THESE DE DOCTORAT

NNT : 2023UPASH004

université PARIS-SACLAY

La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement

The disputed role of international arbitration in investment law

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, « Droit, Economie, Gestion » (DEM)
Spécialité de doctorat : Droit privé et sciences criminelles
Graduate School : Droit. Référent : Faculté de droit, économie et gestion

Thèse préparée dans l'Institut droit éthique patrimoine (IDEP), **Université Paris-Saclay, Institut droit éthique patrimoine, 92330, Sceaux, France**, sous la direction de Christophe SERAGLINI, **Professeur des universités**

Thèse soutenue à Paris-Saclay, le 10 février 2023, par

Rayyan EL ISSA

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Diego FERNANDEZ ARROYO Professeur des universités, SciencesPo, Ecole de droit	Président
Arnaud DE NANTEUIL Professeur des universités, Université Paris-Est Créteil	Rapporteur
Sophie LEMAIRE Professeure des universités, Université Paris Dauphine	Rapporteur
Mathias AUDIT Professeur des universités, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne	Examinateur
Xavier BOUCOBZA Professeur des universités, Université Paris-Saclay	Examinateur

université PARIS-SACLAY | ÉCOLE DOCTORALE Droit, Économie, Management (DEM)

Titre : La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement.

Mots clés : Arbitrage, droit de l'investissement, souveraineté, contentieux

Résumé : La place de l'arbitrage en droit de l'investissement est discutée. Les réfutations à son encontre grandissent. De nombreuses problématiques édulcorent la définition même de la notion d'investissement. Les controverses doctrinales restent toujours nombreuses et débattues à ce sujet. De même, des doctrines s'affrontent sur la question de savoir s'il faut ou non élaborer un corps de règles cohérentes pour des sentences arbitrales homogènes. L'opposition à l'arbitrage dans le droit de l'investissement se retrouve aussi dans les problématiques liées à l'exequatur des sentences arbitrales liées à l'arbitrage d'investissement dans l'Union européenne. Un manque de soutien apparent au développement de l'arbitrage dans l'Union européenne s'est installé, comme le démontre le récent traité CETA conclu entre l'Union européenne et le Canada. L'arbitrage d'investissement ferait courir le risque d'un recul de la souveraineté. En effet, du fait l'arbitrage d'investissement, les Etats seraient moins incités à légiférer sur des matières pouvant avoir un impact sur l'activité d'une entreprise étrangère, par crainte d'une procédure arbitrale. Un lien délicat apparait alors, entre souveraineté et arbitrage d'investissement. Plusieurs doctrines se sont longtemps affrontées, notamment celle élaborée par Calvo et Drago en Amérique Latine entre 1870 et 1900, proposant de réduire les droits des investisseurs étrangers, face à une doctrine opposée, celle militant pour un standard minimum international de protection des investisseurs étrangers. Or, une renaissance de ces débats apparaît aujourd'hui, avec une problématique liée à la souveraineté de plus en plus ancrée dans les débats liés à l'arbitrage d'investissement. Pourtant, l'arbitrage d'investissement doit être perçu comme une méthode permettant à des investisseurs de bénéficier d'un arbitre indépendant et permettant de « dépolitiser » les contentieux. Mais des Etats admettent de moins en moins que leurs lois établies démocratiquement pour l'intérêt général puissent être contestées par des investisseurs étrangers devant un tribunal arbitral. Des auteurs parlent de « chilling effect », par lequel des Etats n'osent plus légiférer, par crainte de contentieux ultérieurs. De plus en plus d'Etats refusent que leur droit soit remis en cause par des juges privés. Plusieurs questions se posent. Est-il toujours concevable de protéger davantage un investisseur étranger qu'un investisseur national ? Est-il légitime de privilégier des juges privés, plutôt que des juges nationaux pour trancher les litiges en matière d'investissement ? L'utilité de l'arbitrage peut être comprise, dans des pays où la justice étatique est dite « corrompue » ou « biaisée ». En pareille situation, un investisseur étranger est légitime à vouloir saisir un arbitre neutre et indépendant. Mais la légitimité d'avoir recours à l'arbitrage dans des pays développés bénéficiant d'une justice étatique indépendante pose plus de difficultés. Dès lors, faudrait-il limiter l'arbitrage d'investissement aux pays souffrant d'un déficit d'indépendance de justice étatique ? Et donc d'exclure ce mode de règlement des litiges en la matière dans l'Union européenne ? La « politisation » du débat est en pleine renaissance. L'arbitrage d'investissement est un domaine relativement jeune et il convient de se demander s'il s'agit là d'un mode de règlement des litiges adéquat et d'un mode adapté au commerce international en général ? Assistera-t-on prochainement ou assiste-t-on déjà à ce que des auteurs qualifient de « fin de cycle » ? Il s'agit de questions ancrées dans l'actualité, que ce soit en France ou ailleurs dans le monde.

Title : The disputed role of international arbitration in investment law

Keywords : Arbitration, investment law, sovereignty, litigation

Abstract : The place of arbitration in investment law is discussed. The rebuttals are growing. Many issues water down the very definition of the notion of investment. The doctrinal controversies are still numerous and debated on this subject. Similarly, doctrines clash on the question of whether or not it is necessary to develop a body of coherent rules for homogeneous arbitral awards. The opposition to arbitration in investment law is also found in issues related to the exequatur of arbitral awards related to investment arbitration in the European Union. An apparent lack of support for the development of arbitration in the European Union has set in, as demonstrated by the recent CETA treaty concluded between the European Union and Canada. Investment arbitration would run the risk of a decline in sovereignty. Indeed, because of investment arbitration, States would be less encouraged to legislate on matters that could have an impact on the activity of a foreign company, because of the fear of arbitration proceedings. A delicate link then appears between sovereignty and investment arbitration. Several doctrines have long clashed, in particular the one developed by Calvo and Drago in Latin America between 1870 and 1900, proposing to reduce the rights of foreign investors, in front of an opposing doctrine, that campaigning for a minimum international standard of protection for foreign investors. A revival of these debates is appearing today, with an issue linked to sovereignty increasingly rooted in the debates linked to investment arbitration. However, investment arbitration must be seen as a method allowing investors to benefit from an independent arbitrator and allowing disputes to be "depoliticised". But states admit less and less that their laws democratically established for the general interest can be challenged by foreign investors before an arbitration tribunal. Authors talk about the "chilling effect", by which States no longer dare to legislate, because of the fear of subsequent litigation. More and more States refuse to have their rights challenged by private judges. Several questions arise. Is it always conceivable to protect a foreign investor more than a national investor ? Is it legitimate to favor private judges, rather than national judges, to settle investment disputes ? The usefulness of arbitration can be understood in countries where state justice is said to be "corrupt" or "biased". In such a situation, a foreign investor is legitimate in wanting to seize a neutral and independent arbitrator. But the legitimacy of having recourse to arbitration in developed countries benefiting from independent state justice arouses more difficulties. Therefore, should investment arbitration be limited to countries suffering from a lack of independence of state justice ? And therefore to exclude this method of settling disputes in this area in the European Union ? The "politicization" of the debate is in full revival. Investment arbitration is a relatively young field and it is worth asking whether it is an adequate mode of dispute resolution and a mode suitable for international trade in general ? Will we soon witness or are we already witnessing what some authors describe as the "end of the cycle" ? These are issues rooted in the news, whether in France or elsewhere in the world.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon Directeur de thèse, le Professeur Christophe Seraglini, qui m'a toujours accompagné durant mes travaux et qui a été d'une aide précieuse et indispensable durant toutes ces années. Aux membres du jury, un profond merci d'avoir pris le temps de me lire et c'est un honneur pour moi d'avoir pu vous présenter mon travail.

Je dédie ce travail à mon père, dont le souvenir m'a toujours porté au-delà de mes limites me permettant d'accomplir cette thèse. A ma mère, qui a toujours cru en moi et dont la présence a été essentielle à ma réussite. Ton aide, ton soutien, tes encouragements ont été indispensables à mes aboutissements. Je dédie ce travail à toute ma famille et un mot particulier pour mon frère Yacine, avec qui j'ai partagé, depuis la première année de droit, mon bonheur, mes joies et mes moments difficiles ainsi que cette formidable aventure qu'était le doctorat. Un long chemin parcouru que je n'aurais pas pu réaliser sans toi.

A Fatmah, pour son soutien constant. Tu as toujours cru en moi, me donnant la force de continuer. J'ai eu la chance de partager ce voyage avec toi, un grand merci pour ta présence et tes encouragements.

Enfin, je tiens à remercier Mme Chomette et Mme Poisot, pour leur accompagnement. Merci de m'avoir guidé durant toutes ces années. A l'Université Paris-Saclay et à l'école doctorale, un immense merci.

SOMMAIRE

INTRODUCTION----------27

PARTIE I : LE REJET DE L'INSTITUTION ET LA VOLONTE DE RENOUVELLEMENT----------96

Chapitre I : Les attaques excessives de l'aspect procédural de l'arbitrage d'investissement----------97

Section I : Les diatribes injustifiées à l'accès à l'instance arbitrale----------98

Sous-Section I : Une inégalité d'accès à contester----------99

§1 : L'offre publique d'arbitrage, cristallisation des critiques----------100

§2 : Des droits procéduraux équipollents entre Etats et investisseurs étrangers----------116

Sous-Section II : Une approche patrimoniale de l'accès procédural défavorable aux investisseurs----------128

§1 : L'investisseur face aux coûts de l'arbitrage----------128

§2 : La nécessité de lutter contre les conséquences de l'impécuniosité----------138

Section II : Des récusations de probité injustes----------141

Sous-Section I : L'indépendance et l'impartialité des arbitres----------141

§1 : Des exigences fondamentales pour des arbitres responsables----------142

§2 : Une instance transparente----------150

Sous-Section II : Des efforts à entretenir----------162

§1 : Le renforcement des devoirs éthiques des arbitres----------162

§2 : L'intelligence artificielle au soutien de la légitimité des sentences arbitrales----------189

Chapitre II : Union européenne et arbitrage, une lutte confirmée----------197

Section I : La fin annoncée de l'arbitrage d'investissement intra-européen----------199

Sous-Section I : L'arrêt Achmea et la saga Micula----------199

§1 : Un arrêt Achmea aux justifications éminemment contestables---------- 199

§2 : La suite de l'arrêt Achmea et la saga Micula---------- 223

Sous-Section II : La large portée donnée à la prohibition de l'arbitrage d'investissement---------- 243

§1 : La contagion aux arbitrages intra-UE dans le TCE et aux arbitrages *ad hoc*---------- 244

§2 : La fin annoncée de l'arbitrage intra-UE par l'accord portant extinction des TBI intra-UE de 2020---------- 267

Section II : Le Système juridictionnel d'investissement, héritier dénaturé de l'arbitrage d'investissement---------- 285

Sous-Section I : La consécration d'une Cour multilatérale d'investissement---------- 286

§1 : Les prémices---------- 286

§2 : Une procédure d'arbitrage écartée dans le traité CETA---------- 297

Sous-Section II : Analyse critique du SJI---------- 305

§1 : Une mise en œuvre contestée---------- 305

§2 : Les pistes procédurales occultées---------- 336

PARTIE II : LA REFONTE SUBSTANTIELLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS, CONDITION A LA SURVIE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT---------- 381

Chapitre I : Une justice substantiellement orientée---------- 382

Section I : Les déséquilibres substantiels allégués---------- 383

Sous-Section I : Des clauses accusées de disparité---------- 383

§1 : La clause de la nation la plus favorisée---------- 384

§2 : La clause du traitement juste et équitable, socle des abus ?---------- 393

Sous-Section II : Un déséquilibre prétendu dans la compensation---------- 414

§1 : Le droit à compensation, symbole des contestations---------- 416

§2 : La place du préjudice moral---------- 440

§3 : L'équilibre substantiel dans le droit à compensation---------- 453

Section II : Le chilling effect, répercussion aux déséquilibres substantiels allégués----------469

Sous-Section I : La crainte d'une atteinte au droit de réguler des Etats----------470

Sous-Section II : Une atteinte surestimée----------473

§1 : Le contrôle des arbitres----------474

§2 : Des clauses favorisant la généralité du droit de réguler----------478

Chapitre II : Une RSE contraignante pour une meilleure exécution des sentences----------492

Section I : Les tentatives de responsabilisation des investisseurs----------493

Sous-Section I : L'aspiration d'investissements-citoyens par des investisseurs responsables----------493

§1 : La promotion d'investissements responsables----------495

§2 : Pour une généralisation de la responsabilité sociale des investisseurs----------514

Sous-Section II : Les efforts déjà consentis par le recours aux amici curiae----------538

§1 : Présentation des « amis de la Cour »----------540

§2 : Une consécration à entretenir----------547

Section II : Les immunités des Etats en réaction aux déséquilibres substantiels----------570

Sous-Section I : Le pouvoir réduit des arbitres----------572

Sous-Section II : Les immunités d'exécution au soutien des Etats----------575

§1 : Le caractère inébranlable de l'immunité d'exécution des Etats----------576

§2 : Des ajustements nécessaires à l'immunité d'exécution des Etats----------596

PROPOSITIONS ET CONCLUSION GENERALE----------634

BIBLIOGRAPHIE----------644

Index----------738

Liste des abréviations

ADC : Accords de développement communautaire.

ADR : Alternative dispute resolution.

AECG : Accord économique et commercial global.

AFDI : Annuaire français de droit international.

Aff. : Affaire.

AJ : Actualité juridique.

AJDA : Actualité juridique de droit administratif.

AJIL/Am.J.Int.L : American journal of international law.

ALBA : Alternativo Bolivarian para las Americas.

ALE/FTA : Accord de libre-échange/Free trade agreement.

ALECA : Accord de libre-échange complet et approfondi.

ALENA/NAFTA : Accord de libre-échange nord-américain/North american free trade agreement.

AMGI/MIGA : Agence multilatérale de garantie des investissements/ Multilateral investment guarantee agency.

AMI : Accord multilatéral sur l'investissement.

Am.J.INT'L.L : American journal of international law.

Am. Rev. Int'l Arb. : American review of international arbitration.

APIE : Accord de promotion et de protection de l'investissement étranger.

APSR : American political science review.

ARSIWA : Articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts.

ASA : Association suisse de l'arbitrage.

ASEAN : Australia-New Zealand free trade agreement.

AsianJIL : Asian journal of international law.

Asian J. WTO & Int'l Health L., & Pol'y : Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy.

ASIL : American society of international law.

Australian YB. Int'l. L : Australian yearbook of international law.

Austrian Rev. Intl & Eur. L. : Austrian review of international & European law.

BCDR : Bahrain Chamber for dispute resolution.

B.C. Int'l & Comp. L. Rev. : Boston College international & comparative law review.

Berkeley J. Int’l. Law : Berkeley journal of international law.

BgB : Bürgerliches Gesetzbuch.

BHRJ : Business and human rights journal.

Bull. : Bulletin.

BVerfG : Bundesverfassungsgericht.

Brit. Y.B INT’L. L. (BYBIL) : British yearbook of international law.

Bull. civ. : Bulletin civil.

CA : Cour d’appel.

CAA : Cour administrative d’appel.

CAA Journal : Contempory Asia Arbitration Journal.

Cah. arb. : Cahiers de l’arbitrage.

Cass. ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Cass. civ. 1re : Première Chambre civile de la Cour de cassation.

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Cass. req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation.

CC : Conseil constitutionnel.

CCI : Chambre de commerce internationale.

CCJA : Cour commune de justice et d'arbitrage.

CDI : Commission du droit international.

CE. : Conseil d'Etat.

CEA : Commission économique pour l'Afrique.

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme.

CEDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

CEDR : Centre for effective dispute resolution.

CEJCL : Central European journal and comparative law.

CETA : Comprehensive economic and trade agreement.

Cf. : Confer.

Ch. : Chambre.

Chin. J. Int. Law : Chinese journal of international law.

Chron. : Chronique.

CIAS : Conseil international de l'arbitrage en matière de sport.

CIJ : Cour internationale de justice.

CIRDI/ICSID : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements/ International centre for settlement of investment disputes.

CJCE : Cour de justice des communautés européennes.

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne.

CMAP : Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme.

CNUDCI/UNCITRAL : Commission des Nations unies pour le droit commercial international/ United Nations commission on international trade law.

CNUCED/UNCTAD : Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement/ United Nations Conference on trade and development.

Coll. : Collection.

Colum.FDI. Persp. : Colombia foreign direct investment perspectives.

Colum.HRLR : Columbia Human Rights Law Review

COMESA : Common market for eastern and Southern Africa.

Common Mark. Law Rev. (CML) : Common market law review.

Computer/LJ : Computer/Law journal.

Concl. : Conclusion.

Concurr. : Concurrence.

CPA : Cour permanente d'arbitrage.

CPJI : Cour permanente de justice internationale.

CYIL : Czech yearbook of public & private international law.

D. : Dalloz.

DC : Décision constitutionnelle.

DCF : Discounted cash-flow.

Delhi L. Rev. : Delhi law review.

Dir. : Sous la direction de.

DJCIL : Duke journal of comparative é international law.

DP : Dalloz périodique.

Dr. Prat. Com. Int. : Droit et pratique du commerce international.

Duke L. J. : Duke law journal.

Econ. : Economic.

Ed. : Edition.

EFILA : European federation for investment law and arbitration.

EJIL : European journal of international law.

Eur.J.LegaL.Stud. :European journal of legal studies.

E.L.Rev. : European law review.

EMAS : Management and Audit Scheme.

Eur.J.Int'L. : European journal of international law.

Eur. Papers : European papers.

EUSFTA : European Union-Singapore free trade agreement.

Fasc. : Fascicule.

FEGECE : Fonds d'entraide et de garantie des emprunts du conseil de l'entente.

FILJ : Foreign investment law journal.

Finn. yearb. int. law : Finnish yearbook of international law.

FIPA : Foreign Investment promotion and protection agreement.

Fla.St.U.L.Rev : Florida State University law review.

FMI/IMF : Fonds monétaire international / International monetary Fund.

GAR : Global arbitration review.

GATT : General agreement on tariffs and trade.

Gaz. Pal. : Gazette du palais.

GDPR : General data protection regulation.

Ger. Law J. : German law journal.

Georgetown J. Int'l L. : Georgetown journal of international law.

Harvard Int'l L. J. : Harvard international law journal.

Hong Kong L.J. : Hong Kong law journal.

IA : Intelligence artificielle.

IAI : International Arbitration Institute.

IBA : International bar association.

Ibid. : Ibidem.

IBLJ : International business law journal.

ICCA : International council for commercial arbitration.

IDE : Investissement direct à l'étranger.

IISD : International institute for sustainable development.

IJEL : Irish journal of european law.

Ind. Relat. Law J. : Industrial relations law journal.

INT'L. & Comp. L.Q. (ICLQ) : International and comparative Law Quarterly.

Int. Arbitr. Law Rev. : International arbitration law review.

Int.J.L.C : International journal of the Law in context.

Iowa Law Rev. : Iowa law review.

IPFSD : Investment policy framework for sustainable development.

ICSID Rev. : ICSID review.

ISDS : Investor-State dispute settlement.

JCI. : Jeune chambre économique internationale.

JCP E : La semaine juridique – Entreprise et affaires.

JCP G : La semaine juridique – Edition générale.

JDI : Journal du droit international (Clunet).

JDR : Journal of dispute resolution.

Journ. International Arbitration : Journal of international arbitration.

J.INT'LEcon.L. : Journal of international economic law

J.WORLD INV.&TRADE : Journal of World Investment & Trade.

J. Int. Disput. Settl. : Journal of international dispute settlement.

J.L&.Pol : Journal of law & politics.

JORF : Journal officiel de la République française.

Juridical Trib. :Juridical tribune.

Just. & cass. : Justice et cassation.

J. World Investment & Trade (JWIT) : The journal of world investment & trade.

Law Pract. Int. Courts Trib. : Law and practice of international courts and tribunals.

LCIA : London Court of international arbitration.

LEDB : L'Essentiel Droit bancaire.

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

LJIL : Leiden Journal of International Law.

LPA : Petites affiches.

McGill L.J. : McGill law journal.

Mich. J. Int'l. L. : Michigan journal of international law.

N° : Numéro.

NBER : National bureau of economic research.

NJW : Neue Juristische Wochenschrift.

NOEI : Nouvel ordre économique international.

Nw. J. Tech. & Intell. Prop. : Northwestern journal of technology and intellectual property.

NYLJ : New York law journal.

NYL Sch.J. Int'l & Comp. L. : New York Law School journal of international & comparative law.

N.Y.U.J.INT'L.&Pol. : New York University Journal of International Law and Politics.

N.Y Times : New York Times.

Obs. : Observations.

OCDE/OECD : Organisation de coopération et de développement économiques/ Organisation for economic co-operation and development.

OEI/CEO : Observatoire de l'Europe industrielle/Corporate Europe Observatory

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

OIC : Organisation internationale du commerce.

OMC : Organisation mondiale du commerce.

OMS : Organisation mondiale de la santé.

ONG : Organisation non-gouvernementale.

ONU : Organisation des Nations-Unies.

Op. cit. : Opus citatum.

Ord. réf. : Ordonnance de référé.

OUP : Oxford university press.

P. : Page.

Pan. : Panorama.

Penn. St. J. L & INT'L aff. : Penn State journal of law & international affairs.

Pepp. Disp. Resol. L.J. : Pepperdine dispute resolution law journal.

PIB : Produit intérieur brut.

Practical.L.Co : Practical law company.

Préc. : Précité.

PUF : Presses universitaires de France.

RAE : Revue des affaires européennes.

Rapp. ad. : Rapport des administrateurs.

RCADI : Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye.

RDAI : Revue de droit des affaires internationales.

RD banc. fin. : Revue de droit bancaire et financier.

Rec. : Recueil.

Rev. : Revue.

Rev. arb. : Revue de l'arbitrage.

Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé.

RFDA : Revue française de droit administratif.

Rééd. : Réédition.

Rev. UE : Revue de l'Union européenne.

RGDIP : Revue générale de droit international public.

RIDC : Revue internationale de droit comparé.

RIDE : Revue internationale de droit économique.

Rom. Arb. J : Romanian arbitration journal.

RQDI : Revue québécoise de droit international.

RSDIE : Revue suisse de droit international et européen.

RSE : Responsabilité sociale des entreprises.

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz).

RTD Eur. : Revue trimestrielle de droit européen (Dalloz).

S. : Suivant.

Santa Clara J. Int'l L. : Santa Clara journal of international law.

SCC : Stockholm Chamber of commerce.

Sect. : Section.

Sent. : Sentence.

SFDI : Société française pour le droit international.

SJI : Système juridictionnel d'investissement.

Spéc. : Spécialement.

Stan. J. Int'l. L. : Stanford journal of international law.

Sté. : Société.

T. : Tome.

T. ad hoc : Tribunal ad hoc.

TBI : Traités bilatéraux d'investissement.

TCE : Traité sur la Charte de l'énergie.

TDM : Transnational dispute management.

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

TGI : Tribunal de grande instance.

TLR : Tax law review.

Trad. franç. : Traduction française.

Transnat'L&Contemp. : Transnational law & contemporary problems.

Transnatl. Dispute Manag : Transnational dispute management.

