory of fair and equitable treatment » (2010) 43 NYUJ Intl L & Pol 43.
- Vitany, Béla, « les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux reconnus par les nations civilises » (1982) 28 RGDIP 48.
- Von Bogdandy, Armin, Philipp Dann et Matthias Goldmann, « Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities » (2008) 9:11 GLJ 1375, DOI: <10.1017/S2071832200000511>.
- Washburn, Robert M, « “Reasonable Investment-Backed Expectations” As a Factor in Defining Property Interest » (1996) 49 Wash UJ Urb & Contemp L 63.

Weil, Prosper, « Vers une normativité relative en droit international ? » (1982) 86:1 RGDIP 5, en ligne (pdf) : *SFDI* <sfdi.org/wp-content/uploads/2020/04/Weil-Vers-une-normativit%C3%A9-relative.pdf>.

Yannaca-Small, Catherine, « Fair and equitable treatment standard in international investment law » (2006) 13:3 J Intl Econ L (China) 1.

DOCTRINE : OUVRAGES COLLECTIFS

Alexandrov, Stanimir, « Judge Brower and the Vienna Convention Rules of Treaty Interpretation » dans David D Caron et al, dir, *Practising Virtue. Inside International arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 434, DOI: <10.1093/acprof:oso/9780198739807.003.0028>.

Alvarez, Guillermo Aguilar et Santiago Montt, « Making and Applying Investment and Trade Law Investments, Fair and Equitable Treatment, and the Principle of “Respect for the Integrity of the Law of the Host State”: Toward a Jurisprudence of “Modesty” in Investment Treaty Arbitration » dans Mahnoush H. Arsanjani et al, dir, *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 577.

Amselek, Paul, dir, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1995.

Amselek, Paul, « L’interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen » dans Paul Amselek, dir, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1995, 23.

Arsanjani, Mahnoush H et al, dir, *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011.

Bachand, Rémi, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l’investissement » dans Mathieu Arès et Éric Boulanger, *L’investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 83.

Benyekhlef, Karim, dir, *Vers un droit global?*, Montréal, Thémis, 2016.

Bianchi, Andrea, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, DOI: <10.1093/acprof:oso/9780198725749.001.0001>.

- Bjorge, Eirik, « The Vienna Rules, Evolutionary interpretation and the Intention of the Parties » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 189, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0009>.
- Bodansky, Daniel, « Prologue to a Theory of Non-Treaty Norms » dans Mahnoush H. Arsanjani et al, dir, *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 119.
- Bonafé, Beatrice I et Paolo Palchetti, « Relying on General Principles in International Law » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 160.
- Brabandere, Eric de et Isabelle Van Damne, « Good Faith in Treaty Interpretation » dans Andrew D Mitchell, M Sornarajah et Tania Voon, dir, *Good Faith and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 37, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198739791.003.0003>.
- Brabandere, Eric de, « Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law » dans Tarcisio Gazzini et Eric de Brabandere, dir, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012, 245.
- Brölmann, Catherine et Yannick Radi, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law making*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016.
- Brown, Chester, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Caron, David D et al, dir, *Practising Virtue. Inside International arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198739807.001.0001>.
- Cartwright, John, « Protecting Legitimate expectations and estoppel: English Law » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 321.
- Cheng, Teresa, « Features of Arbitral Practice that Contribute to System-Building » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 292, DOI : <10.5305/procannmeetasil.106.0292>.

- Corten, Olivier et Pierre Klein, dir, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaires article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol 2.
- Dahlhoff, Guenther, dir, *International Court of Justice, Digest of Judgements and advisory opinions, Canon and Case Law 1946-2012*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012.
- D'Aspremont, Jean, « Multidimensional Process of Interpretation, Content Determination and Law Ascertainment Distinguished » dans Andrea Bianchi, Daniel Peat et Matthew Windsor, dir, *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 111, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0005>.
- D'Aspremont, Jean, « Droit Administratif Global et Droit International » dans Clémentine Bories, dir, *Le droit administratif global. Actes du colloque du CEDIN et du CRDP tenu les 16 et 17 juin 2011 à Paris*, Paris, Pedone, 2012, en ligne : *SSRN* <ssrn.com/abstract=2004699>.
- Dumberry, Patrick, « Fair and equitable treatment » dans Makane Moïse Mbengue et Stefanie Schacherer, dir, *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer, Cham, 2019, 95.
- Dupuy Florian et Pierre-Marie Dupuy, « What to expect from legitimate expectations?: a critical appraisal and look into the future of the "legitimate expectations" doctrine in international investment law » dans Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, dir., *From the Arab World to the globalization of international law and arbitration*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2015, 273.
- Elliott, Mark, « From Heresy to Orthodoxy: Substantielle Legitimate Expectations in the United Kingdom » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 217.
- Faust, Florian et Volker Wiese, « Protecting Legitimate Expectations : the German perspective » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 99.
- Fauvraque-Cosson, Bénédicte, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007.