Trav. comité fr. DIP : Travaux du comité français de droit international privé.

Trib. des conflits : Tribunal des conflits.

TTIP/TAFTA : Traité de libre-échange transatlantique/Transatlantic trade and investment partnership.

TUE : Traité sur l'Union européenne.

U.C Davis J. Int'l L. & Pol'y. : U.C Davis journal of international law & policy.

UE : Union européenne.

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé.

U.PA.L.Rev : University of Pennsylvania law review.

URSS : Union des Républiques socialistes et soviétiques.

Utrecht Law Rev. : Utrecht law review.

Vanderbilt J. Transant'l L. : Vanderbilt journal of transnational law.

Virginia J. Int’l L : Virginia journal of international law.

Vol. : Volume.

Washington G.P.O : Washington government publishing office.

World.Arb.Mediation Rev. : World arbitration and mediation review.

YJIL : Yale journal of international law.

YLJ : Yale law journal.

INTRODUCTION

1. Les investissements directs étrangers (IDE) suscitent l'intérêt de nombreux Etats. La présence d'IDE sur un territoire représente une formidable opportunité de transferts de technologies et de compétences. Un lien propice est censé éclore, entre IDE et développement. Les Etats ont toujours des espérances à ce que les investissements étrangers exercent sur leur sol des influences prospères sur leurs économies, qu'ils créent des emplois, engendrent de nouveaux contribuables et augmentent les recettes fiscales. Ainsi, en 2015, avant la pandémie du COVID-19 et la guerre en Ukraine, quarante-six pays avaient adopté pas moins de quatre-vingt-seize mesures ayant trait au domaine de l'investissement étranger[1]. Parmi celles-ci, il en était dénombré soixante-et-onze qui contribuaient à la libéralisation et à la promotion de l'investissement, tandis que treize d'entre-elles introduisaient diverses restrictions à l'investissement étranger. Les douze autres mesures se caractérisaient par leur globale neutralité. Il s'agissait donc de près de 85 % de mesures favorables à la protection des investissements. De plus, en 2021 et avant la guerre en Ukraine, le volume des investissements internationaux avait retrouvé un niveau antérieur à la pandémie du COVID-19 et constituait plus de 1580 milliards de dollars US, soit une hausse de 64 % sur l'année[2], l'un des plus hauts taux depuis la crise économique de 2008[3].

En réalité, l'accroissement des IDE se corrèle très étroitement avec la dynamique de l'internationalisation des économies. Si, depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale, les flux de marchandises, de services et de capitaux entre les Etats n'ont cessé de s'accélérer, le contexte tendu d'aujourd'hui ne paraît pas des plus propices à répondre aux incertitudes des investisseurs. La guerre en Ukraine entraîne une multitude

---

[1] Cf en ce sens le Rapport sur l'investissement dans le Monde de la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2015. Ces chiffres sont inférieurs à ceux de 2001, date à laquelle 98 % des mesures étatiques adoptées avaient pour objectif de favoriser l'investissement international. Nonobstant, depuis 2005 et l'émergence des crises économiques, ce pourcentage était passé en-dessous de la barre des 80 %, voire des 75 %.

[2] L'année 2020 ayant eu un volume d'IDE exceptionnellement bas, du fait de la pandémie du COVID-19. Cf en ce sens le Rapport sur l'investissement dans le Monde de la Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2022.

[3] *Ibid.*

de crises, dans le secteur alimentaire, énergétique ou encore financier et risque fort de perturber la dynamique de la croissance de l'investissement international, surtout dans les pays en développement.

2. Les risques géopolitiques, économiques et juridiques accompagnent l'internationalisation des économies et doivent inviter les Etats à adopter un net regain d'intérêt envers des dispositions destinées à garantir les investisseurs contre les aléas d'une implantation internationale[4]. De plus en plus de dispositifs sont apparus, afin d'apporter une couverture et une incitation aux politiques d'investissements internationaux. Qu'ils s'agissent de mesures régionales[5], nationales[6] ou internationales[7], l'objectif reste similaire : assainir les rapports commerciaux internationaux entre les investisseurs privés étrangers et les

---

[4] B. O'LAUGHLIN et F. O'BRIEN, *Fundamentals of investment. A Practitioner's guide*, London, Routledge, 2019.

[5] PH. FOUCHARD et J. MOURGEON, « Le Fonds d'entraide et de garantie des emprunts du Conseil de l'Entente », *JDI* 1969.22-57. Il peut être fait mention du fonds de solidarité africain pour le continent africain ou encore du fonds d'entraide et de garantie des emprunts du Conseil de l'Entente (FEGECE).

[6] Parmi ces dispositifs, il existe en droit français la « garantie investissement ». Cette garantie permet à un investisseur français de faire face aux divers périls pouvant survenir dans l'Etat d'accueil de l'investissement. Elle couvre un large champ d'application et concerne tous les types d'investissements, réalisés ou à réaliser, qu'ils s'agissent d'investissements en capitaux, d'investissements par voie de prêts ou encore par voie de cautions et ce, dans les deux ans précédant la demande de garantie. La garantie investissement n'est pas accordée sans conditions. Elle ne couvre que les investissements durables à l'étranger (de trois à vingt ans). Pour prétendre en bénéficier, un investisseur français devra transmettre son dossier à la BpiFrance qui examinera les différents risques induits. Après avoir instruit le dossier, elle statuera soit en Comité interne soit en Commission interministérielle (Commission des garanties et du crédit au commerce extérieur) présidée par le Directeur général au Trésor.

[7] L'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), pour sa part, demeure le seul mécanisme concerté de garantie des investissements. Lors d'une réunion annuelle du 11 octobre 1985, tenue à Séoul, le conseil des gouverneurs de la banque internationale pour la reconstruction et le développement a proposé à la signature une convention, tendant à la garantie des investissements par la création d'une institution, l'AMGI. Elle est entrée en fonction le 12 avril 1988 et compte 175 Etats membres, dont la France. Pour prétendre bénéficier de la garantie de l'AMGI, l'investisseur doit être un national d'un de ses Etats membres (article 13 : « a) Toute personne physique et toute personne morale peuvent être admises au bénéfice des garanties de l'Agence, sous réserve: i) que ladite personne physique ait la nationalité d'un Etat membre autre que le pays d'accueil ; ii) que ladite personne morale soit constituée conformément au droit d'un Etat membre et ait son établissement principal dans ledit Etat, ou que la majorité de son capital soit détenue par un Etat membre ou par des Etats membres ou par des nationaux dudit ou desdits Etat(s) membre(s), à condition, dans les deux cas ci-dessus, que le pays d'accueil soit un Etat membre différent ; et iii) que ladite personne morale, qu'elle appartienne ou non à des intérêts privés, opère sur une base commerciale (…) ») et, il doit s'agir d'un investissement direct présentant une part de nouveauté ce qui, en vertu de l'article 12, inclut « l'expansion, la modernisation et le refinancement d'entreprises existantes ». Par ailleurs, l'Etat hôte de l'investissement doit avoir donné son consentement à l'opération d'investissement sur son territoire (article 15 : « L'Agence ne conclut aucun contrat de garantie avant que le gouvernement du pays d'accueil ait approuvé l'octroi de la garantie par l'Agence contre des risques expressément désignés »). Cette garantie est avantageuse. Elle couvre les risques contre l'expropriation, contre les conséquences des conflits armés ou encore contre le risque de rupture unilatérale du contrat par l'Etat d'accueil de l'investissement. Cette garantie ne se substitue pas à la compensation financière que l'investisseur lésé

Etats. Néanmoins, ces mécanismes juridiques et économiques ne réparent pas toujours des relations déjà fortement altérées entre ces acteurs, si bien que les conflits peuvent nécessiter un passage devant des prétoires.

Si les investissements privés étrangers peuvent efficacement participer au développement économique d'un Etat, leurs acteurs s'exposent à des risques qui ne sont pas négligeables. Les aléas sont nombreux et appellent leur lot de garanties. La protection ancienne la plus pacifique, offerte aux investisseurs désirant s'internationaliser, est celle de la protection diplomatique. Par ce mécanisme, l'investisseur privé étranger est autorisé à faire appel à son Etat d'origine en vue de défendre ses droits, celui-ci prenant fait et cause en sa faveur (I). Du fait des limites de ce système, l'arbitrage d'investissement a émergé (II).

pourrait exiger à l'encontre de l'Etat d'accueil ayant violé ses droits, puisque l'investissement étranger n'est pas garanti dans son intégralité par l'AMGI. Après avoir indemnisé l'investisseur, l'AMGI peut se trouver subrogée dans les droits et actions de l'investisseur lésé et agir contre l'Etat à l'origine de la réalisation du risque couvert (article 18 : « a) Dès lorsqu'elle verse ou accepte de verser une indemnité à un investisseur assuré, l'Agence est subrogée dans les droits ou créances dont pourrait disposer ledit investisseur, du fait de l'investissement assuré, à l'encontre du pays d'accueil et d'autres tiers. Le contrat de garantie détermine les modalités et conditions de la subrogation »). En principe, le règlement de ce différend né entre un Etat et l'AMGI s'effectue par la voie de la négociation ou, subsidiairement, de la conciliation (article 57 : « a) Sans préjudice des dispositions de l'art. 56 et de la section b) du présent article, tout différend entre l'Agence et un Etat membre ou un organisme d'un Etat membre et tout différend entre l'Agence et un pays qui a cessé d'être un Etat membre (ou un organisme dudit pays) est réglé conformément à la procédure décrite dans l'Annexe II à la présente Convention (…) ») et, en cas d'échec de ces deux modes de règlement des différends, une procédure d'arbitrage est possible (article 4, annexe II : « a) La procédure d'arbitrage est introduite par voie de notification adressée par la partie qui désire entamer une procédure d'arbitrage (le demandeur) à l'autre partie ou aux autres parties au différend (le défendeur). Cette notification précise la nature du différend, la réparation demandée et le nom de l'arbitre désigné par le requérant. Le défendeur, dans les 30 jours suivant la date de la réception de cette notification, informe le demandeur du nom de l'arbitre désigné par lui. Les deux parties, dans les 30 jours suivant la date de la désignation du deuxième arbitre, choisissent un troisième arbitre, qui agit comme Président du Tribunal arbitral (le Tribunal) (…) »).

I/ Le mécanisme de la protection diplomatique, prédécesseur de l'arbitrage d'investissement

Les différends entre les investisseurs et les Etats s'ancrent dans les siècles. Un temps, ils se résolvaient par l'épée et se déversaient dans le sang, les agents de la royauté usant de l'oppression face à toute tentative de rébellion des investisseurs lésés, nationaux ou étrangers. En ce sens, un litige était apparu entre des investisseurs britanniques et le roi de Sicile, au sujet de l'instauration d'un monopole sur le souffre. Ce litige s'était résolu, en 1836, par la guerre[8]. Les litiges entre un investisseur privé étranger et un Etat pouvaient également se résoudre par la « diplomatie de la canonnière », au moyen de la force armée, entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil de l'investissement. Cette méthode jouait essentiellement comme force dissuasive, pour désinciter l'Etat d'accueil à agir de manière injuste ou agressive à l'égard de l'investisseur étranger. Outre la guerre, les moyens usuels « d'appui » des Etats aux exigences de leurs investisseurs nationaux, confrontés aux violations de leurs droits par l'Etat hôte, se caractérisaient par des boycotts, des embargos ou encore par la menace de saisies de biens de l'Etat hôte, situés sur le territoire de l'Etat d'origine de l'investisseur[9]. Puis et dans une volonté d'apaiser les relations internationales, un mécanisme a trouvé un terrain propice pour se développer. Au moyen de la protection diplomatique, l'investisseur étranger s'en remettait à son Etat d'origine dans l'optique de voir ses droits être préservés. Mais privé de toute personnalité juridique internationale, l'investisseur finissait par souffrir de l'omniprésence de son Etat d'origine (A), rendant sa protection dépendante d'intérêts géopolitiques divers (B). La procédure de la protection diplomatique était destinée à s'effacer (C).

[8] Cf A. VON WALTER, « Le contentieux lié à l'investissement : entre dépolitisation et repolitisation », *Convention-s,* 20 juin 2011.

[9] *Ibid.*

A. L'omnipotence des Etats

3. Les conflits et spectres de différends sont monnaies courantes dans les rapports commerciaux internationaux. Dès le milieu du XVIII[e] siècle a germé l'idée, résultant de la pensée du pasteur et juriste suisse Emmerich de Vattel, selon laquelle un commerçant devait bénéficier de la protection de ses lois nationales et ce, même lorsqu'il quittait son territoire national[10]. Si les Etats ont toujours été souverains dans la décision de l'accueil, sur leur territoire, d'investisseurs étrangers, le statut de la condition des étrangers leur imposait d'accorder protection à tout ressortissant d'un autre Etat. A propos de l'affaire des Iles de Palmas de 1928[11], Max Hubert a énoncé que « la souveraineté territoriale ne comporte pas seulement le droit exclusif de l'exercice des activités étatiques, mais aussi le corollaire de l'obligation de protéger sur le territoire étatique les droits des nationaux et des autres Etats »[12]. En 1928, la Société des Nations a tenté de consacrer des dispositions contraignantes, visant à protéger les étrangers et leurs biens, ainsi qu'à améliorer le traitement des entreprises étrangères[13]. Dans la lignée, en 1967, l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a imaginé l'élaboration d'un projet de convention pour la protection des biens étrangers, projet qui échouera, mais dont les dispositions serviront de modèle à de nombreux traités d'investissement[14]. Enfin, en 1984, l'OCDE a opéré une révision de son Code de libéralisation des mouvements de capitaux, pour y insérer des dispositions et des garanties tenant à la libéralisation des investissements internationaux.

---

[10] E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londres, 1758, t. 1.

[11] Sentence arbitrale rendue conformément au compromis conclu le 23 janvier 1925, entre les États-Unis et les Pays-Bas, relatif à l'arbitrage des différends liés à la souveraineté sur l'île de Las Palmas, 4 avril 1928. Cf PH. JESSUP, « The Palmas Island Arbitration », *Am. J. Int. Law* 1928, p. 735 et s.

[12] Nations-Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 839.

[13] J. CHARPENTIER, « De la non-discrimination dans les investissements », *Annuaire français de droit international*, 1963, n° 9, p. 35-63 et spéc. p. 36.

[14] « Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution du Conseil de l'OCDE relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers », Publication de l'OCDE n° 23081, novembre 1967.

4. Dès un avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 3 mars 1928, il a été affirmé que les individus, personnes privées, pouvaient se voir attribuer des droits sur la scène internationale[15]. De même, la Cour internationale de justice a estimé qu'un traité international pouvait créer des « droits individuels »[16], solution qui sera par ailleurs confirmée dans un arrêt « Avena et autres ressortissants mexicains » rendu par la même Cour[17]. Si un investisseur privé étranger se voyait reconnaitre par un traité international des droits, cela ne revenait pas à affirmer qu'il était un sujet du droit international. En effet, « tout traité qui concède des droits à un individu ne fait pas de celui-ci un sujet. Ce n'est le cas que si le traité concède à cet individu un droit de porter directement un recours devant un organe international, sans l'intercession de son Etat d'origine »[18]. Avant la seconde moitié du XX^{e} siècle, embrigadé dans un litige avec un Etat, l'investisseur n'avait pas la possibilité d'agir directement, sur la scène internationale, contre l'Etat d'accueil ayant prétendument violé ses droits. A l'origine, l'individu était considéré, par les tenants de la conception volontariste du droit international, comme un sujet dépourvu de la personnalité juridique sur la scène internationale. La Cour internationale de justice a défini la personnalité juridique internationale comme la « capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et la capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »[19]. Le Professeur Charles Leben a affiné cette définition. Selon lui, « est sujet de droit international toute personne susceptible d'être soumise à des obligations par le droit international ou de bénéficier de droits quand elle est, en outre, capable d'entrer en litige directement avec le sujet premier, plénier et immédiatement du droit international, c'est-à-dire l'Etat en tant que tel et, éventuellement, d'attraire cet Etat devant une juridiction internationale »[20].

---

[15] Avis consultatif de la CPJI, sur la compétence des tribunaux de Dantzig, 1927.

[16] *All. c. USA*, CIJ, Rec. 2001, p. 446.

[17] CIJ, Rec. 2004, p. 12, 31 mars 2004, § 40 : « (L)es droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des États-Unis », et que « ce n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique ».

[18] I. SEIDL-HOHENVELDERN, « International Economic Law, General Course on Public International Law », *RCADI* 1986-III, vol. 198, p. 9-264, *in* R. KOLB, *Les Cours généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye*, Bruylant, 2003, p. 747.

[19] Avis consultatif de la CIJ, « Réparations des dommages subis au service des Nations-Unies », 11 avril 1949.

[20] CH. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI* 2003, vol.

Comme le rappelait le Professeur H. Triepel en 1923, « le particulier, du point de vue d'une Communauté de droit liant les Etats en tant que tels, est incapable d'être investi de droits et de devoirs propres, découlant d'un système juridique de cette communauté. On ne peut concevoir l'individu, dans le cadre du droit international proprement dit, que comme objet de droits et de devoirs internationaux »[21]. L'individu ne disposait d'aucune capacité d'ester en justice sur l'estrade internationale et ne pouvait, de lui-même, défendre ses prétentions. Il ne le pouvait que par incorporation, en sollicitant son Etat d'origine d'agir pour la défense de ses intérêts lésés. L'Etat était le « sujet premier » du droit international[22] et, « un tel sujet (l'Etat) a la capacité d'être titulaire de droits et de devoirs internationaux (….), de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale »[23]. Par conséquent, l'investisseur, personne privée, était confronté à des obstacles juridiques de taille pour arguer en justice de ses droits internationaux contre un Etat. Pour le préserver de violations graves et injustes, le mécanisme de la protection diplomatique est venu en palliatif au défaut de personnalité juridique internationale de l'investisseur, l'Etat d'origine se substituant en justice à son investisseur national. Cette garantie sera codifiée en 1997, par la Commission du droit international, comme « l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité »[24].

5. La protection diplomatique était un moyen de contrecarrer l'inexistence de personnalité juridique internationale des personnes privées et de leur apporter des garanties contre les abus dont elles pouvaient faire l'objet. Dans un traité de commerce conclu entre le roi de France et le roi du Danemark en 1749, les deux souverains s'engageaient déjà à « resserrer les nœuds de leur union mutuelle et à le faire ressentir

---

302, § 208.

[21] H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI* 1923, vol. I, p. 81.

[22] G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, vol. 207, p. 68.

[23] Avis consultatif de la CIJ, « Réparations des dommages subis au service des Nations-Unies », 11 avril 1949, CIJ Recueil, 1949, p. 179.

[24] ONU, Rapport de la Commission du droit international, 58e session, 2006.

à leurs sujets »[25]. Leurs sujets bénéficiaient de cette coopération. Dans ce traité se trouvaient les prémices d'une pratique fondée sur la protection diplomatique, prémices également consacrés dans les nombreux « Traités d'amitié et de commerce », protégeant les ressortissants des Etats signataires. La Cour permanente de justice internationale a défini la protection diplomatique comme le fait, pour un Etat, de prendre « fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale » pour « faire valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »[26]. L'Etat d'origine agissait en tant qu'intermédiaire pour l'investisseur.

6. Pour que la protection diplomatique s'applique, la personne privée devait être un ressortissant de l'Etat d'origine et détenir une nationalité continue, depuis la survenance du dommage jusqu'à l'introduction de la réclamation. L'individu pouvait être soit une personne privée physique[27] soit une personne morale[28]. Des exigences de « clean hands » (mains-propres) étaient posées à la charge de l'investisseur privé, celui-ci ne devait pas avoir commis des infractions à la loi sur le sol de l'Etat d'accueil de l'investissement. En apparence, des succès de protection diplomatique sont à recenser. Une protection diplomatique a donné lieu à une procédure arbitrale en 1900. Il s'agit de l'affaire dite du « Chemin de fer de la baie de Delagoa », dans laquelle la Grande-Bretagne et les Etats-Unis avaient exigé du Portugal une compensation financière pour les dommages causés à leurs investisseurs nationaux, à la suite d'une décision de rupture unilatérale du contrat de concession d'une voie ferroviaire par l'Etat portugais. Le tribunal arbitral a accordé de telles indemnisations[29]. D'autres démonstrations marqueront la réussite de la protection diplomatique des investisseurs étrangers. Dans l' « Affaire des réclamations norvégiennes » du 13 octobre

---

[25] P-L-A-B. BLANC DE LA NAUTTE HAUTERIVE, *Recueil des traités de commerce et de navigation de la France avec les puissances étrangères depuis la paix de Westphalie, en 1643*, Bibliothèque nationale de France, 1834, t. 5, partie 2. Cf également P. BOITEAU D'AMBLY, *Les traités de commerce: texte de tous les traités en vigueur, notamment des traités conclus avec l'Angleterre, la Belgique, la Prusse (Zollverein), et l'Italie*, New York, B. Franklin, 1970, p. 194.

[26] CPJI, 30 août 1924, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, Rec. Série A, n° 2, p. 12.

[27] *Ibid.*

[28] CIJ, 5 février 1970, *Affaire Barcelona Traction, Light Power and Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, CIJ, Rec. 1970, p. 3.

[29] *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Royaume-Uni et États-Unis c. Portugal)*, reproduit dans H. LA FONTAINE,

1922, le gouvernement américain avait réquisitionné des navires norvégiens présents sur son sol, du fait de la volonté de participer à l'effort de guerre. Les armateurs norvégiens avaient fait appel à l'Etat norvégien, qui avait exigé une indemnisation complète basée sur la valeur des navires, ce qu'a consenti le tribunal arbitral[30]. De même, dans l'affaire Sabla, les Etats-Unis avaient intenté une action devant un tribunal arbitral contre le Panama en exigeant une compensation financière pour une ressortissante américaine injustement expropriée de ses propriétés immobilières au Panama, ce que le tribunal arbitral a accordé[31].

7. Qualifier la protection diplomatique d'un droit propre de l'Etat peut faire l'objet de nuances, car, pour obtenir réparation, l'Etat était amené à prendre en compte le préjudice de son investisseur national lésé. De plus, l'épuisement des voies de recours internes de l'Etat auteur du dommage était exigé comme préalable à la mise en jeu potentielle de la protection diplomatique, ce qui entre en contradiction avec l'idée que la protection diplomatique est un droit propre de l'Etat. Comme l'a souligné le Professeur Michel Cosnard, « (c)e n'est pas le moindre des paradoxes de cette institution que d'affirmer que seul le droit de l'Etat est en cause, mais de rendre son exercice tributaire d'une action ou non-action du particulier (…) »[32].

Longtemps, l'investisseur n'a pas été en mesure de disposer d'une quelconque capacité d'agir en justice sur la scène internationale et ne pouvait défendre ses réclamations. Si la protection diplomatique a été encouragée pour garantir les intérêts des investisseurs, il s'agissait d'un mécanisme long, énergivore et aux remises en cause certaines.

Pasicrisie internationale, 1794-1900, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 397-402.

[30] CPA, 13 octobre 1922, *1 UN Rep. Int. Arbitral Award*, 1918, vol. 1, p. 307.

[31] T. ad hoc, *Marguerite de Joly de Sabla (United States) c/Panama*, 29 juin 1933 : *RSA*, vol. VI, p. 358-370.

[32] M. COSNARD, « Rapport Introductif », in SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 49-50.

B. Une protection insuffisante

8. Par la mise en jeu de la protection diplomatique, l'Etat témoignait de son désaveu de voir l'un de ses investisseurs nationaux subir une violation de ses droits. L'Etat désirait que les principes du droit international soient respectés pour ses propres ressortissants, de telle sorte que « si les droits du particulier sont en jeu, seuls ceux de l'Etat sont en cause »[33]. Pour adapter la pensée de E. de Vattel, « offenser le citoyen, c'est offenser son Etat »[34]. Malgré tout, les écueils de la protection diplomatique étaient multiples, cette dernière n'ayant jamais été une garantie acquise pour les investisseurs privés. L'enclenchement de cette protection dépendait du bon vouloir de l'Etat d'origine de l'investisseur. Elle était purement discrétionnaire, l'Etat d'origine pouvant privilégier de faire prévaloir les bonnes relations entretenues avec l'Etat d'accueil de l'investissement[35]. En somme, l'investisseur ne pouvait pas contraindre son Etat d'origine d'exercer la protection diplomatique[36]. Cette protection diplomatique plaçait l'Etat au centre de l'instance, elle était un acte de gouvernement qui échappait à la compétence des juridictions françaises[37]. Autrement dit, « l'acte relevant de la protection diplomatique (…) (n'était) pas susceptible de faire l'objet d'une action contentieuse »[38].

---

[33] C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe, éléments épars du statut international des sujets internes », in *SFDI, Le sujet en droit international …, préc.,* p. 86.

[34] E. DE VATTEL, *op. cit.,* Titre I, Livre II, Chap. XVIII, p. 534.

[35] La Cour internationale de justice avait d'ailleurs précisé que « l'Etat doit être considéré comme seul maitre de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce » (Arrêt CIJ, *Barcelona Traction* du 5 février 1970 *préc.*).

[36] S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherche sur la protection diplomatique*, Pedone, 2007, p. 513 : « l'individu ne pouvait revendiquer un quelconque droit subjectif à la protection de son Etat de nationalité ».

[37] C'est ce qu'a d'ailleurs rappelé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 mars 1966, n° 65-180.

[38] Comme en témoigne un jugement du Tribunal des conflits rendu le 2 décembre 1991, n° 02-678.

9. La protection diplomatique était aussi un long processus pour l'investisseur, impliquant l'épuisement des voies de recours internes de l'Etat auteur du dommage. Il s'agissait de respecter la souveraineté de chaque Etat et de leur présumer une justice suffisamment efficace et non défaillante[39]. Un autre inconvénient de la protection diplomatique tenait au fait que le versement de l'indemnité réparatrice redevable du fait de la violation des droits de l'investisseur était propriété de l'Etat d'origine. L'Etat d'origine pouvait décider de reverser cette indemnité à l'investisseur tout comme il pouvait opter pour un tout autre choix, celui de la conserver au titre de la réparation de son propre préjudice et ce, sans avoir à s'en justifier. Si « l'indemnité accordée à l'Etat dans l'exercice de sa protection diplomatique » était « destinée à réparer le préjudice subi » par son ressortissant, « l'Etat (restait) (…) seul maître de la décision de restituer cette réparation au ressortissant concerné : en tout état de cause, une telle opération ne concern(ait) pas le droit international, elle (relevait) exclusivement du droit interne »[40]. Sur ce point, la protection diplomatique était un mécanisme qui aurait pu s'améliorer, comme en témoignait le projet d'article de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, qui ambitionnait de donner davantage de place à l'individu, personne privée. L'article 19 alinéa c) de ce projet recommandait à l'Etat de « transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenu de l'Etat responsable »[41]. Il ne s'agissait là que d'une recommandation, qui restera « sans écho sur le droit positif » de l'époque[42].

10. En dépit des critiques adressées à l'encontre de la protection diplomatique, il convient d'admettre que les Etats avaient, progressivement, laissé davantage de place aux investisseurs privés dans la conduite de l'instance arbitrale. Parfois les Etats, avant d'enclencher une procédure arbitrale (par la signature d'un

---

[39] La doctrine Calvo avait pour effet d'obliger les investisseurs étrangers, en cas de plaintes contre un Etat, d'épuiser toutes les voies de recours internes de l'Etat qu'ils désiraient poursuivre. Cette doctrine avait été établie en 1863 par le juriste Carlos Calvo et était retrouvée dans de nombreux traités et dans de nombreuses conventions du commerce international.

[40] O. DE FROUVILLE, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo, 19 juin 2012). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international* 2007, vol. 53, p. 291-327.

[41] *CDI* 2006, vol. II.

[42] J-M. THOUVENIN, « Ordre juridique de l'Union européenne et droit international : ignorance, soumission, révolte ? », *in* M. Benlolo-Carabot, *Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 854.

compromis d'arbitrage) contre l'Etat d'accueil, sollicitaient le consentement des investisseurs. Cela témoignait de la coopération qui s'installait, entre l'investisseur et son Etat d'origine, dans la conduite de l'action arbitrale issue du mécanisme de la protection diplomatique. Connaissant mieux l'affaire en cause, l'individu était alors consulté, lors de la signature du compromis d'arbitrage, dans le choix des arbitres et il était invité à défendre sa cause par la voix de son avocat devant un tribunal arbitral dont il avait participé à la constitution[43]. Dès lors, était perceptible la volonté des Etats, par ces écarts à la nature originaire de la protection diplomatique, de rendre l'individu *magister* officieux du droit d'action sur la scène internationale. La Cour permanente de justice internationale a affirmé qu' « on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par des tribunaux nationaux »[44]. Les investisseurs, avant d'être des ressortissants privés, sont avant tout des personnes étrangères. Or, la protection des droits des étrangers a toujours été une visée poursuivie par la majorité des gouvernements nationaux. Il s'agit « là d'une préoccupation majeure des relations internationales depuis que l'Etat existe au sens moderne »[45] et, en 1758 déjà, « dès qu(e l'Etat) les reçoit, il s'engage à les protéger comme ses propres sujets, à les faire jouir, autant qu'il dépend de lui, d'une entière sûreté »[46].

---

[43] G. GUYOMAR, « L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers », *Annuaire français de droit international* 1959, vol. 5, p. 333-354.

[44] CPJI, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B n° 15, p. 17-18.

[45] A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3e éd., 2020, p. 11, § 2.

[46] E. DE VATTEL *op. cit.*, rééd., Paris, Rey & Gravier, 1820, Livre II, Chap. 8, § 104.

C. La protection diplomatique, une procédure devenue subsidiaire

11. Le perfectionnement, le modernisme du droit international trouve l'un de ses avènements dans la consécration de mécanismes permettant à un individu d'agir directement contre un Etat à l'origine de son dommage. Cette avancée s'est d'abord matérialisée sur le terrain des droits de l'Homme, avant d'atteindre le terrain de la protection des investissements. Ce sera par la célèbre sentence arbitrale « AAPL c. Sri Lanka », que l'arbitrage international en matière d'investissement s'ouvrira à tous les investisseurs bénéficiant d'un traité de protection conclu entre leur Etat d'origine et l'Etat hôte de l'investissement[47]. La place de la protection diplomatique s'est édulcorée au fil des décennies, son rôle « (…) s'est estompé, celle-ci n'étant en pratique appelée à intervenir que dans les rares cas où les régimes conventionnels n'existent pas ou se sont révélés inopérants (…). La protection par substitution constituerait donc le tout dernier recours pour la protection des investissements étrangers »[48]. Progressivement, un droit d'action propre à l'investisseur privé a été consacré[49]. Ainsi, un tribunal arbitral a déjà déclaré que « l'investisseur peut agir contre l'avis de son Etat de nationalité, ou en invoquant des prétentions juridiques auxquelles son Etat de nationalité est opposé, ce qui prouverait que les droits dont il revendique le respect lui appartiennent en propre et qu'il n'est pas le simple agent de son Etat »[50].

---

[47] Sent. CIRDI, 27 juin 1990, *Sri Lanka Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, aff. ARB/87/3.

[48] Sent. CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, C.I.J. Recueil 2012, p. 324.

[49] Comme en témoigne le fait que la Convention de Washington, en son article 27, prohibe à l'Etat d'origine de l'investisseur d'exercer sa protection diplomatique contre l'Etat hôte : « (1) Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend ».

[50] Sent. CIRDI, 15 janvier 2008, *Corn Products International, Inc. c. Etats-Unis du Mexique*, aff. n° ARB(AF)/04/01. Cette affirmation sera d'ailleurs confirmée dans plusieurs sentences ultérieures, telles que la sentences CIRDI *Cargill, Incorporated c. États-Unis du Mexique*, aff. n° ARB(AF)/05/2 du 18 septembre 2009 et la sentence d'un tribunal arbitral ad. hoc (CNUDCI), *République d'Italie c. République de Cuba* du 15 janvier 2008, IIC 507 (2008).

12. La protection diplomatique est devenue une protection secondaire. Si le prétoire le plus naturel demeure celui des juridictions internes de l'Etat d'accueil de l'investissement, saisir la justice étatique de cet Etat ne retiendra pas la préférence de l'investisseur étranger, craignant d'un manque d'indépendance et d'impartialité de cette dernière. Un nouveau mode de résolution des litiges entre investisseurs et Etats était appelé à apparaitre : l'arbitrage. Il s'agit d'une justice ancienne, déjà pratiquée sous l'Antiquité par les grecs, dans l'optique de régler les différents existants entre les Cités, ainsi que dans la civilisation islamique. Au Moyen-Age, les commerçants privilégiaient un mécanisme de règlement des différends rapide et consensuel, la justice royale n'étant utilisée que comme une force de persuasion opposée à l'autre partie. L'arbitrage était privilégié par les parties souhaitant se protéger de l'arbitraire de la justice royale. A cette époque, le pape, titulaire de l'autorité morale, utilisait également le procédé de l'arbitrage, pour régler les différends entre les souverains. Puis et dès 1794, le traité Jay, conclu entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, instituait le recours à l'arbitrage pour tous les litiges nés de la guerre d'indépendance[51].

13. En réalité et bien avant le mécanisme de la protection diplomatique, il existait des reliquats de l'arbitrage en matière d'investissement entre un investisseur étranger et un Etat. L'illustration la plus célèbre a trait à la sentence rendue le 6 juillet 1864 par Napoléon III, dans un différend relatif à la concession et à l'édification du Canal de Suez[52]. Cette sentence attestait de la présence d'une convention d'arbitrage, dans une affaire ayant rapport à la modification unilatérale par l'Etat égyptien du règlement dont bénéficiait l'entreprise étrangère. En l'espèce, un investisseur privé étranger s'était vu accorder une capacité d'action processuelle sur la scène internationale, ce qui lui avait permis d'agir directement contre l'Etat hôte de l'investissement devant un tribunal arbitral et ce, par le biais d'une convention d'arbitrage insérée dans le contrat de concession conclu avec l'Egypte. Cela traduisait la capacité d'action substantielle dont étaient dotés certains investisseurs étrangers, en contractant directement avec l'Etat hôte. C'est l'avènement des contrats d'Etat, conclus par un Etat avec une personne privée étrangère.

---

[51] Cf J. MOORE, *History and Digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*, Washington, G.P.O, 1898, vol. 1.

[52] G. SPILLMANN, « Le percement de l'isthme de Suez », *Revue du Souvenir Napoléonien*, octobre 1972, n° 266, p. 6-10.

14. Malgré tout, si des investisseurs privés ont pu agir directement contre des Etats en réparation, l'intention n'était pas de donner aux individus un statut international, mais « l'accès des particuliers aux tribunaux arbitraux mixtes d'après-guerre (était) une exception très limitée, visant à éviter de mettre directement aux prises les Etats ex-ennemis. Les Gouvernements respectifs (gardaient) un rôle important dans la procédure et (pouvaient) toujours transiger (…). L'accès direct aux tribunaux (avait) divers avantages : (1) l'Etat se débarrass(ait) d'affaires de moindre importance ; (2) les particuliers (pouvaient) poursuivre leurs droits indépendamment de la situation politique générale (…) »[53].

Désormais, l'individu est un sujet doté de la personnalité juridique internationale. Il est devenu un sujet central du droit international, titulaire de droits sur la scène internationale dont il peut revendiquer le respect. C'est précisément cette évolution qui explique, en partie, l'avènement des traités bilatéraux d'investissement (TBI), contenant des clauses d'arbitrage permettant aux investisseurs étrangers d'assigner directement un Etat devant des prétoires privés pour faire valoir leurs intérêts lésés. Politisant les débats, la protection diplomatique se révélait n'être que la matérialisation d'un différend inter-étatique, l'Etat d'origine faisant écran. La protection diplomatique s'apparentait davantage à un droit procédural d'un gouvernement national et non à un droit de l'individu et s'inscrivait dans une ère dans laquelle l'investisseur n'était pas reconnu, en tant que tel, comme acteur sur la scène internationale. Aujourd'hui, cette ère est révolue et des garanties nouvelles étaient appelées à sortir de leur terreau.

[53] E. KAUFMANN, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1935-IV, vol. 54, p. 313-613.

II/ L'arbitrage d'investissement, mode privilégié de règlement des litiges

L'arbitrage international en matière d'investissement est devenu, au cours de ces dernières années, la justice usuelle du droit du commerce international. Le Professeur Henri Motulsky a défini l'arbitrage comme « le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »[54]. De cette définition ressort la dualité essentielle caractérisant l'arbitrage, son aspect conventionnel (les parties au litige soumettant leur différend à un arbitre, par une convention) et son aspect juridictionnel (l'arbitre rendant une sentence tranchant le litige). La convention de Washington consacre l'arbitrage d'investissement. Elle a été proposée le 18 mars 1965 par A. Broches et est le fruit d'une longue et complexe négociation opérée entre les administrateurs de la banque mondiale[55]. Son succès considérable peut, en partie, s'expliquer par l'échec du « nouvel ordre économique international » réclamé par les pays en développement. L'arbitrage international, qu'elle prône en matière d'investissement, est devenu la pierre essentielle dans l'assurance d'une protection équitable, juste et impartiale des investisseurs étrangers. De plus, le recours à l'arbitrage d'investissement a pu permettre une dépolitisation des débats et un meilleur apaisement diplomatique des relations bilatérales entre Etats.

Les traités d'investissements ou accords de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) sont des traités liant au moins deux Etats et contenant des dispositions obligatoires tendant à la protection des investissements étrangers et, le plus souvent, une clause d'arbitrage. L'une des plus grandes particularités de ces traités a trait au fait que les investisseurs étrangers n'en sont pas les signataires, ces traités étant conclus entre deux Etats souverains. Les investisseurs ne sont que les bénéficiaires de l'engagement conclu. La protection des investisseurs ressort de traités d'investissements de plus en plus multiples. Aujourd'hui, il est dénombré plus de 3000 TBI, alors qu'il n'en était décompté que 400

[54] H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010, p. 3. Cf également J. ORTSCHEIDT et CH. SERAGLINI, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Précis Domat, 2e éd, 2019.

[55] Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats Conclue à Washington le 18 mars 1965.

en 1990. Suivant le modèle du premier TBI signé en 1959, entre le Pakistan et l'Allemagne[56], les traités ultérieurs en ont repris la construction. Ils se subdivisent en trois parties, une première partie énonçant des définitions (investissement …), une seconde déclarant les standards de protection substantielle dont les investisseurs sont en droit de bénéficier et, enfin, une dernière détaillant la procédure arbitrale à enclencher. Encore aujourd'hui, l'une des attaques les plus virulentes frappant l'arbitrage d'investissement demeure celle relative à la notion transcendante de l'investissement. Il s'agirait de « l'une des (questions) des plus délicates et des plus controversées de la Convention, la jurisprudence du CIRDI étant plus divisée sur ce point que tout autre »[57]. Essentielle, la définition fonde à elle-seule la compétence *ratione materiae* de l'arbitrage d'investissement (A). L'autre problématique communément associée à l'arbitrage d'investissement tient à la compétence *ratione personae*, au fait que l'Etat ne saurait pas, avec précision, à quel « investisseur » il donne son consentement (B).

[56] Traité d'investissement entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, tendant à encourager et à protéger les investissements (avec Protocole et échange de notes), signé à Bonn, le 25 novembre 1959.

[57] E. GAILLARD, « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in J-M. SOREL (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle, En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, 2009, p. 17-18.

A. La compétence *ratione materiae*

La dénomination d'investissement est présente dans plusieurs disciplines du droit, qu'il s'agisse du droit bancaire, du droit des sociétés ou encore du droit international privé. L'absence de définition rigoriste sur la notion d'investissement (1) a ouvert la porte aux discussions doctrinales et arbitrales sur le sujet (2).

1) La notion d'investissement

15. Si un investissement ne poursuit qu'une finalité majeure, la perspective de générer un profit, sa définition est susceptible de prendre plusieurs figures. Cette polymorphie s'explique, principalement, par le silence de la convention de Washington sur une définition stricte de la notion. Un investissement est une opération dont l'objectif est de se renouveler et d'accroître le capital d'une économie. En cela, l'investissement est un accélérateur de croissance. Il contribue au développement d'un pays et à la création d'emplois. Pour caractériser un investissement, la science économique prend essentiellement en compte un transfert de fonds, une durée suffisamment longue, un risque commercial et un retour sur investissement espéré. Le fonds monétaire international (FMI) s'attache à cette essence économique et perçoit les investissements comme des « engagements de capitaux effectués en vue d'acquérir un intérêt durable, voire une prise de contrôle, dans une entreprise exerçant ses activités à l'étranger »[58]. La notion d'investissement est perçue comme contenant, en elle-même, la notion d'investissements directs à l'étranger et la notion d'investissements de portefeuille. L'IDE est un investissement durable effectué par une personne physique ou une personne morale, opérant des placements dans des actifs à l'étranger. La notion d'IDE recouvre trois formes principales d'opérations ; la création d'une entreprise nouvelle, le fait d'entrer dans le capital d'une entreprise implantée dans l'Etat hôte, par le biais d'une fusion ou d'une acquisition, et les emprunts et fonds accordés à une société implantée dans l'Etat d'accueil. L'investissement

[58] FMI, *Balance of Payments Manual*, 6e éd., 2013, n° 359, p. 86.

en portefeuille consiste davantage en un simple placement de capital effectué dans une vision de court terme. En réalité, la définition juridique de l'investissement dépasse la distinction IDE/investissement en portefeuille. C'est pourquoi la doctrine n'a pas hésité à qualifier le concept d'investissement de notion « élastique »[59], à la dérive[60] ou matérialisant le capharnaüm du droit[61]. L'appellation de l'« investissement » est un syntagme polymorphe puisque « la polysémie est une marque essentielle du vocabulaire juridique »[62]. Si « la fortune d'une expression s'explique par la pauvreté de son contenu : le mot d'investissement n'échappe pas à cette règle »[63].

16. La grande majorité des TBI définit l'investissement comme « les avoirs de toute nature » avant d'en dresser des listes, exhaustives ou non. Ce faisant, les TBI ne donnent généralement aucune définition concise de l'investissement. Ils se contentent d'énoncer une litanie de chainons pouvant recevoir la qualification d'investissement. Devant tant d'incertitudes sur une rigidité de la définition, les rédacteurs de la Convention de Washington ne semblent pas aller dans le sens d'une qualification unanime[64].

17. L'article 30 du premier projet de la convention de Washington, publié le 11 septembre 1964, apportait une définition au concept de l'investissement - « ''investissement'' signifie toute contribution en argent ou autres avoirs ayant une valeur économique, effectuée pour une période indéfinie ou, si la période est

---

[59] S. KINSELLA, TH. PAPANASTASIOU et N. RUBINS, *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide*, Oxford University Press, 2020, p. 289 et s., cités dans F. YALA, « La notion d'investissement », *Gaz. Pal*. 2005, vol. 349, p. 1.

[60] F. YALA, « The Notion of Investment in ICSID Case Law – Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS & Mihaly », *J. Int. Arb.* 2005, vol. 2, p. 105.

[61] M. HAROUN, *Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions franco-algériennes*, LexisNexis, 2000, n° 114.

[62] D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY-PUF, 2003, p. 953.

[63] Y. GAILLARD et G. THUILLIER, « Qu'est-ce qu'un investissement ? », *Revue Economique* 1968, vol. 19, n° 4, p. 607-637.

[64] O. ONANA, « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », *Revue générale de droit*, 2012, vol. 42(1), p. 57–104.

précisée, pour au moins cinq ans »-[65]. Cette définition n'a pas convaincu les auteurs de la convention révisée. Les précisions de la conception de contribution et de durée n'ont pas apporté l'adhésion d'une partie des rédacteurs, du fait d'une trop grande largesse. L'absence de définition de la notion d'investissement par la convention de Washington répond à la volonté de ses auteurs d'écarter une rigidité trop stricte sur la question. Le paragraphe 27 du Rapport des administrateurs a énoncé qu' « il n'a pas été jugé nécessaire de définir le terme 'investissement', compte tenu du fait que le consentement des parties constitue une condition essentielle et compte tenu du mécanisme par lequel les Etats contractants peuvent, s'ils le désirent, indiquer à l'avance les catégories de différends qu'ils seraient ou ne seraient pas prêts à soumettre au Centre (article 25(4)) »[66]. La convention de Washington a cherché à favoriser le recours à l'arbitrage d'investissement. Si une définition précise de l'investissement avait été posée, il en serait ressorti un aspect limitatif et les litiges auraient eu trait à l'applicabilité même de la convention de Washington. Ainsi, l'absence de définition d'investissement est intentionnelle. Devant toujours autant de flottements, la Cour internationale de justice pourrait être saisie. L'article 64 de la convention de Washington dispose que « tout différend qui pourrait surgir entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou l'application de la présente Convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable est porté devant la Cour internationale de justice à la demande de toute partie au différend, à moins que les Etats intéressés ne conviennent d'une autre méthode de règlement ». Pour autant, une telle saisine est peu probable. Ni les Etats ni les investisseurs ne semblent prêts à se soumettre à une interprétation non malléable de la notion d'investissement, interprétation pouvant être contraire à leurs intérêts. Pour combler ce vide juridique persistant et contesté, des doctrines ont tenté de prendre le relai.

[65] Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Analyse des Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention, CIRDI, Washington, 1970, p. 116.

[66] Rapp., ICSID/2, p. 9, n° 27.

2) Querelles doctrinales et arbitrales

Plusieurs conceptions de la notion d'investissement ont été posées. D'une part, il peut être fait mention de la situation dans laquelle un investisseur opérerait une acquisition d'une entreprise sur le territoire d'un Etat d'accueil ou développerait une entreprise sur le sol de celui-ci (« entreprise based approach »). D'autre part, la définition de l'investissement pourrait résider dans une énumération exhaustive au sein d'un accord (« closed-list asset-based approach »)[67]. A contrario, la définition de l'investissement pourrait se caractériser par une litanie d'opérations non-exhaustives (« open-list asset-based approach »)[68]. Cette dernière approche est la plus favorable à l'investisseur, car elle dresse une liste non-limitative de la qualification d'investissement. L'investisseur voit alors s'accroitre ses chances de voir l'opération en cause être accréditée comme étant un investissement et de valider la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral. Si une telle approche ouvre la voie à une qualification à outrance de la qualité d'investissement par les tribunaux arbitraux, elle a connu son succès, en témoigne notamment le TBI allemand qui retient une conception encore plus extensive des critères de l'investissement, en énonçant la formule suivante : « Les investissements comprennent notamment (…) »[69].