- Fitzmaurice, Malgosia et Panos Merkouris, « Canons Of Treaty Interpretation: Selected Case Studies From The World Trade Organization And The North American Free Trade Agreement » dans Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010, 153.
- Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010.
- Frydman, Benoit, « Le droit global selon l'école de Bruxelles : l'évolution d'une idée centenaire » dans Karim Benyekhlef, dir, *Vers un droit global?*, Montréal, Thémis, 2016, 117.
- Gazzini, Tarcisio et Eric de Brabandere, dir, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012.
- Groves, Matthew et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- Gaillard, Emmanuel, « The Emerging System of International Arbitration: Defining "system" » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 287, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0287a>.
- Gazzini, Tarcisio, « Rethinking the promotion and protection of foreign investments: South Africa's Protection of Investment Act 22 of 2015 » dans Yenkong Ngangjoh Hodu et Makane Moïse Mbengue, dir, *African perspectives in international investment law*, Manchester, Manchester University Press, 2020, 131.
- Hamamoto, Shotaro, « Protection of the Investor's Legitimate Expectations: Intersection of a Treaty Obligation and a General Principle of Law » dans Wenhua Shan et Jinyuan Su, dir, *China and International Investment Law*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2014, 141
- Henckels, Caroline, « Legitimate Expectations and the Rule of Law in International Investment Law » dans August Reinisch et Stephan Schill, dir, *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020 [prépublication], DOI : <10.2139/ssrn.3409086>.

- Hindelang, Steffen et Markus Krajewski, dir, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Hoexter, Cora, « The Unruly Horse and the Gordian Knot: Legitimate Expectations in South Africa » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 165.
- Jennings, Robert et Arthur Watts, dir, *Oppenheim's International Law*, 2 vol, 9^e éd, Londres, Longman, 1992.
- Jhaveri, Swati, « Contrasting Responses to the 'Coughlan Moment': Legitimate Expectations in Hong Kong and Singapore » dans Matthew Groves et Greg Weeks, dir, *Legitimate Expectations in the Common Law World*, Oxford: Hart Publishing, 2017, 267.
- Kalicki, Jean E et Anna Joubin-Bret, dir, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leyde, Brill, 2015.
- Kano, Naoko, « The Concept of Estoppel and legitimate expectations in Japan » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 305.
- Klingler, Joseph, Yuri Parkhomenko et Constantinos Salonidis, dir, *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2018.
- Koskenniemi, Martti, « General Principles: Reflexion on Constructivist approach in international Law » dans Martti Koskenniemi, dir, *Sources of International Law*, Londres, Routledge, 2000, 120, DOI : <10.4324/9781315087795>.
- Kulick, Andreas, dir, *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- La Rosa, Stéphane de, « Les attentes légitimes dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », dans Sabrina Robert-Cuendet, *La protection des attentes légitimes en droit public. Approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, Rennes, Presse Universitaire de Rennes, 2020, 107.
- Latty, Frank, « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement » dans Charles Leben, dir, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 415.

- Leben, Charles, dir, *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.
- Leben, Charles, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte » dans Charles Leben, dir, *Le contentieux arbitral international relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 163.
- Mags, Gregory E, « Report concerning the United States of America » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 415.
- Mairal, Héctor A, « Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations » dans Stephan W Schill, dir, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 413, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199589104.003.0013>.
- Mazeaud, Denis, « La confiance légitime et l'Estoppel : rapport français » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 247.
- Mendelson, Maurice H, dir, *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law*, Conference Report Johannesburg 2016, Bruxelles, International Law Association, 2016, en ligne (pdf) : *ILA* <ila-hq.org/index.php/study-groups?study-groupsID=51>.
- Menon, Sundaresh, « The Transnational Protection of Private Rights. Issues, Challenges, and Possible Solutions » dans David D Caron et al, dir, *Practising Virtue. Inside International arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 17, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198739807.003.0002>.
- Menyhárd, Attila, « Protection of Legitimate Expectations in Hungarian Private law » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 277.
- Merkouris, Pano, « *In dubio Mitius* » dans Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko et Constantinos Salonidis, dir, *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2018, 259.