Si ces trois approches ont alimenté les débats, ceux-ci se sont davantage cristallisés autour de deux conceptions majeures, une conception objective de l'investissement (a) et une conception subjective (b).

[67] *2004 Canadian Model Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments*.

[68] *2012 US. Model Bilateral Investment Treaty*.

[69] *2008 German Model Treaty concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*.

a. La conception objective

18. La conception objective fonctionne par la méthode du faisceau d'indices. Elle vise à éluder toute tentation des parties de s'engouffrer dans la brèche que constitue l'absence de définition de l'investissement, pour bénéficier du régime protecteur des TBI. La conception objective se traduit par la mise en place de critères dénués de tout compromis, visant à démontrer de la présence d'un investissement. Naturellement, des divergences sur les critères à retenir sont apparues, alors même qu'il parait essentiel de s'accorder sur ces derniers.

19. La conception objective a été consacrée dans un arrêt Salini, énonçant quatre critères à la notion d'investissement ; celui d'un apport au pays d'accueil, d'une certaine durée de l'investissement ; de la contribution au développement économique du pays ; ainsi que de la participation aux risques inhérents à la transaction. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de construction d'une autoroute, par une société italienne, au Maroc. En l'espèce, le tribunal y a estimé qu'il s'agissait d'un investissement[70]. La réalisation d'un apport au pays hôte n'est pas forcément et seulement d'ordre financier. L'apport peut consister en un transfert de compétences, de matériels ou de main-d'œuvre[71]. Concernant le second critère ayant trait à la durée de l'investissement, l'objectif est de distinguer l'investissement d'une simple transaction[72]. Quant au critère du risque, il faut considérer l'ensemble des aléas, qu'ils soient commerciaux,

---

[70] Sent. CIRDI, 23 juillet 2001, *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA c. Royaume du Maroc*, aff. n° ARB/00/4. En l'espèce, le tribunal arbitral a constaté « (l)es contributions des entreprises italiennes (et le fait) qu'elles ont utilisé leur savoir-faire, qu'elles ont fourni le matériel nécessaire et le personnel qualifié pour la réalisation des travaux, qu'elles ont installé l'outil de production sur le chantier de construction, ont obtenu des emprunts leur permettant de financer les achats nécessaires à la réalisation des travaux et au paiement des salaires de la main-d'œuvre, et enfin ont convenu de l'émission de garanties bancaires (...). Les entreprises italiennes ont donc versé des contributions en argent, en nature et dans l'industrie. Bien que la durée totale d'exécution du contrat ait été fixée à 32 mois, elle a été étendue à 36 mois. La transaction respecte donc le minimum de temps retenu par la doctrine, qui est de 2 à 5 ans. En ce qui concerne les risques encourus par les sociétés italiennes, ceux-ci découlent de la nature du contrat en cause (...) ».

[71] C'est d'ailleurs ce qu'a précisé le tribunal arbitral dans la sentence *Bayindir c. Pakistan*, exigeant néanmoins que cet apport soit « substantiel » (Sent. CIRDI, 14 novembre 2005, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/29, § 116 et § 136.

[72] Dans la sentence *Salini c. Maroc préc.*, il avait été souligné que « la durée minimale observée par la doctrine » était de « deux à cinq ans ».

économiques ou politiques. Le critère de la contribution au développement économique du pays d'accueil a davantage fait débat pour son manque de précision. Le Préambule de la convention de Washington ainsi que le paragraphe 87 du Rapport des administrateurs évoquent le rôle joué dans le développement économique par les investissements privés étrangers[73]. Présente en droit de la concurrence, la détermination de l'activité économique est un « critère illusoire », « rebelle à la conceptualisation »[74]. Une contribution au développement social ou culturel d'un Etat pourrait-elle être intégrée au critère de contribution à son développement économique ? En versant des charges à un Etat et en participant au financement de ses services publics, un investisseur étranger ne participerait-t-il pas là au développement économique de l'Etat d'accueil ? Devant ces indécisions, d'autres sentences adopteront la conception objective sans faire mention au critère du développement économique de l'Etat hôte[75].

20. En pratique, les critères Salini demeurent suivis par les arbitres[76] qui en imposent parfois même un cinquième, celui de la « régularité des fruits et revenus »[77], en consacrant la méthode du « two-fold test » ou « test à deux étages ». En application de cette méthode, un investissement est reconnu comme tel s'il l'est de manière cumulative au sens du TBI invoqué et, au sens de la convention de Washington.

21. L'approche de la notion d'investissement par le récent traité CETA, dont la présentation interviendra dans les prochains développements, est très extensive. Elle ne se limite pas aux critères du test Salini. Si l'Union européenne a repris certains des critères Salini, c'est uniquement en tant que point de référence

---

[73] Le préambule de la Convention de Washington invoque « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique ».

[74] E . BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009, t. XXIII, n° 3, p. 353-385.

[75] « (L)a définition objective de l'investissement dans le cadre de la Convention CIRDI et du TBI comprend les éléments constitutifs d'une contribution ou d'une allocation de ressources, d'une durée et d'un risque, ce qui inclut l'attente (…) d'un retour commercial », sent. CIRDI, 17 octobre 2013, *KT Asia Investment Group B.V. c. République du Kazakhstan*, aff. n° ARB/09/8, § 165-166.

[76] Sent. CIRDI, *Karkey c. Pakistan*, aff. n° ARB/13/1, 22 août 2017, § 633.

[77] Sent. CIRDI, *Fedax NV c. Venezuela*, aff. n° ARB/96/3, (2002) 5 ICSID Rep 183, (1998) 37 ILM 1378.

optionnel. Le CETA s'appliquera pour tout bien « qui a les caractéristiques d'un investissement, qui incluent une certaine durée et d'autres caractéristiques telles que l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gain ou de profit ou la prise de risque »[78]. Seul le critère de la « certaine durée » paraît notoire, les trois autres critères Salini semblant être listés comme de simples exemples. Les traités conclus par l'Union européenne avec Singapour[79] et le Vietnam[80] ont été encore plus souples, car les quatre critères Salini, y compris celui de la « certaine durée », n'ont que valeur d'exemples laissés à la libre appréciation des tribunaux. Le traité FTA avec Singapour énonce s'appliquer à tout bien « qui présente les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gain ou de bénéfice, la prise en charge du risque ou une certaine durée »[81]. En définitive, dans les traités d'investissement conclus avec d'autres Etats, l'Union européenne s'est affranchie de la majorité des critères Salini, en les considérant facultatifs. Et un critère Salini semble s'être totalement évaporé des considérations de l'Union européenne, à savoir le critère de la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil.

b. L'approche subjective

22. La conception subjective accorde primauté à l'accord des parties. L'investissement est l'opération que les parties au litige auront considérée comme tel[82]. La conception subjective de l'investissement tend à contester le rigorisme dans l'utilisation de critères restreints, ces derniers portant en eux le danger

[78] Article 8.1 du Traité CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*).

[79] *EU–Singapore Investment Protection Agreement, Chapter 1 – Objective and General Definitions*, 2018.

[80] *EU–Vietnam IPA, Chapter I – Objectives and General Provisions, Article 1.2(h) and Chapter III, Article 3.38, Article 3.39 and Article 3.40*, 2019.

[81] Cf en ce sens M. HWANG et J. FONG LEE CHENG, *Definition of "Investment"—A Voice from the Eye of the Storm*, Cambridge University Press, 2010.

[82] Comme en témoigne l'affaire *Middle East Cement Shipping and Handling c/ République arabe d'Egypte*, 12 avril 2002, CIRDI, aff. n° ARB/99/2 ou l'affaire *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. République slovaque* du 24 mai 1999, CIRDI, aff. n° ARB/97/4.

d' « handicaper l'institution »[83]. Faute de règle de précédents en matière d'arbitrage, les critères ne font pas tous l'unanimité parmi les tribunaux arbitraux, ce qui nuit à la sécurité juridique des investisseurs privés. En effet, des arbitres pourront voir dans une opération un investissement en se référant à certains critères, là où d'autres arbitres se réfèreront à d'autres critères pour exclure la même opération de la qualification d'investissement. Autrement dit, les critères retenus ne constituent que des références visant à accompagner les tribunaux arbitraux dans la caractérisation d'une opération en un investissement. Ces critères ne sont pas impérieux[84]. Il n'est d'ailleurs pas anodin de constater que la convention de Washington n'impose pas le respect des quatre critères énoncés par la sentence Salini[85]. En réalité, il s'avère que les critères Salini ne sont utilisés qu'avec parcimonie par les arbitres, qu'en tant que « point de référence flexible »[86]. Ce faisant, dans la sentence Pantechniki du 30 juillet 2009, le tribunal arbitral a considéré que toute opération économique, indépendamment du test Salini, pouvait recevoir la qualification d'investissement, cette sentence posant pour unique limite « faire violence au monde »[87].

23. Si l'approche subjective pourrait supplanter l'approche objective en ce qu'elle est davantage respectueuse de la volonté des parties, elle doit être écartée. En l'absence de volonté exprimée par les parties, il reviendrait au tribunal arbitral de décider si l'opération en cause est ou n'est pas un investissement. Une telle discrétion dans la caractérisation de l'investissement est majoritairement rejetée par les arbitres, qui dénient aux parties la liberté absolue dans la définition des opérations aptes à recevoir le qualificatif

---

[83] Cf Sent. CIRDI, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaisie*, aff. n° ARB/05/10.

[84] Sent. CIRDI, 24 juillet 2008, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22.

[85] Cf *Romak S.A. (Switzerland) c. République d'Ouzbékistan*, 26 novembre 2009, PCA AA280. Cf W. BEN HAMIDA, « Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control », *J. Int. Arb. 2007*, vol. 24, p. 287, spéc. p. 287-306 ; W. BEN HAMIDA, « La notion d'investisseur: les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », in A. MOURRE (dir.), *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2008, vol. IV, p. 412-415 ; W. BEN HAMIDA, « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.* 14 et 15 décembre 2007, p. 33 et s. Cf également S. MANCIAUX, « The Notion of Investment : New Controversies», *J.W.I.T.* 2008, p. 443.

[86] Cf sent. CIRDI, 13 mars 2009, *RSM Production Corporation c. Grenade*, aff. n° ARB/05/14.

[87] Sent. CIRDI, 30 juillet 2019. *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. Albanie*, aff. n° ARB/07/21, § 48.

d'investissement[88]. Cette position est compréhensible. Autrement, les parties pourraient tout à fait caractériser leurs opérations comme des investissements, afin de s'octroyer les bénéfices des traités d'investissement et ce, alors même que ces opérations ne constituent en rien des investissements. La conception objective répond davantage à la préservation de la sécurité juridique, en fixant une définition ferme de la notion d'investissement. Pour autant, son rigorisme appelle à une approche mixte, car les arbitres ne s'accordent pas sur les critères à retenir dans la caractérisation de l'investissement.

24. Ainsi, une autre méthode doit être retenue, celle combinant la vision objective et la vision subjective de l'investissement. L'approche combinée constitue l'approche la plus réaliste, la plus pragmatique. C'est d'ailleurs celle retenue par la jurisprudence arbitrale majoritaire[89]. Dans l'affaire Biwater, le tribunal a rappelé que l'article 25 de la convention de Washington ne contenait aucune référence aux critères accessoires du Test Salini[90]. Le tribunal a déclaré que les arbitres ne disposaient pas du magnétisme nécessaire pour les imposer. Les arbitres ont opté pour une approche hybride, liant « flexi(ibilité) et pragmasti(sme) », mixant autonomie des parties et références issues du test Salini[91]. Les arbitres ont estimé

---

[88] Cf sent. *Fedax préc.*, confirmée par la sentence CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/01/13 (2003).

[89] Cf sent. CIRDI, *CSOB c. République Slovaque*, aff. n° ARB/97/4, § 68 : « (…) le concept d'investissement tel qu'énoncé dans cette disposition est de nature objective que les parties peuvent convenir d'une définition plus précise ou restrictive de leur acceptation de la compétence du Centre, mais elles ne peuvent choisir de soumettre au Centre des litiges qui ne sont pas liés à un investissement. Un double critère doit donc être appliqué pour déterminer si ce tribunal est compétent pour examiner le fond de la demande : si le différend découle d'un investissement au sens de la convention et, dans l'affirmative, si le différend porte sur un investissement tel que défini dans le consentement des Parties à l'arbitrage CIRDI, dans leur référence au TBI et à la définition pertinente contenue à l'article 1 du TBI ». Cf également *MHS c. Malaysia préc.*, 17 mai 2007 : « Selon le test à double étage, une conclusion selon laquelle le contrat satisfait à la définition d' 'investissement' en vertu du TBI ne serait pas suffisante pour que ce tribunal assume sa compétence, si le contrat ne satisfaisait pas aux critères objectifs d'un 'investissement' au sens de l'article 25 » (§55)

[90] Cf *Sent. Biwater préc.*. : « il n'y a pas ici de base pour une application par cœur ou trop stricte des cinq critères de Salini dans tous les cas. Ces critères ne sont ni fixes ni obligatoires en vertu de la loi. Ils n'apparaissent pas dans la Convention CIRDI. Au contraire, il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que plusieurs tentatives d'incorporer une définition du terme «investissement» ont été faites, mais n'ont finalement pas abouti » (§ 312).

[91] *Ibid.*, § 314 : « le critère de Salini est lui-même problématique car, comme l'ont constaté certains tribunaux, les 'caractéristiques typiques' d'un investissement telles qu'identifiées dans cette décision sont élevées en un critère fixe et inflexible, et si les transactions doivent être présumées exclues de la Convention CIRDI à moins que chacun des cinq critères ne soit satisfait. Cela risque d'exclure arbitrairement certains types d'opérations du champ d'application de la Convention ».

que l'absence des critères Salini de l'analyse concrète de l'opération n'empêchait pas celle-ci de recevoir qualification d'investissement et qu' « une approche plus souple et pragmatique de la notion d'investissement (était) plus appropriée en tenant compte des critères identifiés dans l'affaire Salini ainsi que des circonstances de l'espèce (…) »[92].

Les portes de l'arbitrage d'investissement ne sont pas grandes ouvertes à l'investisseur privé, qui doit encore voir son opération être qualifiée d'investissement. De plus, sa qualité même d' « investisseur » n'est pas irréfragable.

B. La compétence *ratione personae*

La signature d'un TBI lie l'Etat d'accueil signataire à tous les investisseurs privés originaires de l'Etat cosignataire et fonde la compétence *ratione personae* des arbitres[93]. Protecteurs des intérêts des investisseurs, les accords d'investissement sont si éparses qu'il existe des stratégies particulières visant à s'attribuer la nationalité adéquate, afin de bénéficier des faveurs d'un traité. La nationalité est au cœur de la compétence des tribunaux arbitraux en la matière et demeure le socle de la protection substantielle des traités d'investissement. Afin d'obtenir la protection d'un TBI et dans une ère de globalisation, les investisseurs chercheront à manier à leurs intérêts le critère de la nationalité. La caractérisation de la nationalité de l'investisseur suscite de nombreuses difficultés. Si le caractère « étranger » de l'investisseur privé -personne physique- concentre des contestations relatives à l'arbitrage international en matière d'investissement (1), ces contestations sont plus conséquentes à propos des personnes morales. Ici, un

[92] *Ibid.*, § 316.

[93] Une possibilité d'élargissement de l'accès au mécanisme de l'arbitrage international du CIRDI a été posée. Le Conseil administratif du CIRDI avait adopté, le 27 septembre 1978, le Règlement du mécanisme supplémentaire qui a pour effet de permettre un arbitrage même lorsque toutes les conditions de l'article 25 ne sont pas réunies et que le litige oppose des parties dont l'une n'est pas un Etat contractant de la Convention de Washington ou l'autre n'est pas un ressortissant d'un Etat signataire de la Convention de Washington. Ainsi, le consentement général des Etats peut être assimilé à « un chèque en blanc pouvant être encaissé pour une somme inconnue à une date ultérieure inconnue » et par des parties inconnues (A. Redfern and M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 1999, p. 21-22).

véritable « treaty shopping » ressort d'un « nationality planning» apparent, les critères de la nationalité posant bien des débats (2). Une autre problématique récente s'est invitée dans l'arbitrage d'investissement, celle de l'attrait d'Etats par des investisseurs particuliers, à savoir par des fonds d'investissement (spécialisés dans le rachat de demandes de compensations financières prononcées par des arbitres) et par des actionnaires, qui ont estimé légitime l'assimilation de leurs actions à des investissements (3).

1) La nationalité des personnes physiques

La coutume internationale a fixé une règle aujourd'hui bien ancrée en pratique. Il revient à l'Etat d'origine de définir qui sont ses ressortissants[94]. Il s'agit d'un véritable consensus en droit international, qui figurait déjà à l'article 1[er] de la convention de la Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois sur la nationalité[95]. Ce consensus n'est pas transposable pour les investisseurs personnes morales, les personnes morales étant dénuées de tout *jus sanguinis*. Fixée par les législations nationales (a), la nationalité des personnes physiques n'est pas exempte d'incertitudes. Les personnes physiques peuvent être dotées d'une double nationalité ou manipuler leur nationalité par le biais d'un changement de lieu de leur résidence (b).

[94] Sent. CIRDI, 8 mai 2008, *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, aff. n° ARB/98/2.

[95] « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité ».

a. Une nationalité fixée par la législation des Etats

25. Les investisseurs personnes physiques ne constituent pas la catégorie d'investisseurs la plus représentée dans l'arbitrage CIRDI[96]. Par « ressortissant d'un autre Etat contractant », il faut entendre « toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend »[97]. Deux conditions sont alors posées par la convention de Washington (ci-après convention CIRDI). D'une part, la personne physique ne doit pas posséder la même nationalité que l'Etat d'accueil. D'autre part, la personne physique doit détenir la nationalité de l'autre Etat partie au TBI.

Puisque la convention CIRDI n'a posé aucune définition concernant la nationalité des personnes physiques, les arbitres se réfèrent à la définition donnée par chaque droit national. Pour autant, ils conservent une certaine liberté, notamment lorsque l'investisseur affirme avoir perdu la nationalité de l'Etat d'accueil au profit de celle de l'Etat cocontractant au TBI[98].

[96] Cf F. YALA, « La notion d'investisseur » *préc.*, p. 19 et W. BEN HAMIDA « La notion d'investisseur : les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », *préc.*, p. 31.

[97] Article 25 (2) de la Convention de Washington : « (a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'Etat contractant partie au différend ».

[98] Cf sent. CIRDI, 7 juillet 2004, *Egypt Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. c. République arabe d'Egypte,* aff. n° ARB/02/9, affaire dans laquelle l'arbitre a recherché la nationalité effective ou dominante et cf sent. CIRDI, 11 avril 2007, *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/05/15, pour une position similaire.

b. Double nationalité et changement du lieu de résidence

26. La question de la double nationalité n'est pas nouvelle[99]. Elle se posait déjà pour le bénéfice ou non du jeu de la protection diplomatique et avait été traitée par les « ILC Draft articles on diplomatic protection with commentaries »[100]. La double nationalité donnait un avantage certain à l'investisseur, car il avait alors une opportunité supplémentaire de voir l'un de ses deux Etats accepter de lui accorder une protection. Néanmoins, la protection diplomatique a toujours été un droit de l'Etat et non un droit de l'individu. Autrement dit, l'Etat « jouit d'une entière liberté d'action » et « décide si sa protection lui sera accordée, dans quelle mesure elle l'est et quand elle cessera »[101]. En ce sens, l'article 6 des « ILC Draft articles on diplomatic protection with commentaries » énonçait que « (t)out Etat dont un binational est ressortissant peut exercer la protection diplomatique à l'égard de ce ressortissant contre un Etat dont cette personne n'est pas ressortissante et ; 2. Deux ou plusieurs Etats de nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne dotée d'une double ou multiple nationalité ».

27. Déjà la « Convention on certain questions relating to the conflict of nationality law » avait été adoptée sous les auspices de la Ligue des Nations en 1930 dans l'optique de réduire les conflits de double nationalité[102]. En effet, la double nationalité est souvent synonyme d' « embarras dans les relations diplomatiques, la menace d'allégeance divisée en temps de guerre et le principe de la citoyenneté unifamiliale ont été régulièrement avancés comme des raisons visant à lutter contre l'autorisation de ce qu'on appelait

---

[99] J. GARCIA OLMEDO, « Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction », *ICLQ* 2020, vol. 69(2), p. 301-334.

[100] Cf J. PEAKE, « Diplomatic protection for dual nationals : Effective nationality or non-responsibility », *Trinity College Law Review* 2007, vol. 10, p. 98.

[101] J. CRAWFORD, *Brownlie's principles of public international law*, Oxford University Press, 2019, et J. PEAKE, « Diplomatic protection for dual nationals : Effective nationality or non-responsibility », *Trinity College Law Review* 2007, vol. 10, p. 100. Cf également Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgique c. Espagne), *ICJ Reports* 1970, p. 3-44.

[102] 179 LNTS 89 (LoN-4137).

alors la 'double nationalité' »[103]. Pourtant, les droits nationaux sont nombreux à reconnaître le principe de la double nationalité des personnes physiques, qui est de plus en plus fréquente du fait de la liberté de mouvement des individus[104]. Selon des études, près de 3 milliards de personnes dans le monde vivent dans des pays acceptant la double nationalité[105]. Certains auteurs arguent même d'un droit humain à la double nationalité[106]. En application de ce principe, une personne physique peut notamment détenir, à la fois, la nationalité de ses parents (*jus sanguinis*) et la nationalité du lieu de sa naissance (*jus soli*). Quid alors si l'investisseur personne physique détient la nationalité de l'Etat partie au TBI et la nationalité d'un Etat tiers au traité (voire la nationalité de l'Etat d'accueil) ?

28. Comme l'a rappelé le Rapport des administrateurs, « une personne physique qui possède la nationalité de l'Etat partie au différend ne sera pas admise à être partie aux procédures établies sous les auspices du centre, même si elle possède en même temps la nationalité d'un autre Etat. Cette exclusion est absolue et ne peut être écartée même si l'Etat au différend y consent »[107]. La convention CIRDI a repris cette position, qui n'est pas unanime dans les accords d'investissement. A la lecture des bases de données de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) publiées fin 2021, il est relevé que seuls cent TBI affichent une prohibition à la double nationalité des investisseurs[108]. De

---

[103] H. IRVING, « Should Australia reconsider dual citizenship ? What history and the Constitution reveal about the Zygier Affair », consultable en ligne, https://blogs.usyd.edu.au/cru/2013/02/should_australia_permit_dual_c.html

[104] B. DE HART, « The end of multiculturalism : The end of dual citizenship ? Political and public debates on dual citizenship in the Netherlands (1980-2004) », *in* T. FAIST (ed.), *Dual Citizenship in Europe : From Nationhood to societal integration, Ashgate*, 2007, p. 77. Cf également P.J. SPIRO, « Dual nationality and the meaning of citizenship », *Emory Law Journal* 1997, vol. 46, p. 1411.

[105] D. COOK-MARTIN, *The scramble for citizens : dual nationality and State competition for immigrants*, Stanford University Press, 2013, p. 154.

[106] P.J. SPIRO, « Dual citizenship as Human Rights », *International journal of constitutional law* 2010, vol. 8, p. 111. Cf également A.M. BOLL, *Multiple nationality and international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 211-234.

[107] § 29 du Rapport des Administrateurs.

[108] A noter que souvent, il est considéré que dans le silence des TBI sur la question, il faut en déduire l'absence d'exclusion des binationaux. En ce sens, à l'instar de la CNUDCI, la Chambre commerciale internationale à la Cour d'appel de Paris (CCIPCA) estime que si un TBI ne mentionne pas d'interdiction de la double nationalité, elle ne le fera pas non plus. Dans une affaire, elle a estimé que « le TBI, contrairement à d'autres instruments internationaux, ne fait pas un sort particulier aux binationaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n'ont pas entendu y insérer » (CA Paris, 12 octobre 2021, n° 19/21625. Les tribunaux arbitraux retiennent une position différente et, devant le

plus, l'accord de libre-échange Amérique centrale-Etats-Unis (CAFTA) autorise la binationalité, dès lors que l'investisseur qui détient la nationalité de l'Etat d'accueil possède également la nationalité d'un Etat tiers et que celle-ci est, en réalité, la nationalité dominante et effective[109]. Aujourd'hui, il convient de noter que les traités de nouvelle génération imposent un certain degré de rattachement de l'investisseur avec l'Etat de sa nationalité ou de sa résidence permanente. En ce sens, l'article 8.1 du traité CETA énonce qu'« une personne physique citoyen du Canada qui a la nationalité d'un Etat membre de l'UE sera réputée être exclusivement une personne physique de la partie dont il a effectivement la nationalité ». Le critère du lien effectif est consacré. En cas de double nationalité, l'investisseur ne pourra imposer que la nationalité effective, celle où il a notamment sa résidence habituelle, son foyer fiscal, sa vie familiale, etc.

29. En pratique, il s'observe que, si une personne physique possède une double nationalité et que l'une de ses nationalités est celle de l'Etat contractant au TBI, elle pourra bénéficier des dispositions de l'accord. Cependant, l'encadrement des tribunaux arbitraux est strict. Comme l'arbitre Park l'a si bien dit, les traités d'investissement ne protègent que les investissements des « ressortissants désignés », ils ne sont pas « conçus comme des traités avec le monde »[110]. Les contrôles des tribunaux arbitraux, relatifs à la nationalité de l'investisseur, sont fréquents et l'apport d'un certificat de nationalité n'est pas une preuve suffisante[111]. Confrontés à une manipulation de la nationalité des personnes physiques, les tribunaux arbitraux ont rapidement réagi en opérant un contrôle soutenu, par un pouvoir d'investigation important,

---

silence des TBI, ils s'attachent à la nationalité dominante et effective (cf en ce sens *Trapote c. Venezuela*, CPA n° AA737). Cf sur ces points M-E. ANCEL, C. BAKER CHISS, L. LAAZOUZI et F. MAILHE, « Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris : chronique de jurisprudence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 27, 7 Juillet 2022, p. 1241.

[109] L'article 10.28 énonce qu' « une personne physique qui a la double nationalité est réputée être exclusivement ressortissante de l'État dont elle a la nationalité dominante et effective ».

[110] Sent. CIRDI, *Alapli Electrik c. Turquie*, aff. n° ARB/08/13, 16 juillet 2012, § 353.

[111] Comme l'a souligné la sentence CIRDI du 24 septembre 2008, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, aff. n° ARB/05/20. Et un tribunal arbitral, dans la sentence CIRDI, *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Emirats Arabes Unis*, aff. n° ARB/02/7, après analyse poussée, a estimé que les certificats de nationalité italienne produits par l'investisseur privé n'avaient pas de valeur, l'investisseur ayant, en acquérant la nationalité canadienne, perdu sa nationalité italienne. Un fait que même les autorités locales italiennes n'avaient pas démasqué.

notamment en appréciant directement la doctrine et la jurisprudence majoritaire de l'Etat en cause[112]. De surcroît, les arbitres s'attachent principalement à privilégier l'effectivité de la nationalité de la personne physique. Il s'agit d'ailleurs d'un principe du droit international[113]. Ainsi, si une personne physique possède une double nationalité et que l'une de ses nationalités est celle de l'Etat contractant au traité, elle pourra bénéficier des dispositions de l'accord. Elle ne le pourra pas si sa seconde nationalité, celle d'un Etat tiers au TBI, est la nationalité effective[114].

30. Cette question des binationaux a été traité dans l'affaire « Ballantine ». En l'espèce, les demandeurs étaient des nationaux américains qui avaient acquis la nationalité dominicaine, tout en gardant leur nationalité d'origine. Ces investisseurs détenaient des terrains en République Dominicaine pour la construction de logements. Ils s'étaient heurtés à des difficultés imputables aux autorités locales et s'étaient appuyés sur le CAFTA pour réclamer leurs droits. La République Dominicaine avait contesté l'application de cet accord, en arguant que la nationalité dominante et effective des investisseurs était dominicaine. Dans cette affaire, la première difficulté résidait dans la détermination du moment dans lequel il fallait s'accorder sur la nationalité dominante et effective. Sur ce point, les arbitres ont retenu « le moment de la naissance de l'investissement »[115]. Afin d'apprécier les caractères « dominant et effectif » de la nationalité, les arbitres se sont basés sur l'étude d'un faisceau d'indices, en relevant le lieu de résidence des investisseurs, ce qui incluait leur lieu de naissance, le lieu dans lequel la majorité de la vie est passée et le lieu de la résidence permanente. Puis, les arbitres se sont appuyés sur l'attachement particulier des individus aux pays en question (centre de leurs activités économiques et de leur vie sociale et familiale).

---

[112] En ce sens, dans une affaire CIRDI du 28 mai 2007, *Siag v. Egypt Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/05/15, un investisseur avait invoqué la nationalité italienne, afin de bénéficier d'un TBI. L'Egypte, partie au TBI, avait estimé que l'investisseur était un égyptien et non un italien. Pour trancher, les arbitres se sont référés à la doctrine et à la jurisprudence égyptiennes.

[113] P. TURNER, « Parties, Ownership and control », *Congrès de l'ICCA* 2006, Montréal, *Yearbook Commercial arbitration*, special serie n° 13.

[114] Sent. CIRDI, 8 août 2000, *Eudoro Armando Olquin c. République du Paraguay*, aff. n° ARB 98/5, à propos d'un binational américano-péruvien ayant lancé une requête contre l'Etat du Paraguay. Cf sent. CIRDI, *Champion Trading company préc.*

[115] *Michael Ballantine et Lisa Ballantine c. la République dominicaine*, Affaire CPA 3 septembre 2019, n° 2016-17, *RGDI* 2019.999, note J. CAZALA.

En l'espèce, les constats réalisés faisaient coïncider une dominance et une effectivité de la nationalité toutes deux dirigées vers la République Dominicaine. De surcroît, les arbitres avaient retenu un élément important, celui de la naturalisation des individus opérée en 2009, avant le début des investissements. Et dans la majorité des contrats qu'ils avaient conclu en tant qu'individus, les investisseurs s'étaient déclarés dominicains et non pas américains (41 contrats contre 31). En définitive, l'appréciation de la nationalité « dominante et effective » s'effectue par une analyse *in concreto*, que ce soit à propos de l'arbitrage d'investissement ou même, à l'époque, de la protection diplomatique[116].

31. Enfin, il convient de noter que la résidence d'une personne physique n'est pas figée. Certains droits nationaux, notamment dans les pays de common law, considèrent les résidents à titre permanent comme leurs propres citoyens. Il existe même des traités d'investissement qui étendent la protection de leurs dispositions aux résidents permanents. C'est notamment le cas de l'article 8.1 du traité CETA qui s'applique aux personnes physiques, « citoyens ou résidents permanents du Canada » et, pour l'Union européenne, aux personnes physiques ayant la « nationalité d'un de ces Etat membres (…) et également une personne physique qui réside à titre permanent (…) sans être citoyen ». Dès lors, une personne physique pourrait manipuler sa nationalité, en cherchant d'obtenir le statut de résident permanent chez un Etat

[116] Dans l'affaire *James Lewis Drummond* (1834, 2 Knapp 295, 12 ER 492), l'investisseur en question détenait la nationalité française et la nationalité anglaise et, le *Privy Council* avait considéré que la nationalité de sa résidence habituelle devait prévaloir. De même, en 1912, la Cour permanente d'arbitrage, dans l'affaire *Canevaro* (*Italie c. Pérou*, PCA, aff. n° 1910-01, 3 mai 1912), s'était fondée sur le principe de la nationalité effective. Une autre école existe, rivale, c'est celle prônant le principe de la non-responsabilité, qui peut notamment être retrouvée à l'article 4 de la Convention de 1930, qui considère qu'un Etat « ne peut accorder la protection diplomatique à l'un de ses ressortissants contre un État dont il possède également la nationalité ». La même prohibition figure à l'article 16 de la « Harvard draft convention on responsability of states » de 1929. La Cour internationale de justice a d'ailleurs déjà affirmé que c'est « une pratique courante selon laquelle un Etat n'exerce pas la protection d'un de ses ressortissants contre un Etat qui le considère comme son propre ressortissant ». Pour autant, cette école est minoritaire aujourd'hui, comme l'atteste d'ailleurs le fait que cette Convention 1930 n'avait été ratifiée, à l'époque, que par vingt Etats. Et le tribunal Iran-américain a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'article 4 de cette convention se devait d'être utilisé avec précaution, car il a « plus de cinquante ans » (Iran-United-States Claims Tribunal Case N° A/18). Désormais, l'article 7 des ILC énonce que « les États ne peuvent exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un ressortissant, à moins que la nationalité de l'État précédent ne prédomine, tant à la date du dommage qu'à la date de la présentation officielle de la demande », reprenant les termes de l'affaire Shneider qui énonçait qu'en cas double nationalité, la protection diplomatique dépendait « (d)es faits et circonstances particuliers de chaque cas » (*Scheider c. Rusk*, 377 US 163 (1964), 171).

partie à un TBI. Et une telle tentative sera plus ou moins aisée selon le droit d'immigration de chaque Etat.

Si certaines difficultés entourent la caractérisation de la nationalité des investisseurs personnes physiques, celles-ci sont plus conséquentes concernant les investisseurs personnes morales.

2) La nationalité des personnes morales

Le plus souvent, les investisseurs sont représentés par l'habit de sociétés. Selon le modèle *Antràs et Yeaple*, une multinationale est « une entreprise qui contrôle et gère des unités de production localisées dans au moins deux pays »[117]. Elle peut se définir comme un groupe de sociétés disséminées dans plusieurs pays et liées par une politique commune, élaborée par la société mère du groupe. Le rattachement constitue une technique de droit international privé permettant d'établir un lien entre une situation et un Etat pour en tirer des conséquences juridiques. Déjà Savigny appelait à localiser à travers le siège du rapport juridique, son centre de gravité[118]. A l'instar d'une personne physique, une personne morale détient une nationalité à sa naissance ou par acquisition. Dans une ère de globalisation accrue, les personnes morales ont parfois étendu leurs activités ou leurs filiales dans plusieurs Etats. La détermination de la nationalité est centrale pour connaitre le droit applicable à son statut juridique. Le rattachement juridique d'une personne morale à un pays conditionne ses droits et ses devoirs issus notamment des traités internationaux. A l'instar de la nationalité des personnes physiques, la nationalité d'une personne morale est fixée par rapport à la loi nationale applicable[119]. Le droit interne apparait comme la panacée à l'absence

---

[117] P. ANTRAS et S. YEAPLE, *Multinational Firms and the Structure of International Trade*, Handbook of International Economics, 2014, vol. 4, p. 55-130. Cf R. CAVES, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge University Press, 2007. Cf également C. ROZENBLAT, « Les entreprises multinationales : un processus urbain dans un environnement international et transnational », *L'Information géographique*, 2007/2, vol. 71, p. 43-66.

[118] F.C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris, 1851, t. VIII, p. 6, § 344, rééd., Paris, 2002 et cf P. LALIVE, « Tendances et méthodes en DIP », *RCADI* 1977, vol. II, p. 107 et p. 155.

[119] C'est ce qui ressort de l'article 25.2.b de la Convention de Washington : « toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à

de toute règle de droit international relative à la nationalité des personnes morales (a). Après analyse, il s'avère que deux critères ressortent des droits nationaux. Quel que soit le critère retenu, un doit être désigné pour rattacher une société à un Etat, « que l'on parle de nationalité ou que l'on parle d'autre chose, un fait est certain ; c'est qu'il faut accrocher une société à un Etat (…) Il faut créer une bouée pour attacher la société à cette bouée »[120] (b).

a. Personnes morales et nationalité, un lien ambigu

32. En 2022, il était dénombré plus de 2800 accords internationaux d'investissement. 83 % d'entre-eux ont été conclus au XX^{e} et au début des années 2000[121]. Il s'agit de traités de l'ancienne génération. La grande majorité de ces accords énonce que la compétence *ratione personae* est réunie lorsque l'investisseur est le national de l'un des Etats parties. Une telle allégation est si extensive que la définition d'un national « était beaucoup plus inclusive que ce que des négociateurs plus compétents et expérimentés auraient recherché »[122]. Cette approche extensive de la qualification d'investisseur a contribué à accroître les cas d'assignations d'Etats devant des tribunaux arbitraux en matière d'investissement. L'Etat ne jouit pas d'une sérieuse prévisibilité juridique. Il n'est plus suffisamment au fait des personnes morales qui pourraient se voir revêtir de la qualité d'investisseur et l'attraire devant un tribunal arbitral. Il est relativement aisé pour une personne morale de changer de nationalité par transfert de titres[123], si bien que le

---

la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Et c'est ce qu'énonçait déjà la Cour internationale de Justice dans son arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970, *préc.*

[120] Formule de M. LEPAULLE (*Trav. comité fr. DIP* 1966, p. 238), citée par Y. LOUSSOUARN, suite à la communication de P. CHARDENON, p. 316, « Analyse des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 relatives au droit international du commerce », *RTD com*. 1967.

[121] *UNCTAD Phase 2 of the IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties 2 IIA Issue*, juin 2017 (3).

[122] L.T. WELLS « The Emerging global regime for investment : A response to Jeswald W. Salacuse », *Harv. Intl.J* 2010, vol. 51, p. 427-448.

[123] En ce sens, dans l'affaire *Alapli Electrik BV c. La République de Turquie*, des investisseurs turcs étaient liés par contrat avec la Turquie pour gérer une centrale à cycle combiné. A la suite de la promulgation en février 2000 d'une loi peu favorable

concept même de nationalité d'une société pose question, dans un contexte de mondialisation renforcée incitant les entreprises à se développer dans plusieurs pays.

33. Il n'existe pas de définition relative à la nationalité des investisseurs personnes morales dans la convention de Washington. L'article 25 § 2 b énonce qu'un « ressortissant d'un autre Etat contractant signifie : toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Si la convention de Washington ne donne ici aucun élément sur les critères de nationalité des personnes morales, elle leur reconnait une nationalité[124]. Or, les débats ont été virulents avant d'en arriver à une telle affirmation. La nationalité d'une personne morale n'est nullement définie par le droit français et ce, alors même que le législateur use de la notion à de multiples occurrences[125]. Un rôle accru a été dévoué à la doctrine et à la jurisprudence, pour développer le concept de nationalité des sociétés[126].

---

aux intérêts de la société turque, celle-ci avait transféré ses parts à deux sociétés incorporées aux Pays-Bas et créées quelques mois plus tôt par les investisseurs turcs. Ces derniers avaient probablement eu vent du contenu de la loi qui s'annonçait, via ses travaux préparatoires et ses discussions. Dès lors, la situation devenait internationale et les investisseurs turcs pouvaient bénéficier du TBI conclu entre les Pays-Bas et la Turquie et qui leur étaient favorable (Sent. CIRDI, 16 juillet 2012, aff. n° ARB/08/13). Sur la nationalité des sociétés, cf M. AUDIT, P. CALLE et S. BOLLEE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers,* LGDJ, Précis Domat, 3e éd., 2019, p. 71 et s.

[124] D'autres traités internationaux font mention de la nationalité des personnes morales sans en définir la notion. Cf la convention d'établissement conclue entre la France et les Etats-Unis d'Amérique de 1959 ou encore la convention conclue avec les Etats nouvellement indépendants, *Rev. crit. DIP* 1960.230.

[125] Cf Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, articles 3, 31, 60 et 154 ; Loi n° 1513 du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, article 31, rédaction du 29 février 1953 ; article 31 de la loi du 7 mars 1925 sur l'institution des sociétés à responsabilité limitée ; articles L-228-9 et L-223-30 et L-225-97 du Code de commerce.

[126] Cass. ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744, *Bull. civ*. 1990, n°12, *Petites affiches* 1991, vol. II, p. 21640, concl. H. DONTENWILLE.

34. La nationalité se caractérise par un « lien juridique ayant pour fondement un fait social de rattachement, un véritable lien d'existence, d'intérêt et de sentiments, ainsi que l'existence de droits et devoirs réciproques »[127]. Si une telle approche est adaptée aux personnes physiques, elle est moins évidente pour les personnes morales. Si les personnes physiques sont des personnes jouissant des règles du statut personnel, les personnes morales sont créées par l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Sociologiquement, la nationalité correspond à l'appartenance d'une personne à un groupe social, à un assujettissement à l'histoire d'un territoire, à sa culture ou encore à sa langue. Les personnes morales partagent un lien davantage politique et économique avec l'Etat, les personnes physiques un lien plus affectif. En cela, « (l)'emprunt d'un concept développé en relation avec les individus est maladroit à certains égards, mais est désormais bien établi »[128]. Juridiquement, l'approche est différente. La nationalité a davantage rapport avec le rattachement d'une personne à une entité abstraite, l'Etat.

35. L'approche juridique du concept de nationalité est adaptée aux personnes morales. Elle suit la théorie de la réalité du Professeur Mazeaud, théorie selon laquelle les personnes morales sont indépendantes des individus qui les composent et possèdent des droits et des obligations propres[129]. Cette théorie s'oppose à la théorie de la fiction, que prônait le Professeur Niboyet, considérant les personnes morales comme des fictions incapables de détenir une nationalité, du fait de l'absence de toute allégeance politique[130]. En droit international privé, la nationalité est perçue comme « l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un Etat »[131]. Or, l'allégeance politique détient une valeur essentielle dans le concept de nationalité. La théorie de la fiction considère les personnes morales comme des créations

---

[127] CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm Liechtenstein c. Guatemala*, ICR Reports.15.

[128] J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2019, p. 407.

[129] Sur la théorie de la réalité, cf M. SALEM, « La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger », *JDI* 1919 p. 23 et s. Et cf L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928, p. 30 et s.

[130] J-P. NIBOYET, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927.402 ; cf A. PILLET, *Des personnes morales en droit international privé*, Thèse, Paris, Sirey, 1914, p. 121 ; cf J-M. MOUSSERON, J. REYNARD, R. FABRE et J-L. PIERRE, *Droit du commerce international-droit international de l'entreprise*, LexisNexis, 4e éd., 2012, p. 26.

[131] H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8e éd., 1993, n° 59.

humaines, comme des fictions. Cette théorie tire ses origines dès l'époque romaine du Digeste. En application de cette théorie, comment une chose abstraite pourrait s'engager, être autonome et exprimer sa volonté ? Seuls les êtres humains seraient dotés de ces facultés. La théorie de la fiction n'a pas résisté à l'arrivé d'un nouveau courant, voyant dans le droit un système de normes qui s'appliquent à des sujets de droit. La théorie de la réalité dépasse les notions de personnes physiques et de personnes morales, par la notion de sujets de droits. Ainsi, « la personne physique n'est pas un homme, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu. Ce n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et formulation des données du droit »[132].

36. La théorie de la réalité doit primer sur celle de la fiction et la Cour de cassation mentionne aujourd'hui la nationalité des personnes morales. Si les personnes morales ne sont que des créations contractuelles dénuées de rapports politiques, affectifs, culturels et historiques avec un Etat, ne possèdent ni devoirs politiques ni droits de vote, elles contribuent autant à la « prospérité française »[133]. La nationalité est alors perçue comme « le lien qui unit une personne à un Etat »[134]. L'importance de déterminer la nationalité d'une personne morale est indéniable, car juridiquement, une société doit nécessairement être rattachée à la loi nationale d'un Etat pour détenir des droits, supporter des obligations et jouir de la protection diplomatique[135]. Ainsi, « (…) transposer le concept de nationalité aux sociétés est inexact et inapplicable. Les sociétés *stricto sensu* ne font pas partie de la population d'un Etat, elles n'ont ni histoire collective, ni culture, ni nationalité, elles n'ont que des biens situés sur le territoire d'un pays et indirec-

---

[132] Cf H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 231.

[133] Cf B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les *grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, p. 814 et cf B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, n° 97, p. 85-86. Cf également R. CASSIN, *Trav. comité fr. DIP* 1934, p. 93. G. MONDON, *La nationalité des sociétés*, thèse dactyl., Université de Grenoble, 1937.

[134] L. MAZEAUD *préc.*

[135] B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé op. cit.*

tement possédés par des individus de telle ou telle nationalité. Mais (l'auteur) accepte néanmoins le recours à la nationalité à cause justement de la reconnaissance de la personnalité juridique à certains groupements. La nationalité est donc nécessaire pour déterminer la jouissance des droits et la protection diplomatique »[136]. Sans nationalité, une personne morale ne bénéficierait pas de la protection diplomatique[137]. Or, les Etats n'auraient aucun intérêt à ce que l'une de ses personnes morales puisse être menacée à l'étranger sans la défendre, ni aucun intérêt à voir l'une de ses personnes morales être nationalisée dans un Etat tiers sans compensation. Ainsi, le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à « l'Etat sous la loi duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège social »[138].

37. L'idée de personnes morales apatrides est désormais écartée. Toute personne morale se rattache à un ordre juridique, « une société apatride est une contradiction dans les termes »[139]. Par conséquent, « il convient de rappeler que contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement »[140]. Progressivement, le débat s'est déplacé non pas sur la question de savoir si les personnes morales possèdent une nationalité, mais sur les critères de détermination de la nationalité des personnes morales.

---

[136] *Ibid*. Cf également R. CASSIN *préc.*, p . 93 et cf G. MONDON *op. cit*.

[137] CIJ, *Barcelona Traction*, Rec. 1970, p. 3. Cf également Ph. FRANSESCAKIS, *Rev. crit. DIP* 1970.609.

[138] CIJ, *Barcelona Traction*, Rec. 1970, § 46-47.

[139] F. RIGAUX, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1989, note 3, p. 99.

[140] CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff. C-81/87.

b. Les critères de rattachement

Il existe deux méthodes principales permettant de déterminer la nationalité d'une personne morale. La méthode du siège social prend appui sur le domicile de la société, autrement dit sur le lieu où s'effectue la vie juridique, où fonctionne l'administration (b.1) ; et la méthode de l'incorporation, qui prend en considération la loi de constitution de la personne morale (b.2).

b.1. Le siège social

38. Au sein des Etats civilistes, la nationalité d'une société est souvent celle de l'Etat dans lequel elle possède son siège social statutaire. C'est notamment la position retenue par le droit positif français[141]. Le siège social correspond au domicile de la société, là où s'effectue la vie juridique, où fonctionne l'administration.