- Methymaki, Eleni et Antonios Tzanakopoulos, « Masters of Puppets? Reassertion of Control Through Joint Investment Treaty Interpretation » dans Andreas Kulick, dir, *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 155.
- Mistelis, Loukas A et Julian DM Lew, dir, *Pervasive Problems in International Arbitration*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International, 2006.
- Mitchell, Andrew D, M Sornarajah et Tania Voon, *Good Faith and International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780198739791.001.0001>.
- Morosini, Fabio et Michelle Ratton Sanchez Badin, dir, *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Muchlinski, Peter T, « Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World » dans Jose E Alvarez et al, dir, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, New York, Oxford University Press, 2011, 35, DOI : <10.1093/acprof:oso/9780199793624.003.0005>.
- Muchlinski, Peter, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, DOI : <10.1093/oxfordhb/9780199231386.001.0001>.
- Nanteuil, Arnaud de, « Les attentes légitimes en droit international des investissements en quête d'unité conceptuelle » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *La protection des attentes légitimes en droit public. Approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2020, 69.
- Ngangjoh Hodu, Yenkong et Makane Moïse, dir, *African Perspectives in International Investment Law*, Manchester, Manchester University Press, 2020.
- Orford, Anne et Florian Hoffmann, dir, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, 1^{ère} éd, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Osei-Afriyie, Justice, « Foreign Investment Treaties and the Sovereignty of Developing Host States: Ants Riding Elephants? » dans Yenkong Ngangjoh Hodu et Makane Moïse, dir, *African Perspectives in International Investment Law*, Manchester, Manchester University Press, 2020, 30.

- Ostřanský, Josef, « Chapter 15 An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectations as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard » dans Andrea Gattini, Attila Tanzi et Filippo Fontanelli, dir, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2018, 344.
- Patterson, Dennis, « Transnational Lawmaking, in International Law » dans Catherine Brölmann et Yannick Radi, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law making*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016, 56.
- Prezas, Ioannis, « Standards internationaux des investissements étrangers et abus de droit de l'État hôte » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 195.
- Radi, Yannick, « Balancing the Public and the Private in International Investment Law » dans Horatia Muir Watt et Diego P Fernández Arroyo, dir, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 156.
- Reinisch, August, « Austria » dans Chester Brown, dir, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 15.
- Reisman, Michael W, « International Lawmaking: a process of communication » dans Judith R. Hall, dir, *Convocation, Order, Freedom, Justice, Power: The Challenges for International Law. Proceedings of the 75th ASIL Annual Meeting, tenu du 23 au 25 avril 1981 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 1981, 101, en ligne (pdf) : [JSTOR <jstor.org/stable/25658079>](https://www.jstor.org/stable/25658079).
- Rivera, Julio Cesar, « La doctrine des actes propres en droit des obligations » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 137.
- Robert-Cuendet, Sabrina, dir, *La protection des attentes légitimes en droit public. Approche comparée en droit international, droit européen et droit interne*, Rennes, Presse universitaire de Rennes, 2020.
- Robert-Cuendet, Sabrina, dir, *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

- Robert-Cuendet, Sabrina. « Chapitre 2. Les droits de l'investisseur objets de la protection contre l'expropriation : entre garantie de l'intégrité de l'investissement et garantie de la stabilité des conditions d'investissement » dans Sabrina Robert-Cuendet, dir, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, Leyde, Brill, Nijhoff, 2010, 83.
- Roberts, Anthea E, « Divergence between Investment and Commercial Arbitration » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 297, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0297>.
- Salah, Mohamed, « Mondialisation et souveraineté de l'état » dans Jacques Béguin et al, dir, *Un siècle d'étude du droit international : choix d'articles parus au Clunet (1874-2000)*, Paris, Litec, 1996, 521.
- Schill, Stephan W, « General Principles of Law and International Investment Law » dans Tarcisio Gazzini et Eric de Brabandere, dir, *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2012, 133.
- Schill, Stephan W, « International Arbitrators as System-Builders » dans Harlan Cohen, Chiara Giorgetti et Cymie Payne, dir, *Confronting Complexity. Proceedings of the 106th ASIL Annual Meeting, tenu du 28 au 31 mars 2012 à Washington*, New York, Cambridge University Press, 2012, 295, DOI : <10.5305/procanmeetasil.106.0295>.
- Schreuer, Christoph H, « The Future of Investment Arbitration » dans Mahnoush H Arsanjani et al, dir, *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 787.
- Schreuer, Christoph H, « Diversity and Harmonization of Treaty interpretation in Investment arbitration » dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010, 129.
- Schreuer, Christoph H et Ursula Kriebaum, « At What Time Must Legitimate Expectations Exist? » dans Jacques Werner et Arif Hyder Ali, dir, *A Liber Amicorum: Thomas Wälde. Law Beyond Conventional Thought*, Londres, CMP, 2009, 265, en ligne (pdf) : *OGEL* <ogel.org/downloads/tw-liberamicorum.pdf>.
- Shultz, Thomas et Federico Ortino, dir, *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