39. Historiquement, dès la fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècle, la doctrine majoritaire[142] défendait la position jurisprudentielle de l'époque pour affirmer que la nationalité devait être déterminée par le siège social[143]. Ce critère a été énoncé à l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966, qui disposait que « les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français sont soumises à la loi française[144]. La Cour de

---

[141] C. com, art. L210-3 et L210-6 : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu ». Cf sur ces question X. BOUCOBZA, « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », *JCP E*, mars-avril 2006, p. 23.

[142] E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Paris, Arthur Rousseau, 8^e^ éd., 1931, ou encore H-E. BARRAULT, *Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés*, Paris, Sirey, 1916, p. 170.

[143] Cass. 20 juin 1870, *S.* 1870. I. 373 ; CA Paris 12 mai 1881, *J.* 1882.317.

[144] Cf H. BATIFFOL, « Commentaires », *Trav. comité fr. DIP*, Séance du 13 mars 1967, 1966-1971, p. 65 ; cf Cass. civ. 1^re^ 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP* 1971.451, note P. LAGARDE ; *Petites affiches* 1972, vol. II, p. 17140 et s, note B. OPPETIT,

cassation et les juridictions de première et seconde instances ont quasiment toujours utilisé le critère du siège social. Seule une exception peut être rappelée, à propos d'un arrêt rendu par le Tribunal des conflits qui avait rejeté l'idée d'un critère unique à la détermination de la nationalité d'une société[145]. Dans cet arrêt, les juges avaient estimé que tout devait dépendre des intérêts en jeu[146]. Autrement dit, « une société pourrait ainsi être déclarée française par sa soumission à un impôt, et étrangère par la jouissance du droit au renouvellement de son bail commercial ». Une société pourrait alors détenir une nationalité différente selon les circonstances. Il s'en suivrait une dispersion de la notion de nationalité. La doctrine a même parlé d'atomisation de la nationalité des sociétés[147]. Dès lors, « la nationalité juridique des sociétés commerciales devrait correspondre à leur nationalité économique »[148], pour donner au concept de nationalité une approche au cas par cas, selon les intérêts en présence, en application d'un faisceau d'indices.

40. Cette approche n'a pas perduré. La prévisibilité appelle un critère unique et moins d'arbitraire de la part du juge. Pour autant, le critère du siège social comporte un risque de fraude à la nationalité, consistant pour les fondateurs d'une société à localiser de façon officielle le siège social d'une personne morale dans un Etat donné, alors que ses activités sont exercées dans un autre. Pour plus de souplesse, il a été proposé d'adapter ce critère unique, selon les circonstances, en optant pour le siège réel. La solution est aujourd'hui bien ancrée, depuis un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 30 mars 1971 et, « (l)a nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social »[149]. Cet arrêt sera confirmé par un arrêt d'Assemblée plénière rendu le 21 décembre 1990, énonçant que la nationalité d'une

---

« la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social », affaire *CCRMA*.

[145] Trib. des conflits, 23 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960.180, note Y. LOUSSOUARN. Solution suivie par la CA Paris, 17 mai 1967, *JCP* 1968. II. 15427, note B. OPPETIT, *JDI* 1967.874, note Y. LOUSSOUARN.

[146] Cf P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, Domat droit privé, 2019, 12e éd, p. 764.

[147] Trib. des conflits, 23 novembre 1959, *préc*.

[148] J. BEGUIN, « La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis 2001, p. 859, n° 39, citant Charles-Albert Michalet.

[149] Cf affaire *CCRMA*, *Rev. crit. DIP* 1971.451, note P. LAGARDE. Cf la consécration du rattachement au lieu du siège social dès un arrêt Cass. civ. 1re, 17 juin 1958, *Rev. crit. DIP* 1958.704, note Ph. FRANSESCAKIS, arrêt confirmé par Ass. plén. 21

société « résulte en principe de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumée par le siège statutaire ». Lorsque le siège réel ne correspond pas au siège statutaire, le droit positif français donne faveur au siège social réel[150].

41. L'article L-210-3 Code de commerce dispose que « les sociétés dont le siège social est situé sur territoire français sont soumises à loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu ». Une présomption simple est posée en faveur du siège statutaire, tandis que le siège social réel est retenu en cas de fraude à la loi ou de siège fictif. Par conséquent, « c'est la force du système du siège social qu'il y a normalement un lieu unique où doivent se prendre les décisions finales et ce sont précisément ces décisions qui intéressent le droit international privé pour caractériser l'activité sociale quant au pays auquel elle se rattache »[151]. En droit français, la notion du siège social est donc double et non unitaire[152]. Si le siège social possède un aspect formel caractérisé par le lieu d'immatriculation de la société, il possède également un aspect matériel, notamment caractérisé par le lieu du centre de décision effective de la société, là où il y a « la direction supérieure et le contrôle de la société »[153], voire là où se réunissent les

décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992.70, obs. M. DURANTON.

[150] Cf alinéa 2 de l'article L-210-6 du Code de commerce : « (L)es personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société ».

[151] Cf H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 232-233 : « c'est la force du système du siège social qu'il y a normalement un lieu unique où doivent se prendre les décisions finales et ce sont précisément ces décisions qui intéressent le droit international privé pour caractériser l'activité sociale quant au pays auquel elle se rattache ».

[152] Cf M. MENJUCQ, « La notion de siège social ; une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », *in Droit et actualités - Etudes offertes à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 499 et s.

[153] Cass. req. 28 octobre 1941, *CP* 1941.1.18 et Cass. req. 22 décembre 1941, *Sirey* 1942.I.31.

organes de direction ou les assemblées générales[154], ou encore là où se trouvent les comptes de la société[155]. La présomption simple bénéficie au siège statutaire et, en cas de dissociation avec le siège réel même sans fraude, le siège réel sera retenu si les tiers le demandent. Cette position retenue par le droit positif français à l'article L-210-3 du Code de commerce vise à protéger les tiers, qui peuvent être lésés par une localisation erronée ou frauduleuse du siège de la société.

42. La première difficulté relative au critère du siège social réside dans la localisation du siège social réel, car celui-ci peut être situé dans de multiples endroits. Lorsque les activités concrètes de la personne morale sont dispersées dans plusieurs Etats et lorsque les organes de direction se déplacent dans plusieurs territoires, la jurisprudence s'appuie sur la méthode du faisceau d'indices[156]. Le juge devra procéder à un grand nombre d'investigations et procéder à une analyse *in concreto* de la situation, afin de « corriger » le critère du siège social statutaire, si celui-ci ne correspond pas au lieu véritable du centre de décision. La seconde difficulté réside dans le fait qu'une personne morale est souvent présentée sous la forme d'une multinationale, d'un groupe de sociétés. Si la possibilité d'une nationalité unique pour toutes les sociétés d'un même groupe a été proposée par B. Goldman[157], elle n'a pas eu d'écho pratique, puisqu'un groupe de sociétés n'a pas de personnalité morale[158].

---

[154] Cf CA Paris, 15e Ch. 19 mars 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 245, p. 759 note, Y . REBOUL. En l'espèce, la Cour d'appel avait favorisé le lieu des réunions des Assemblées générales. Puis, une faveur avait été octroyée pour l'Etat dans lequel les comptes de la société et les services administratifs étaient présents (cf CAA Paris, 2e Ch. 2 juillet 1991, *SA Romantic Music Corporation, Bull. Joly Sociétés* 1991, § 341, p. 858).

[155] CAA PARIS, 2e Ch. 2 juillet 1991 *ibid*.

[156] Cf CA Paris, 15e Ch. 19 mars 1992 *préc*.

[157] B. GOLDMAN, « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », *Trav. comité fr. DIP* 1966-1969, p. 240 et s.

[158] Cf Cass. com. 2 avril 1996, *D.* 1996.IR.123, arrêt dans lequel la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel pour violation de l'article 1108. Les juges du fond avaient condamné le liquidateur de plusieurs sociétés, tenues en vertu de la solidarité à rembourser le découvert d'un compte courant ouvert au nom du groupe de sociétés par un administrateur judiciaire par contrat d'ouverture du compte souscrit pour le redressement du groupe. La Cour de cassation a estimé que le groupe de sociétés n'ayant pas de personnalité morale ni de capacité de contracter, les conditions d'ouverture du compte manquaient à l'appel et l'absence de personnalité morale signifiait absence de nationalité, la nationalité étant un attribut de la personnalité juridique.

43. Dans une optique de répondre aux difficultés posées par la méthode du siège social, un autre critère a été proposé. Le critère du contrôle[159] vise à effectuer une localisation indirecte de la personne morale, en se référant à la nationalité des dirigeants sociaux, des actionnaires majoritaires. La précarité de ce critère est l'inconvénient premier, le contrôle étant difficile à identifier et variable. Il est complexe d'identifier avec précision les titulaires actuels du contrôle d'une personne morale dans de grands groupes de sociétés. La liste des dirigeants peut être longue et ne pas être transparente, comporter des fonds aux origines variées … De surcroît, le contrôle peut naviguer entre les mains de plusieurs titulaires à tout instant et rapidement[160]. Enfin, le critère du contrôle confond la personne morale avec ses membres, alors qu'ils sont séparés. De plus, certains tribunaux arbitraux adoptent une conception « à la fois innovante et peu satisfaisante » du contrôle, en affirmant qu' « une société A doit être considérée comme contrôlant une société B, lorsque l'activité de la société A est déterminante pour la réussite de la société B ('critical to the sucess') ». Or, ce n'est pas parce qu'une activité d'une société peut être cruciale à la réussite d'une autre société qu'un contrôle de la première sur la seconde est avéré[161]. Un contrôle suppose avant tout la perte d'indépendance d'une société dans ses agissements et l'assujettissement aux instructions données par une autre société. C'est pourquoi les arbitres sont réticents au critère du contrôle[162]. D'ailleurs, ce critère n'est pas un critère de rattachement juridique des personnes morales ; il vise uniquement à lever

---

[159] Le critère du contrôle est à rattacher à la suite des deux guerres mondiales. Cass. req. 20 juillet 1915, *DP.* 1916, p. 144 ; Cass. req. 27 mai 1921, *Gaz. Pal.* 1921.2.206, *JDI* 1923.322. Et cf les Décrets des 27 septembre 1914 et 1er septembre 1939, le contrôle étant utilisé pour mettre sous séquestre les biens des sociétés « dépendant de quelle que manière que ce soit d'une ou plusieurs personnes morales ou physiques ennemies ».

[160] Cf en ce sens la théorie de l'apparence, où les personnes qui contrôlent la société en droit ne sont pas celles qui contrôlent la société dans les faits.

[161] Cf Y. BANIFATEMI et M. SHELBAYA, *JDI* n° 1, Janvier 2022, chron. 2.

[162] Cf Sent. CIRDI, 25 février 1988, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*, aff. n° ARB/82/1, § 29 : « (P)ar contre, la nationalité des actionnaires, ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital, n'est normalement pas un critère pour la nationalité d'une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu par des cas d'exception ». Le critère du contrôle n'est pas prioritaire, cf sent. CIRDI, *Tokios Tokelès c. Ukraine, aff. n° ARB/02/18*, « nous refusons de regarder au-delà ou à travers la demanderesse pour prendre en compte ses actionnaires (…) la seule considération pertinente est de savoir si la demanderesse est établie selon les lois de l'Etat d'incorporation des investisseurs ».

le voile social afin d'identifier la nationalité des dirigeants et pour « préciser les droits dont une société peut jouir en France, et les obligations auxquelles elle est assujettie »[163].

44. Le droit positif français est parfois repris par les tribunaux arbitraux. Dans une affaire Soabi, il a été énoncé que « la convention de Washington ne contient pas de définition du terme 'nationalité', ce qui a pour conséquence de laisser à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité (…) Une personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend (…) est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l'Etat en question, a son siège social dans l'Etat où elle a été créée en application de son droit des sociétés »[164]. Mais les arbitres s'écartent parfois du critère du siège social, en présence d'un lien effectif et sérieux détenu par la société avec un autre Etat dont se réclame la personne morale[165].

Ainsi, si dans la sentence AMF, les arbitres ont reconnu que la notion de siège demeure une notion autonome, dont le sens peut différer de celui qu'une partie lui accorderait dans son ordre juridique interne ; ils ont ensuite conclu qu'en droit international, le terme de siège renvoie au concept de siège effectif (lieu de gestion et de contrôle effectifs des activités de l'entreprise)[166] ; avant de se voir contredire dans la sentence Mera, dans laquelle les arbitres ont considéré que puisque l'exigence du caractère effectif du siège social ne figurait pas dans le TBI en question, ils n'avaient pas à l'appliquer[167]. Devant

---

[163] Y. LOUSSOUARN, J-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, Sirey, 1969, n° 262, p. 278.

[164] Sent. CIRDI, 25 février 1988, *Société Ouest-Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. La République du Sénégal*, aff. n° ARB/82/1, § 29. Cf A. BROCHES, « The convention on the Settlement of investments disputes between states and Nationals of other states », *RCADI* 1972.II, p. 361.

[165] Cf Sent. CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. République du Venezuela*, aff. n° ARB/00/5, § 99 « (…) pour déterminer si les exigences objectives (quant à la nationalité société) sont satisfaisantes dans une affaire, il est nécessaire de se référer à la propre compréhension ou définition des parties. Tant que les critères choisis par les parties pour définir leurs exigences sont raisonnables, c'est-à-dire tant que les exigences ne sont pas dépourvues de significations objectives, le choix des parties n'a aucune raison d'être écarté ».

[166] CPA 11 mai 2020, *AMF c. République tchèque*, n° 2017.15.

[167] Sent. CIRDI, 30 novembre 2018, *Mera c. Serbie*, aff. n° ARB/17/2. Cf M. AUDIT, « Droit des investissements internationaux », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 572-65, actualisé par J. CAZALA.

les difficultés posées par la méthode du siège social, une autre méthode a été proposée, celle de l'incorporation.

b.2. L'incorporation

45. Le droit de la common law consacre la théorie de l'incorporation. Cette théorie consiste à déclarer que la société créée est tenue de respecter les règles de l'Etat dans lequel ses formalités de constitution ont été effectuées, peu important l'endroit véritable de son siège. Les entreprises incorporées sont celles qui, pour des raisons d'enregistrement, sont nationales de l'Etat d'accueil de l'investissement. Le droit de l'Union européenne privilégie l'approche de l'incorporation. Cette approche coïnciderait le mieux avec le principe phare du droit de l'Union, à savoir la liberté d'établissement[168]. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a jamais retenu la fraude à la loi sur le critère de la nationalité[169]. La théorie de l'incorporation a pour avantage de garantir la fixité. Autrement dit, la localisation de la personne morale ne fait aucun doute, puisqu'il suffit de se référer au lieu où elle a été constituée. La nationalité de la personne morale est facilement identifiable, du fait de sa permanence. Avec le critère de l'incorporation, une grande place est accordée à la volonté des fondateurs de la société dans la localisation

[168] CJCE, The Queen v H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc. Affaire C-81/87, 27 septembre 1988.

[169] Cf article 49 du TFUE (« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ») et article 54 du TFUE (« Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif »). Les sociétés peuvent dissocier leur siège réel de leur siège statutaire sans que jamais la Cour de justice ne retienne l'hypothèse de la fraude à la loi. Cf également CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97 et CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00.

du siège. Il s'agit donc d'une approche très libérale, ouvrant la porte aux risques de fraude, le lieu de l'incorporation n'étant pas forcément celui des activités principales de la personne morale.

46. En pratique, les tribunaux arbitraux CIRDI privilégient la méthode de l'incorporation et font parfois même de celle-ci une « règle générale », en écartant toute autre approche[170]. Cette solution, érigée comme principe, a été reprise à maintes reprises[171]. La préférence des tribunaux arbitraux au profit de l'incorporation s'explique par le but premier de la convention de Washington, celui d'étendre la protection des investisseurs et non de la restreindre. Généralement, les traités d'investissement s'attachent au lieu de la création ou de l'enregistrement de la société[172], afin de ne pas être soumis aux multiples passeports que l'entreprise détient et de rester à l'échelle de celle-ci pour ne pas avoir à refluer vers ses actionnaires.

En réalité, ces deux méthodes ne font que confirmer les craintes de « nationality planning », car elles n'empêchent pas une personne morale de situer officiellement leur siège social dans un Etat donné, tout en accomplissant leurs activités dans un autre pays.

Confrontés à des investisseurs susceptibles d'acquérir des nationalités imprévisibles, les Etats ont ensuite été attraits devant la justice arbitrale par des investisseurs particuliers.

---

[170] Cf *SOABI c. Sénégal préc.*, § 29.

[171] Sent. CIRDI, 8 décembre 1998, *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/97/6, § 46 ; sent. CIRDI, 27 septembre 2001, *Autopista Concessionada de Venezuela c. Venezuela*, aff. n° ARB/00/5, § 108 ; sent. CIRDI, 18 avril 2008, *The Rompetrol Group N.V c. Roumanie*, aff. n° ARB/06/3, § 42 ; cf sent. CIRDI, 29 avril 2004, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, aff. n° ARB/02/18 :« Tokios tokeles a appliqué ce test d'incorporation ou de siège»; « la référence à l'état de constitution est la méthode la plus courante pour définir la nationalité des entités commerciales en vertu du droit bis moderne et du droit international traditionnel » (§ 25). Cf Ch. SCHREUER, *The ICSD Convention: A commentary*, Cambridge University Press, 2009, p. 279, n° 694.

[172] Ainsi, pour illustration, le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Canada et le Liban de 1997 énonce, pour caractériser l'investisseur étranger personne morale, « toute entreprise constituée ou formée en conformité avec les lois applicables de l'une des parties contractantes » (article 1 (e)).

3) Les destinataires singuliers d'offres publiques d'arbitrage

Récemment, un constat est apparu dans la sphère de l'arbitrage d'investissement. Des fonds d'investissement se sont spécialisés dans le rachat de demandes d'indemnisations financières prononcées par des arbitres, donnant naissance à un véritable marché. Sur la scène industrielle et financière mondiale, l'influence de ces fonds a atteint son paroxysme. Se prétendant bénéficiaires des TBI par leur qualité d'investisseur, ces fonds ont attrait des Etats devant des tribunaux arbitraux (a). D'autres brèches se sont ouvertes, dans lesquelles des individus privés ont tenté de s'engouffrer. C'est notamment le cas des actionnaires, qui estiment que leurs actions doivent être assimilées à des investissements (b).

a. Les fonds d'investissement

Après avoir discuté de la notion des fonds d'investissement (a.1), il conviendra de défendre la position, pourtant critiquée, selon laquelle ces derniers sont des investisseurs légitimes à enclencher une procédure arbitrale à l'encontre d'un Etat (a.2). Pour autant, cela n'empêche pas les droits nationaux d'afficher ostensiblement leur hostilité à leur encontre (a.3).

a.1. Définition

47. A l'instar des personnes physiques et des personnes morales, les Etats sont des « paquets de dettes »[173]. Lorsqu'un Etat est condamné par un tribunal arbitral à verser à un investisseur privé étranger une compensation financière, il pèse sur lui une obligation de payer qui s'assimile à un passif dans ses comptes de résultats, une dette à rembourser. Les compensations financières constituent, aux yeux des

[173] OCDE, *La gestion de la dette publique et les marchés des valeurs d'Etats au 21e siècle*, OECD Publishing, 27 janvier 2003, p. 122-123.

fonds spéculatifs, des retours sur investissement. Des fonds d'investissement ont profité des récentes crises économiques mondiales pour venir au secours de créanciers de dettes souveraines. Désormais, un Etat peut se voir poursuivi devant un arbitrage par des fonds spéculatifs ayant racheté les compensations financières octroyées aux investisseurs. Une telle hypothèse n'avait jamais été envisagée par l'Etat lors de la conclusion du TBI et de l'émission d'une offre publique d'arbitrage.

48. Les fonds d'investissement rachètent des obligations souveraines sur les marchés secondaires à des tarifs inférieurs à leur valeur faciale. Désirant voir honorés les prononcés de sentences arbitrales condamnant des Etats à des compensations financières, ils affichent leur volonté de presser en justice l'Etat débiteur jusqu'à ce que ce dernier cède. Ces fonds sont nés par l'action même des Etats. A l'origine, les Etats en développement, jusque dans les années 1970, concluaient des contrats de prêt avec d'autres Etats ou avec des grandes banques, en cas de besoin de financement. Les créanciers étaient alors peu nombreux, réduisant les litiges potentiels. Puis les flux financiers mondiaux se sont dérégulés et ont été marqués par l'apparition de nouveaux besoins de financement pour les Etats, nécessitant un éventail plus large de prêteurs. Les Etats ont alors émis des titres prêts à être acquis par des millions d'investisseurs, en s'ouvrant aux marchés financiers. Ce faisant, ils ont ouvert la porte aux fonds d'investissement. Ainsi, près de 43 % des actions contentieuses concernant les dettes souveraines ont eu lieu au cours des années 1990, 46 % au cours des années 2000. Et la hausse est constante[174].

49. Un Etat qui emprunte n'est plus totalement souverain, car il est dépendant de ses créanciers. Or, avec la mondialisation, la dette française est majoritairement détenue par des créanciers étrangers, avec une part passant de 28 % en 1999, à 47,8 % en 2021[175]. Ces emprunts des Etats leur sont préjudiciables. « (L)a ruine des puissances et de leurs finances est de rendre à intérêt ; l'origine de tous ses malheurs est venue, quand le Roi François I commença de prendre argent à intérêt, ayant dix huit cent mil écus en ces

[174] Cf J. SCHUMACHER, C. TREBECH et H. ENDERLEIN, « Sovereign Defaults in Court The rise of creditor litigation 1976-2010 », *SSRN Electronic Journal*, 2012.

[175] Selon le Rapport d'activité de l'agence trésor pour l'année 2021, p. 26.

coffres, et le prix en son royaume ; jamais prince bien conseillé ne fera cela ; car en ce faisant il ruine le fondement de ses finances, s'il veut garder sa foi et payer : et s'il ne veut pas, ou qu'il ne puisse payer, il faut faire banqueroute et perdre son crédit : qui est ruine de l'Etat ; car il faut (…), imposer, emprunter, et enfin par calomnies et tyrannies confisquer ses sujets »[176]. Tôt ou tard, le recours à des créanciers privés soumettra les Etats à des puissances financières toujours plus puissantes qui, à terme, les contraindront.

L'Etat possède une souveraineté monétaire. Il peut refuser de rembourser une dette ou l'atténuer par une dévaluation de sa monnaie[177]. Des conséquences devront être tirées. Au XIX[e] siècle, ce refus de remboursement d'une dette d'un créancier privé engageait le risque d'un conflit interétatique, d'un conflit armé entre l'Etat débiteur et l'Etat d'origine de l'investisseur[178]. Aujourd'hui, ce refus expose l'Etat débiteur à des actions devant les prétoires privés.

[176] Cf J. BODIN, *Les six livres de la République*, Lyon Jean de Tournes 1579, Livre VI, p. 624.

[177] Cf la Doctrine Drago, qui considère que le fait de ne pas rembourser les créanciers constitue un acte de souveraineté, alors que le fait de rembourser est un acte de soumission (L.M. DRAGO, « Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale », *RGDIP* 1907.251).

[178] Cf l'occupation algérienne par la France qui avait pour origine l'affaire de la dette du blé, c'est-à-dire le paiement demandé à la France par l'Algérie de livraison de blé, cf M. AUDIT, « Le défaut souverain l'est-il vraiment ? Analyse rétrospective du non-remboursement de dette publique », *RFDA* 2019, n° 2, p. 243 citant H. BLAIS, « Pourquoi la France a-t-elle conquis l'Algérie ? », in A BAYCHENE, J-P. PEYROULOU, O. SIARITENGOUR ET S. THENAULT, *Histoire de l'Algérie à la période coloniale, 1830-1962*, La découverte, coll Poche/Essai, 2014, p. 52. Cf également l'expédition militaire française au Mexique entre 1861 et 1867, après la décision du président du Mexique de suspendre pendant deux ans la dette extérieure, notamment composée de titres émis à Londres et dont beaucoup de porteurs étaient français. Il peut aussi être fait mention du blocus et des bombardements des ports vénézuéliens par les armées allemandes, italiennes et anglaises au début du XIXe siècle pour contraindre l'Etat au paiement de ses créances.

a.2. Des créanciers légitimes à l'instance arbitrale

50. Les fonds d'investissement achètent des dettes souveraines à des prix dérisoires, pour réclamer ensuite devant les tribunaux arbitraux 100 % de leur valeur réelle. Leur objectif est d'attendre que l'Etat débiteur améliore ses finances et ses capacités de paiement. En pratique, la clause légale *pari passu,* consacrée dans plusieurs droits nationaux, impose un traitement égalitaire entre les créanciers des crédits successifs. Un Etat qui émet une dette souveraine doit s'engager à ne pas accorder à de futures créanciers des conditions de paiement ou des garanties plus avantageuses sans les offrir aux autres créanciers.

51. Certains s'offusquent de l'immoralité des recours effectués par ces fonds, aux répercussions désastreuses sur les populations locales. A ce propos, dans un rapport « Profiter de la crise : comment les entreprises et les avocats récupèrent les bénéfices des pays européens en crise » publié le 10 mars 2014, l'Observatoire de l'Europe industrielle (Corporate Europe Observatory, CEO) et le Transnational Institute (TNI) ont révélé une « vague de croissance » des poursuites juridiques d'arbitrage international lancées à l'encontre des Etats, par des fonds d'investissement. Il y a été déclaré que « les investisseurs spéculatifs utilisent ces accords d'investissement pour piller les Trésors publics à court de liquidités des Etats européens en crise. Ce serait une folie politique d'accorder aux sociétés ces droits excessifs dans le cadre d'un accord commercial de grande envergure contre les Etats-Unis et l'Europe ». Et, « (d)ans cette période où les citoyens ordinaires sont dépouillés de nombreux droits sociaux de base, il est pervers que l'Union européenne soutienne un régime international d'investissement qui offre une protection de VIP aux investisseurs étrangers spéculatifs. Il est temps de rejeter un système de justice privatisée favorable aux entreprises prédatrices, qui sape une réglementation cruciale pour l'intérêt du public ».

52. En rachetant les prononcés des condamnations des Etats aux investisseurs, les fonds d'investissement ne font rien d'illégal. S'ils acquièrent la sentence à un prix inférieur, ils en réclament le montant prononcé par les arbitres, montant pour lequel l'Etat demeure redevable. Finalement, l'Etat n'est jamais concerné par ce rachat. L'immoralité, s'il doit y en avoir une, serait du côté du débiteur qui n'exécuterait pas ses dettes. Si l'Etat élude sa responsabilité face à un créancier privé et que cette attitude est tolérée, il y aurait

une déresponsabilisation inacceptable d'un Etat qui, en plus de n'avoir plus de devoirs envers ses prêteurs, deviendrait légitime à opérer une gestion budgétaire aléatoire. Ainsi, plus que de défendre le droit des fonds d'investissement, il s'agit surtout de défendre le droit des créanciers privés. Les Etats se sont eux-mêmes mis en difficulté en s'enchaînant aux lois du marché et à la finance privée. Les fonds d'investissement sont, à tort, diabolisés alors qu'ils « contribuent à la liquidité du marché de la dette souveraine en acceptant de racheter des titres décotées »[179].

53. Les fonds d'investissement contribuent à l'efficacité de l'arbitrage d'investissement. Ils possèdent indéniablement un effet incitatif, de par la crainte qu'ils inspirent aux Etats tentés de ne pas payer l'investisseur privé étranger. Ce refus de payer engendre désormais le risque d'une vente de la sentence arbitrale à des fonds d'investissement. Les Etats sont responsables de l'avènement des fonds d'investissement, en laissant la sentence être vendue. Dès lors, en plus de permettre à l'investisseur d'obtenir un rachat de la sentence à une somme même inférieure que celle prononcée, les fonds d'investissement participent à l'exécution volontaire des sentences par les Etats. Désireux de ne pas s'engluer dans de longues et onéreuses procédures arbitrales avec des fonds d'investissement, dotés de capacités financières quasi-illimitées, et de ne pas être sujets à des pénalités pour des défauts de paiement, les Etats ont tout intérêt à respecter les sentences arbitrales dès leur prononcé.

54. Créanciers légitimes à l'instance arbitrale, les fonds d'investissement font face à des difficultés dans l'arbitrage d'investissement. En pratique, s'ils ne font que rechercher l'exécution d'une sentence qui leur est favorable, les tribunaux rechignent le plus souvent à accéder à leurs prétentions. L'exemple du Zaïre est éloquent[180]. En 1980, le Zaïre, aujourd'hui dénommé République Démocratique du Congo, tentait de faire face à la pauvreté et à la faiblesse de ses infrastructures. Pour ce faire, le pays avait attiré un investisseur privé étranger, la société Energoinvest, et contracté auprès de lui un crédit pour la construction

[179] G. BARDEAUX, « Chronique Droit du commerce international », *JCP G* 16 septembre 2013, n° 38, doctr. 975.

[180] F. GIANSETTO, « Les fonds dits 'vautours' et la dette souveraine – Un nouvel enjeu de la régulation financière », *Cahiers de droit de l'entreprise*, novembre 2012, n° 6, dossier 33.

d'une ligne à haute tension et une centrale électrique. Par suite du défaut de paiement de l'Etat, incapable de rembourser sa dette, l'investisseur avait saisi les tribunaux arbitraux qui avaient condamné le Zaïre à lui verser trente-neuf millions de dollars US en compensation financière. En 2004, le Zaïre n'avait toujours pas honoré l'exécution de la sentence arbitrale. Ereinté des années de procédure et des sommes dépensées, l'investisseur avait cédé sa créance sur le marché secondaire au fonds d'investissement FG Hemisphere pour un montant de 3,3 millions de dollars, soit presque 90 % de moins de la valeur de la compensation financière octroyée par les arbitres. FG Hemisphere avait tenté de faire exécuter la sentence arbitrale devant les juridictions américaines et demandé le versement de la valeur de la condamnation, majorée des intérêts, soit une somme de cent-quatre millions de dollars US. En 2012, le fonds d'investissement cherchait toujours à obtenir une telle réparation, constituant 93 % du produit intérieur brut (PIB) de la République Démocratique du Congo. L'attitude des juges coïncident avec celle adoptée par d'autres juridictions, telle que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). En ce sens, la CEDH a déclaré qu'un « Etat n'a aucune obligation de protéger les investissements des actionnaires de la Banque » et avait refusé d'attribuer la valeur de Droit de l'Homme à l'investissement[181].

Aujourd'hui et surtout, il convient aux Etats eux-mêmes, lors des négociations et renégociations de traités d'investissement, d'écarter expressément les fonds d'investissement de leur offre publique d'arbitrage pour se préserver d'actions de leur part. Les Etats disposent des clés en mains pour lutter contre ces derniers.

[181] CEDH, *Albert et autres c. Hongrie*, 5294/14, Arrêt 7.7.2020, Cf également *Olczak c. Pologne*, 30417/96, 7 novembre 2002 ; *Pokis c. Lettonie*, 528/02, 5 octobre 2006 ; *Agrotexim et autres c. Grèce*, 14807/89, 24 octobre 1995 ; *Nassau Verzerkering Maatschappij N.V. c. Pays-Bas*, 57602/09, 4 Octobre 2011 ; *Shesti Mai Engineering OOD et autres c. Bulgarie*, 17854/04, 20 septembre 2011 ; et cf *Lekić c. Slovénie* (GC), 36480/07, 11 décembre 2018.

a.3. Des actions arbitrales régulées par les droits nationaux

55. De nombreux droits nationaux témoignent de leur défaveur à l'encontre des actions en exécution des sentences arbitrales opérées par les fonds d'investissement. A l'instar de la Belgique, premier pays de l'Union européenne à avoir empêché, en 2015, de tels fonds de poursuivre un « avantage illégitime » c'est-à-dire « disproportionné » à l'encontre d'un Etat en position d'insolvabilité[182], le législateur français n'est pas resté inactif. Récemment, une loi Sapin II a été promulguée et son article 60 a précisément pour objet de faire front à l'action des fonds d'investissement[183]. Désormais, pour qu'un détenteur de titres de créances à l'égard d'un Etat puisse obtenir une mesure de contrainte, il ne faut pas que l'Etat apparaisse dans la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement, établie par le comité de l'aide au développement de l'OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), quand il a remis le titre de créance en question. De plus, le titre ne doit pas avoir été obtenu par le fonds d'investissement lorsque l'Etat se trouvait en situation de défaut de paiement ou de défaut datant de moins de quarante-huit mois au moment où le détendeur du titre actionne l'action judiciaire.

56. Si l'article 60 de la loi Sapin II limite drastiquement les actions des fonds d'investissement, une question se pose. Si l'action des fonds d'investissement était si immorale qu'elle le paraît, pourquoi ne pas avoir dépasser l'interdiction aux seuls Etats présents dans cette liste d'aide au développement ? En effet, si les actions et les enrichissements d'un fonds d'investissement étaient contraires à la morale, ils le seraient que l'Etat soit développé ou qu'il ne le soit pas[184].

---

[182] Loi du 12 juillet 2015 relative à la lutte contre les activités des fonds vautours, M.B., 11 septembre 2015 ; cf également J. VAN DE POEL., « New anti-vulture fund legislation in Belgium : an example for Europe and rest of the world », *Eurodad blog*, mai 2015.

[183] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016.

[184] Enfin, il convient de préciser que le juge français n'a pas attendu l'intervention du législateur pour afficher son hostilité à l'action des fonds d'investissement, cf en ce sens l'affaire *NML Capital*, Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 11-13.323, qui sera étudiée dans les développements ultérieurs.

57. Au sein de la common law, un argument existe en faveur des Etats soucieux de se préserver de l'action des fonds d'investissement. Il s'agit de la « champerty ». La doctrine du « champerty » vise à prohiber l'achat d'une dette caractérisé par l'intention ultérieure d'attaquer le débiteur en justice. Une telle action est contraire à la bonne foi. En qualifiant une cession de créance litigieuse de « champerty », l'Etat argue d'un moyen de défense pour s'opposer à l'action en justice du fonds d'investissement, lorsque la cession a été exclusivement opérée par des finalités spéculatives[185]. Aujourd'hui, la « champerty » est une action en déclin, du fait de la complexité de démontrer la finalité exclusivement spéculative du rachat de créances sur le marché secondaire de la dette souveraine. Elle a notamment été écartée par un tribunal de New-York en 2004 et elle ne s'applique plus aux dettes supérieures à 500.000 dollars[186].

Au Royaume-Uni le Debt Developing countries Act 2010 a opéré un plafonnement du montant des sommes pouvant être obtenues, contre des pays en développement ou sous-développés, à un pourcentage de la valeur nominale de la dette[187]. Cette nouvelle législation limite les droits des fonds d'investissement.

b. Le cas particulier de l'actionnaire

Les actionnaires exercent un contrôle sur les sociétés. Or, le critère du contrôle est parfois retenu par les tribunaux arbitraux dans l'identification des destinataires des offres publiques d'arbitrage, en dépit des critiques pouvant lui être opposées (b.1). Pour autant, il convient de répliquer aux arguments visant à dénier aux actionnaires la qualité d'investisseur (b.2).

---

[185] Cf I. BLACKMAN, R. MUKHI, « The evolution of modern sovereign Debt litigation ; vultures, alter egos, and other legal fauna », Transnat'L&*Contemp -probs*, 2010, vol. 73, p. 47-59 et spéc. p. 52.

[186] *Elliott v. Banco de la Nacion and Republic of Peru*, 76FRD93, *SDNY*, 1997. Cf au Royaume-Uni, *Cam Dex International v. Bank of Zambia*, *EWCA* 1997.798.

[187] Cf D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, coll. Thémis, 2021, n° 1079-4.

b.1. Le critère du contrôle

58. L'article 25 (2) (b) de la convention de Washington énonce que « (r)essortissant d'un autre Etat signifie : (...) toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». La pratique a apprécié cet article en considérant qu'il réclamait la réunion de deux conditions relatives à la qualité du ressortissant. D'une part, en énonçant que les « parties sont convenues (...) de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant », les tribunaux arbitraux ont relevé que cet article posait une condition subjective tenant à l'accord des parties quant à la nationalité étrangère de l'investisseur. Cette condition subjective a été rappelée dans la sentence National Gas c. Egypte du 3 avril 2014[188]. Les arbitres avaient constaté un accord des parties tenant à estimer l'investisseur comme Emirien et donc étranger, à travers l'article 10 (4) du TBI conclu entre l'Egypte et les Emirats Arabes Unis. Et d'autre part, en analysant les mentions « en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers », il est possible de relever l'existence d'une condition davantage objective relative à la notion de « contrôle ». En principe, les conditions objectives et subjectives sont perçues par les tribunaux arbitraux comme étant cumulatives[189].

59. La présence de la condition objective pose plusieurs difficultés, car elle tient au contrôle exercé par l'investisseur sur l'investissement. Ce contrôle est relatif selon que les arbitres remontent plus ou moins loin dans la chaîne sociétale[190]. Une entreprise peut être contrôlée par plusieurs investisseurs de nationalité différente et possédant des parts variées. S'agit-il de prendre en considération un contrôle apparent,

---

[188] Sent. CIRDI, *National Gas S.A.E. c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/11/7.

[189] C'est d'ailleurs ce qui ressort de la sentence *Autopista c. Venezuela* rendue le 23 septembre 2003 *préc*, confirmant ainsi la sentence CIRDI du 16 février 1994, *Vacuum Salt Products Ltd. v. République du Ghana*, aff. n° ARB/92/1.

[190] Dans une affaire CIRDI, *Total E&P Uganda BV c. République de l'Ouganda*, aff. n° ARB/15/11, la multinationale Total

le plus proche et immédiat, ou de privilégier un contrôle effectif et plus indirect ? Dans certaines sentences, les tribunaux arbitraux se sont bornés au premier échelon sociétal et ne se sont attachés qu'au contrôle immédiat[191]. Dans d'autres sentences, les arbitres sont allés dans des degrés supérieurs en recherchant le contrôle effectif et non plus immédiat[192]. Dans l'affaire Perenco, des investisseurs français assuraient le contrôle d'une société aux Bahamas, qui contrôlait une société locale qui, elle-même, contrôlait une autre société locale. La dernière société locale des Bahamas avait effectué un investissement en Equateur. Les investisseurs français avaient réclamé le bénéfice du TBI conclu entre l'Equateur et la France. L'Equateur estimait que ce TBI ne pouvait pas s'appliquer, puisque les investisseurs français n'étaient pas les investisseurs véritables. La société Perenco considérait que l'investisseur, même indirect, pouvait contrôler un investissement. Alors même que l'investisseur immédiat semblait être la société des Bahamas, le contrôle indirect a été admis par le tribunal arbitral[193]. Par conséquent, en levant le voile social, les tribunaux arbitraux peuvent permettre la reconnaissance du contrôle indirect d'un investissement par une société éloignée. Aujourd'hui, l'appréciation relève de chacune des espèces et, il existe une

---

avait cherché à échapper à l'impôt et, en 2015, avait lancé une procédure arbitrale contre l'Ouganda. La volonté de Total d'investir en Ouganda n'était pas neutre, l'Ouganda étant l'une des places pétrolières les plus riches au monde (environ 6,5 milliards de barils, dont la moitié gît sous le parc naturel de Muchisan Falls, réputé pour sa faune sauvage). Total avait refusé de payer les taxes demandées par l'Etat d'accueil au motif que l'Ouganda s'était engagé à accorder une exemption fiscale pour les propriétaires de concession. Excepté que, Total avait acquis une participation de 33% dans un projet de Tullow Oil. La loi ougandaise pour ce type de participation, prévoyait des taxes administratives. Total s'était alors servi du traité bilatéral d'investissement conclu en 2000 entre l'Ouganda et les Pays-Bas. En réalité, la compagnie Total s'était consciemment enregistrée aux Pays-Bas via la technique fiscale du sandwich irlandais, en plaçant une filiale néerlandaise entre elle et l'Ouganda, si bien que Total s'assimilait à un investisseur hollandais. Une question demeure en suspens. La loi Ougandaise refuse l'arbitrage en matière de litige ayant trait à la fiscalité pour les sociétés locales. Or, indirectement, Total avait saisi le tribunal arbitral sur des fondements fiscaux. Cf Rapport Oxfam Uganda, Oxfam Novib, Oxfam France, octobre 2020.

[191] Cf sent. CIRDI, 25 septembre 1983, *Amco Asia Corporation and others c. République d'Indonésie*, aff. n° ARB/81/1. En l'espèce, une société indonésienne était contrôlée par une société américaine elle-même contrôlée par une société de Hong Kong, elle-même détenue par un investisseur néerlandais. L'Etat indonésien avait contesté la compétence des arbitres, car au moment de son consentement, il n'était pas au courant de ces montages potentiels de sociétés. Le tribunal arbitral a estimé que la Convention CIRDI n'impose pas de révéler les personnes contrôlant la société au deuxième ou troisième (ou plus) degré, il convenait alors de prendre en compte le contrôle immédiat.

[192] Cf la sentence *National Gas préc.*, ou encore cf la sentence CIRDI du 30 juin 2011, *Perenco Ecuador Ltd c. Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, aff. n° ARB/08/6, IIC 499.

[193] Dès lors, un investisseur exerçant un contrôle indirect sur un investissement, peut être considéré comme l'investisseur véritable. Dans l'affaire CIRDI, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. c. République du Venezuela*, aff. n° ARB/08/15, des néerlandais détenaient par la voie de diverses sociétés des parts dans le capital de la société Cemex Venezuela. Ils invoquaient alors le jeu du traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et le Venezuela pour manquement de l'Etat d'accueil. Dans cette affaire, le contrôle indirect avait été reconnu.

« grande latitude pour déterminer selon quelles circonstances une société pourra être traitée comme une ressortissante d'un autre Etat contractant en raison de son contrôle étranger »[194].

60. De plus, qu'en est-il des sociétés locales de l'Etat d'accueil qui sont, elles-mêmes, contrôlées directement ou indirectement par des investisseurs étrangers aux Etats parties ? Doivent-elles être assimilées à des investisseurs étrangers ? La réponse est débattue. Si le siège social de la société est à l'étranger, mais contrôlé entièrement par des ressortissants de l'Etat d'accueil, l'Etat d'accueil ne pourra pas toujours exiger la levée du voile social pour refuser la compétence du centre en invoquant le caractère artificiel du siège social ou de l'incorporation[195], dès lors que le TBI fait de l'incorporation ou du siège social le critère de détermination de la nationalité. En revanche, en l'absence de TBI ou si le TBI reste silencieux sur la question, une sentence a fait date, la sentence Tokios Tokeles[196]. En l'espèce, la société Tokios Tokeles, incorporée en Lituanie, s'était plainte devant un tribunal arbitral des agissements de l'Etat ukrainien, altérant ses investissements effectués en Ukraine. La problématique résidait dans le fait que 99 % du capital de cette société était détenu par des ukrainiens et que deux tiers des dirigeants de la société étaient de nationalité ukrainienne. Seulement, la société était incorporée en Lituanie et l'Ukraine avait signé un TBI avec cet Etat, visant à la protection des investisseurs ressortissants de ces deux Etats parties. En réalité, il s'agissait principalement d'un conflit entre des ressortissants ukrainiens et l'Ukraine, soit un conflit interne et donc, insusceptible de bénéficier de la protection du TBI. Par la majorité, le tribunal arbitral n'a pas jugé bon de lever le voile social. Dans une opinion dissidente, le président du tribunal arbitral a considéré que le voile social aurait dû être levé. La nationalité des investisseurs contrôlant la société doit être prise en considération. Autrement, il suffira à tout investisseur de s'implanter à l'étranger pour y créer une société et de revenir dans son Etat d'origine pour y investir et bénéficier d'un TBI conclu entre l'Etat d'origine et l'Etat d'implantation de sa société. L'investisseur n'aura qu'à implanter sa société dans un Etat ayant conclu le TBI le plus protecteur de ses intérêts avec son Etat d'origine.

---

[194] Sent. *Autopista préc*, § 97.

[195] C'est ce qui ressortait d'une sentence *KT Asia préc*, § 144.

[196] Cf sent. *Tokios Tokeles préc*.

61. Le droit international classique se refusait à prendre en considération le critère du contrôle, à cause de la complexité que l'opération aurait constitué, nécessitant de lever le voile social. Le contrôle d'une société peut se manifester de diverses manières. Il n'est pas nécessairement et simplement le fait d'une appréciation quantitative fondée sur le fait de détenir la majorité du capital ou des droits de vote. Au contraire, le contrôle peut « également être atteint par le pouvoir de décider et de mettre en œuvre efficacement les décisions clés de l'activité commerciale d'une entreprise et, dans certaines circonstances, le contrôle peut être obtenu par un ou plusieurs facteurs tels que l'accès à la technologie, l'accès aux fournitures, l'accès aux marchés, l'accès au capital, au savoir-faire et à la réputation faisant autorité »[197]. Lors des négociations de la convention de Washington, il avait été proposé d'estimer la présence d'un contrôle quand la société possédait « des intérêts suffisamment importants pour bloquer des changements majeurs dans la société »[198]. En pratique, aucune condition de pourcentage spécifique d'actions n'est présente, les arbitres se fondent seulement sur la base des faits portés à leur connaissance. Un contrôle peut s'exercer habilement, subtilement, indirectement, par le biais de sociétés écrans, de structurations d'entreprises, de réorganisations internes d'entreprises … Les arbitres se heurtent à l'imprécision du critère du contrôle de la majorité des traités d'investissement. En réalité, seule une négociation conventionnelle permettrait une clarification du critère du contrôle pour délimiter le champ d'application *ratione personae* de l'arbitrage d'investissement. Ainsi, l'appréciation doit relever de chacune des espèces « (…) le contrôle étranger au sens de l'article 25.2,b ne requiert ni ne suppose aucun pourcentage particulier d'action. Chaque espèce (…) doit être envisagée dans son contexte propre sur la base des faits et circonstances. Il n'existe aucune 'formule' »[199].