- Sornarajah, Muthucumaraswamy, « A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration » dans Karl P Sauvart et Michael Chiswick-Patterson, dir, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, New York, Oxford University Press, 2008, 51.
- Stern, Brigitte, « Interpretation in International Trade Law » dans Malgosia Fitzmaurice, Olufemi Elias et Panos Merkouris, dir, *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leyde, Boston, Nijhoff, 2010, 111.
- Stijns, Sophie et Ilse Samoy, « La confiance légitime en droit des obligations : rapport belge » dans Bénédicte Fauvraque-Cosson, dir, *La confiance légitime et l'estoppel*, coll Droit privé comparé et européen vol 4, Paris, Société de législation comparée, 2007, 167.
- Tomuschat, Christian. « International Law as a Coherent System: Unity or Fragmentation? » dans Mahnoush H. Arsanjani et al, dir, *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 323.
- Vasani, Baiju S et Anastasiya Ugale, « Travaux Préparatoires and the Legitimacy of Investor-State Arbitration » dans Jean E Kalicki et Anna Joubin-Bret, dir, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leyde, Brill, 2015, 150, DOI : <10.1163/9789004291102_007>.
- Vastardis, Anil Yilmaz, « Investment Treaty Arbitration: A justice bubble for the privileged » dans Thomas Shultz et Federico Ortino, dir, *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 617.
- Venzke, Ingo, « Contemporary Theories and international Law making » dans Catherine Brölmann et Yannick Radi, dir, *Research Handbook on the Theory and Practice of International Law making*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2016, 66.
- Vicuña, Francisco Orrego, « Le pied du chancelier continue de s'allonger : les principes généraux et l'équité en droit international. À la recherche de limites à la flexibilité du droit » dans Marcelo Kohen, Robert Kolb et Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, dir, *Perspectives du droit international au 21^e siècle. Liber amicorum : Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, Leyde, Boston, Nijhoff, Brill, 2011, 69, DOI : <10.1163/9789004203068_006>.

Weil, Prosper, « Droit des traités et droit de la responsabilité internationale » dans Fundación de Cultura Universitaria, dir, *Le droit international dans un monde en mutation. Liber amicorum : en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, 523.

Weil, Prosper, « Droit international et droit administratif » dans *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, 1970, 511.

Woehrling, Jean-Marie, « La notion de "confiance légitime" dans la jurisprudence des tribunaux » dans John Bridge, dir, *Comparative Law Facing the 21st Century. Rapports généraux XVème Congrès général de droit international comparé tenu en 1998 à Bristol*, Londres, United Kingdom National Committee of Comparative Law, 2001, 815.

DOCTRINE : THÈSES

Boré Eveno, Valérie, *L'interprétation des traités par les juridictions internationales*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 2004 [non publiée], en ligne (pdf) : [HAL <hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581/document>](http://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01797581/document).

Danic, Olivia, *L'émergence d'un droit international des investissements. Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 10 Nanterre, 2012 [non publiée], DOI : <10.13140/RG.2.1.2536.2649>.

Foulquier, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, 2001 [non publiée].

DOCTRINE : CONFÉRENCES

Bachand, Rémi, « L'interprétation en droit international : analyse par les contraintes », présentée à la Société européenne de droit international, Paris, 19 mai 2006, en ligne (pdf) : [SEDI <esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Bachand.pdf>](http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Bachand.pdf).

Frydman, Benoit et Maxime St-Hilaire, « Le droit global existe-t-il ? », présentée à l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques, Université catholique de Louvain, 7 mars 2019, en ligne : [<blogueaquidedroit.ca/2019/04/03/mon-debat-avec-le-philosophe-du-droit-benoit-frydman/>](http://blogueaquidedroit.ca/2019/04/03/mon-debat-avec-le-philosophe-du-droit-benoit-frydman/).

DOCTRINE : ENTRÉES DE DICTIONNAIRES ET D'ENCYCLOPÉDIES

Ajani, Gianmaria, « Transplants, Legal Borrowing and Reception » dans David S Clark, dir, *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives*, vol 3, Thousand Oaks, Sage, 2007.

Arnold, Rainer, « Aliens » dans Rudolf Bernhardt, dir, *Encyclopedia of Public International Law*, vol 1, Amsterdam, Elsevier Science, 1992 aux pp 103-104.

Larousse, 2020, *sub verbo* « juste », en ligne : <larousse.fr>.

Robert & Collins, 2003, *sub verbo* « conformity ».

DOCTRINE : SOURCES ÉLECTRONIQUES

CNUCED, « International Investment Agreements Navigator » (2020), en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iia-mapping#section-38>.

CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator » (2020), en ligne : *Investment Policy Hub* <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

Nouvel, Yves, « Conférence du 27 novembre » (2017), en ligne (balado) : *Audiovisual Library of International Law, Lecture Series* <legal.un.org/avl/ls/Nouvel_IML.html#>.

Ortolang, Nancy, Centre national des ressources textuelles et lexicales, 2012, en ligne : *Ortolang* <cnrtl.fr>.