62. En tous les cas, le critère du contrôle ne peut plus être ignoré. Il est présent au sein de la convention de Washington de 1965 qui énonce qu'une société peut avoir accès à l'arbitrage d'investissement même

---

[197] Comme l'a affirmé un tribunal arbitral, dans une sentence ALENA du 26 janvier 2006, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, § 180.

[198] *Historique de la convention, vol II p. 447, texte repris dans Sentence Vacuum Salt c. Ghana préc., § 43.*

[199] Cf sent. *Vacuum Salt préc.*, § 43.

si elle est de même nationalité que l'Etat défendeur, dès lors qu'elle est contrôlée par des intérêts étrangers et sous réserve du consentement des parties concernées. Occulter le critère du contrôle reviendrait à laisser de côté une multitude d'investissements internationaux contemporains de la sphère de l'arbitrage. Les investissements internationaux sont de plus en plus le fait de filiales nationales effectuant une opération sous l'ordre d'une société mère établie à l'étranger. En pratique, les tribunaux arbitraux reconnaissent en grande majorité l'investissement indirect. S'il peut paraître défavorable aux Etats et attise les contestations des opposants à l'arbitrage d'investissement, le contrôle indirect sur l'investissement s'inscrit dans l'ère du temps et constitue la forme d'investissement la plus fréquente dans le commerce international.

b.2. L'actionnaire, un investisseur incontestable

63. La question de l'actionnaire-investisseur est controversée. Un actionnaire national d'un Etat A qui acquière des titres de participation dans une entreprise implantée dans un Etat B, peut-il tirer parti du TBI conclu entre les Etats A et B ? Les actions peuvent-elles être assimilées à des investissements ? La réponse doit être positive. Si la Cour internationale de justice a refusé de consacrer la demande d'indemnisation introduite par les actionnaires d'une entreprise ayant souffert d'une expropriation, estimant que c'était l'entreprise et non les actionnaires qui avait subi le réel préjudice[200], les TBI remettent majoritairement en cause cette vision, en accordant le plus souvent un *jus standi* aux actionnaires[201]. A titre d'illustration, le traité d'investissement conclu entre la Chine, le Japon et la Corée du Sud fait référence aux

[200] Cf l'affaire *Barcelona Traction préc.*

[201] Cf TBI entre l'Argentine et les Etats-Unis d'Amérique (1991), article 1 : « a. « investissement » désigne tout type d'investissement sur le territoire d'une partie détenu ou contrôlé directement ou indirectement par des ressortissants ou des sociétés de l'autre partie, tels que des capitaux propres, des dettes et des contrats de service et d'investissement ; et comprend, sans s'y limiter : (ii) une société ou des actions ou d'autres intérêts dans une société ou des intérêts dans les actifs de celle-ci ».

« actions ou autres formes de participation au capital d'une entreprise, y compris les droits en découlant »[202]. Le traité sur la charte de l'énergie a repris exactement les mêmes mentions[203].

64. Si des traités d'investissement assimilent les actions à des investissements, ils restent cependant silencieux sur le point de savoir s'il est nécessaire que l'action détienne une certaine valeur ou un certain pourcentage pour obtenir le qualificatif d'investissement. Certains traités précisent, expressément, que les actionnaires minoritaires peuvent voir leurs actions être considérées comme des investissements[204]. Ce principe, déjà affirmé dans la sentence AAPL c. Sri Lanka, a été repris par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire CMS c. Argentine le 17 juillet 2003[205]. En l'espèce, une personne morale avait acquis près de 30 % des parts d'une entreprise implantée en Argentine. A la suite de l'exercice du pouvoir de réguler de l'Etat argentin, dans un contexte de grave crise économique et financière, l'actionnaire avait vu la profitabilité et la valeur de l'entreprise se réduire considérablement. Il avait saisi le tribunal arbitral qui, dans cette sentence, s'était reconnu compétent. En pratique, il n'est plus nié que l'actionnaire minoritaire puisse avoir la qualité d'investisseur et ce, peu important le montant de sa participation[206]. C'est légiti-

---

[202] *Investment promotion and protection agreement between Japan, Republic of Korea and China*, art. 1(1)(b).

[203] art. I(6)(b) : « « Investissement » désigne tout type d'avoir détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur et comprenant : b) une société ou entreprise commerciale ou les actions, capitaux ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, titres ou autres dettes d'une société ou d'une entreprise commerciale ».

[204] C'est d'ailleurs ce qu'énonce le modèle de traité bilatéral d'investissement français de 2006, dont l'article 1(1)(b) précise qu'il couvre « les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés (…) ». Cf S. ALEXANDROV, « The 'Baby Boom » of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione temporis* », *Law Pract. Int. Courts Trib*. 2005, vol. 4, p. 45 : « (E)n somme, il ne fait aucun doute que les actionnaires ont qualité au CIRDI pour soumettre des réclamations distinctes et indépendantes des réclamations de la société. De plus, ce principe s'applique à tous les actionnaires, qu'ils détiennent ou non la majorité des actions ou qu'ils contrôlent la société ».

[205] Sent. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/8.

[206] 18,3 % dans la sentence CIRDI du 8 décembre 1998, *Lanco International Inc. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/97/6 ; parfois moins de 15 % dans la sentence *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL.

mement que l'application d'un traité d'investissement « couvre non seulement les actionnaires majoritaires mais également les minoritaires, que ceux-ci contrôlent la société ou non »[207], car ils investissent le plus souvent à hauteur de leurs capacités.

65. Ainsi, en concluant une offre publique d'arbitrage impersonnelle, les Etats risquent de voir un grand nombre d'actionnaires lancer des actions collectives devant des tribunaux arbitraux à leur encontre. Rien que dans l'affaire *Abaclat c. Argentine,* il pouvait être dénombré plus de 180.000 demandeurs au début du litige, pour aboutir à 60.000 demandeurs lors de la décision sur la compétence rendue le 4 août 2011[208]. Une prolifération des contentieux ayant pour origine des investisseurs d'horizons divers et variés est apparue. Une imprévisibilité juridique en est ressortie pour les Etats[209]. Si les tribunaux arbitraux n'ont pas été hostiles à qualifier d'investisseur un actionnaire, c'est parce que les traités d'investissement leur

---

[207] Sent. CIRDI, 11 mai 2005, *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/16, § 93.

[208] Sent. CIRDI, *Abaclat and Others c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/07/5. En acceptant de s'engager en vertu d'une offre publique d'arbitrage, l'Etat s'expose à des conséquences considérables notamment depuis cette sentence *Abaclat*. Son consentement ne se limite pas à un nombre particulier d'investisseurs. Il s'adresse à une pluralité d'investisseurs et même à tous les potentiels investisseurs privés étrangers. Et dans la sentence *Stolt-Nielsen S. A. v. AnimalFeeds Int'l Corp*. - 559 U.S. 662, 130 S. Ct. 1758 (2010), le tribunal a estimé que l'accord à la « class arbitration » ne pouvait être implicitement prévu par un contrat d'investissement. En ce sens, il a énoncé que les « parties avaient stipulé que la convention d'arbitrage contractuelle privée était 'muette' sur le point de savoir si elle autorisait ou interdisait l'arbitrage de classe (clairement) de (…) la nature contractuelle de l'arbitrage que les parties peuvent spécifier avec qui elles choisissent d'arbitrer leurs litiges ». Mais dans la sentence *Abaclat,* le tribunal arbitral a déclaré qu' « il serait contraire à l'objectif du TBI et à l'esprit du CIRDI d'imposer, en plus du consentement à l'arbitrage du CIRDI en général, un consentement explicite supplémentaire à la forme d'un tel arbitrage. Dans de tels cas, le consentement à l'arbitrage CIRDI doit être considéré comme couvrant la forme d'arbitrage nécessaire pour assurer une protection et un recours efficaces aux investisseurs et à leurs investissements, y compris un arbitrage sous la forme d'une procédure collective » (§ 490). De même, dans la sentence CIRDI *Ambiente Ufficio S.p.A. and others c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/08/9, les arbitres ont considéré qu' « il est évident que l'arbitrage multipartite est une pratique généralement acceptée dans l'arbitrage CIRDI, et dans la pratique du tribunal au-delà, et que l'ouverture d'une procédure multipartite n'exige donc aucun consentement de la part du gouvernement qui a répondu aux exigences du consentement à l'arbitrage » (§ 141). Il pourrait être envisagé d'estimer que l'Etat n'a pas à consentir à chacun des investisseurs privés étrangers en cas de *mass claims,* puisqu'en énonçant au sein d'un traité bilatéral d'investissement que les actions sont des investissements, il s'expose naturellement à l'enclenchement de mass claims à son encontre, à l'enclenchement d'actions arbitrales engagées contre plusieurs plaignants potentiels. Cf S. LEMAIRE, note sous Tribunal CIRDI, 4 août 2011, *Abaclat et a. c. Argentine* : acquisition de titres d'Etat et action de masse, *Rev. arb*. 2013, n° 2.

[209] L'Etat argentin s'en était plaint, dans la sentence arbitrale du 14 janvier 2004 l'opposant à la société Enron (Sent. CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/3). A ce propos, le tribunal arbitral avait pris soin d'écouter avec sensibilité l'argumentaire de l'Etat argentin et avait reconnu le besoin de limiter les demandes d'arbitrage provenant des actionnaires minoritaires et indirects, même s'il avait rejeté les prétentions de l'Argentine en l'espèce. « Il est en effet nécessaire d'établir une limite au-delà de laquelle les demandes ne seraient pas admissibles, car elles n'auraient qu'un lien distant avec la société touchée » (§ 48 et s.).

en ont donné la faculté[210]. Les contestations relatives à l'extensibilité de la compétence *ratione personae* des arbitres sont directement opposables aux Etats.

PROBLEMATIQUE

66. Les Etats les plus à risques sont souvent les plus attrayants pour les investisseurs, tel est le « risque-revers » auquel les investisseurs privés étrangers peuvent se trouver confrontés. Comme le faisait remarquer Keynes, l'investissement a également sa part de « tempérament sanguin » provenant de l'entrepreneur[211]. Une pulsion créatrice peut habiter l'investisseur et lui cacher les défis véritables qu'il ne veut pas voir. Confrontés aux dangers de l'internationalisation, les investisseurs sont invités à adopter des « ratings », des instruments d'analyse de l'évaluation des risques dans un Etat. Il doit apparaitre, chez eux, l'idée d'une rationalité qui soit étroitement liée à la notion même d'investissement. Un investissement doit être conceptuel, utiliser strates et chiffres, pourcentages et taux, tableaux et tranches annuelles.

Chaque marché étranger détient sa part d'incertitudes, sa part de risques, qualifiée de « risques-pays », amplifiée par les contextes de l'internationalisation. Les investisseurs doivent projeter des stratégies d'identification et d'analyse de ces aléas pour parvenir, avant toute implantation extérieure, à les qualifier et à les quantifier, afin de mieux orienter la conduite de leurs opérations. Ces « risques-pays » sont multiples. Ils sont tout autant politiques que juridiques ou économiques et financiers. Les risques politiques ont trait aux guerres et autres conflits militaires, qui accroissent les situations de destruction de matériels ... Les risques juridiques, quant à eux, consistent, notamment, au changement inopiné de législation dans l'Etat hôte de l'investissement étranger, ou encore aux décisions de nationalisation dans le secteur des

---

[210] Sent. *Enron préc.,* § 49 : « (L)e tribunal doit en conséquence conclure qu'en vertu des dispositions du traité bilatéral d'investissement, (…) les réclamations faites par des investisseurs qui ne sont pas dans la majorité ou sous le contrôle de la société affectée lorsqu'ils réclament des violations de leurs droits en vertu d'un tel traité sont recevables ».

[211] J. M. KEYNES, *Traité de la probabilité - les bases de la réflexion sur l'incertitude*, 1921, *The Collected writings of J.M. KEYNES*, Londres, MacMillan, 1973, t. VIII, p. 162.

matières premières. Enfin, les risques économiques et financiers consistent en une crise économique localisée dans le pays d'accueil, à une détérioration de la conjoncture économique, à la variabilité des taux de change et des taux d'intérêts et boursiers, entraînant des répercussions sur les dettes de l'investisseur étranger.

De multiples péripéties sont susceptibles d'accompagner ou d'entraver l'activité des investisseurs privés étrangers. Crises économiques, crises des dettes souveraines, risques juridiques et politiques ne mettent jamais les investisseurs à l'abri de réverbérations sur leurs investissements, indépendantes de leur volonté et de leurs actions. Par conséquent, les Etats d'accueil ont été appelés à répondre aux incertitudes des marchés et de l'internationalisation, pour favoriser l'essor et la meilleure orientation des investissements internationaux.

67. La nécessité pour les Etats de s'accorder sur une protection internationale du droit des investissements étrangers est ancrée dans le XX^{e} siècle. La charte de la Havane en 1948 prévoyait la création d'une organisation internationale du commerce (OIC) et l'article 12 disposait que les Etats membres devaient libéraliser leurs marchés nationaux aux investisseurs étrangers et prohiber toutes les discriminations[212]. La charte de la Havane n'ayant pas été ratifiée, l'article 12 n'a jamais pu trouver à s'appliquer. De même, dans les années 1960, l'avènement d'un traité multilatéral pour la libéralisation des investissements étrangers et leur protection a été proposé, mais cela s'est soldé par un échec[213]. L'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) avait aussi pour visée d'établir un cadre multilatéral pour l'investissement international, du fait de la libéralisation des régimes d'investissement. Les négociations, dont le caractère secret avait été tancé, avaient pris fin en décembre 1998. Les détracteurs de l'AMI arguaient des mêmes critiques aujourd'hui adressées à l'arbitrage d'investissement, c'est-à-dire qu'il aurait permis aux investisseurs d'attaquer les mesures législatives protectionnistes des Etats. Par conséquent, c'est en raison de l'échec des traités multilatéraux proposés que les Etats se sont accordés sur la signature d'accords à

[212] « (2) les Etats membres s'engagent : (…) (ii) à tenir dûment compte du fait qu'il convient d'éviter la discrimination entre investissements étrangers ».

[213] G. SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1969, p. 143-169.

portée moindre, comme les TBI ou encore le traité sur la charte de l'énergie, adoptée à Lisbonne le 17 décembre 1994. Si ces accords ont une portée moindre, c'est parce qu'ils sont limités à certains domaines d'activités ou à certaines régions[214].

68. Au cours de cette introduction, nous avons choisi d'axer notre réflexion sur la protection diplomatique et sur les débats cristallisant depuis longtemps les critiques opposées à son successeur, l'arbitrage d'investissement, à savoir la compétence *ratione materiae* et la compétence *ratione personae*. La notion d'investissement et la qualité d'investisseur fondent la compétence de l'arbitrage d'investissement et, si l'actualité est moins propice à des développements novateurs sur ces questions, il nous paraissait important de revenir sur les frictions qui habitent ces thématiques[215]. Si nous y avons apporté des réponses, ces tensions ne sont pas les plus palpables dans la remise en cause contemporaine de l'arbitrage d'investissement. En réalité, nous verrons que les contestations touchant l'arbitrage d'investissement trouvent principalement leur source dans le caractère déséquilibré du droit de l'investissement, plus que dans les déséquilibres procéduraux de l'instance arbitrale elle-même.

69. De plus en plus, des Etats arguent d'un caractère déséquilibré de l'arbitrage dans la relation entre investisseurs et Etats. L'arbitrage international en matière d'investissement serait plus favorable à la défense des intérêts économiques privés. Avec la consécration de la personnalité juridique internationale offerte aux investisseurs privés, les Etats se sont vus décliner une partie de leurs pouvoirs et ont vu accroître les possibilités de voir leur responsabilité être engagée. La doctrine tend à distinguer trois courants partageant tous la même idée d'un étiolement de l'Etat. La thèse « sceptique » exprime que cette léthargie de l'Etat n'est ni un phénomène inédit, ni la résultante propre à la mondialisation[216]. Pour les

---

[214] Comme c'est le cas pour l'accord de libre-échange de l'ALENA, conclu entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique le 17 décembre 1992.

[215] A ce propos, A. DE NANTEUIL a souligné que la définition de la notion d'investissement était toujours une tâche « assez redoutable », car « malgré plusieurs décennies de pratique des TBI, la question pourtant centrale de la définition demeure, (…) pour l'essentiel, un mystère (…) : la définition de l'investissement en droit positif est introuvable » (*Droit international de l'investissement*, 2e éd., Paris, Pedone, 2017, n° 339, p. 165).

[216] P. HIRST et G. THOMPSON, *Globalisation in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*,

partisans de la théorie « transformationaliste », la mondialisation exerce une pression incontestable sur les pouvoirs des gouvernements nationaux[217]. Enfin, le courant « hypermondialiste » retient une approche économique et considère que la mondialisation est une manifestation ancienne, susceptible de faire subir nombre de pressions aux Etats-Nations[218]. Ce qui est certain et observable, ce sont les pressions de la mondialisation entrainant une perte du pouvoir unilatéral d'action en matière de litiges relatifs aux investissements. Ce procédé de l'arbitrage confisque, d'une certaine manière, la faculté de juger des juridictions locales. L'Etat d'accueil, garant des institutions judiciaires, peut percevoir, dans ce mode alternatif de règlement des conflits, une atteinte à sa souveraineté, les arbitres n'étant pas élus et ne détenant aucune légitimité souveraine.

70. Les consultations publiques sur l'encadrement juridique de l'investissement étranger se multiplient au sein des Etats. D'ailleurs, au moment des négociations entre les Etats développés visant à la création d'une institution chargée de trancher les différends entre Etats et investisseurs privés étrangers, des garanties avaient été suggérées. Les Etats s'étaient accordés sur le maintien de « quatre soupapes de sécurité » afin de préserver leur souveraineté et pour garder un certain contrôle sur les résolution des différends[219]. La première valve était l'épuisement des voies de recours internes. Avant d'en venir à l'arbitrage d'investissement, les parties devaient avoir épuisé, au préalable, toutes les voies administratives et judiciaires étatiques ouvertes. La seconde valve avait trait au consentement des parties prenantes. L'adhésion d'un Etat à la Convention de Washington n'aurait pas eu à signifier un consentement absolu et inconditionnel à l'arbitrage d'investissement. La troisième valve concernait l'application du droit de l'Etat d'accueil à l'instance. Concernant cette troisième valve, les pays en développement réclamaient l'application

---

Cambridge, Polity Press, 1999.

[217] Pour une application de cette théorie à l'ALENA, cf M.A. LUZ et C.M. MILLER, « Globalization and Canadian Federalism: Implications of the NAFTA's Investment Rules », *McGill L.J* 2002, vol. 47, p. 951-997.

[218] Cf K. OHMAE, *The end of the Nation-State: The Rise of Regional Economies*, New-York Free Press, 1995 et W.B. WRISTON, *The Twilight of Sovereignty : How the Information Revolution Is Transforming Our World*, New-York, Charles Scribner's Sons, 1992.

[219] C. HUIPING, « The Investor State Dispute Settlement Mechanism : Where to go in the 21st Century », The *Journal of World Investment & Trade* 2008, vol. 9, p. 2.

de leur droit d'origine à l'instance, tandis que les pays développés, inquiets du contenu du droit des Etats en développement, exigeaient l'application du droit international. Un compromis sera finalement trouvé, la convention de Washington octroyant aux parties la possibilité de choisir le droit applicable et, à défaut d'un accord, la loi de l'Etat d'accueil s'appliquerait avec les règles du droit international[220]. Enfin, la quatrième valve permettait à un Etat de ne soumettre par avance que quelques questions spécifiques à l'arbitrage d'investissement. Par exemple, le gouvernement de la Nouvelle-Guinée a fait part de sa volonté de ne soumettre à l'arbitrage que les différends élémentaires relatifs à l'investissement lui-même[221]. Ces quatre valves n'étaient pas favorables à l'essor concret de l'arbitrage d'investissement. Par conséquent, en vingt-cinq ans, moins d'une cinquantaine d'affaires ont été portées devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Finalement, à la fin des années 1980, les pays en développement changeront d'optique, afin attirer davantage d'investisseurs privés étrangers. Les quatre valves se sont alors fermées. Aujourd'hui, des voix s'élèvent, de plus en plus, pour une réouverture de celles-ci.

71. L'arbitrage d'investissement répond à la crainte des investisseurs éprouvée à l'encontre des justices étatiques, soupçonnées de partialité ou de dépendance. Si la place de l'arbitrage d'investissement n'a cessé de s'accroître, ses controverses également, aboutissant même à une profonde remise en cause de l'institution, terrain d'une relation déséquilibrée entre investisseurs et Etats et d'une atteinte à la souveraineté de ces derniers. « Où va l'arbitrage international ? » posait déjà le Professeur Philippe Fouchard en 1989 à propos de l'arbitrage commercial international[222]. Aujourd'hui, une telle interpellation se retrouve dans l'arbitrage international en matière d'investissement. Cette thèse s'attèlera à la réflexion des

---

[220] Article 42(1) de la Convention CIRDI : « (1) Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière ».

[221] Article 25(4) de la Convention CIRDI : « (4) Tout Etat contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considèrerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre. Le Secrétaire général transmet immédiatement la notification à tous les Etats contractants. Ladite notification ne constitue pas le consentement requis aux termes de l'alinéa (1) ».

[222] PH. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? », *McGill L.J.* 1989, vol. 34, p. 436.

contestations présentes et des contre-contestations opposables. Objectivement remplaçable, destiné à disparaitre ou condamné à évoluer, annihilé par le rôle du politique et les pressions des institutions supranationales, la procédure de l'arbitrage d'investissement, accusée de manquements à la probité et de concurrencer l'autonomie du droit de l'Union européenne, doit répondre de ses maux (Partie I). Les contestations ne se limitent pas à la procédure de l'arbitrage, mais atteignent les traités d'investissement, incriminés pour énoncer des clauses tendant à une surprotection substantielle des investisseurs. Le déséquilibre substantiel allégué, qui se manifesterait dans le prononcé des sentences arbitrales, peut être contrecarré par une meilleure prise en considération des droits humains au sein des TBI. Ne pas répondre à cette préoccupation relative aux déséquilibres substantiels reviendrait à se confronter à l'exécution hasardeuse, si ce n'est déficiente, des sentences arbitrales (Partie II).

PARTIE I : LE REJET DE L'INSTITUTION ET LA VOLONTE DE RE-NOUVELLEMENT

Une méfiance entoure l'arbitrage d'investissement, prétoire privé qui n'offrirait pas les garanties inhérentes au procès. Si le procès est, par essence, le théâtre de certains déséquilibres entre les parties, ceux-ci sont le plus souvent atténués par les panacées des droits procéduraux nationaux, par le biais de présomptions diverses et de renversement de la charge de la preuve. Le scepticisme environne l'arbitrage d'investissement, justement parce que cette forme de justice ne serait pas suffisamment apte à prendre en considération ces disparités procédurales. Confronté aux controverses liées à l'accès à une instance juste et libre, le règlement des différends investisseurs-Etats (RDIE) est devenu « l'acronyme le plus toxique en Europe »[223]. La CNUCED est une protagoniste de l'expansion des traités d'investissement et de l'arbitrage international en matière d'investissement. Pourtant, dans une récente étude, elle a affirmé que l'arbitrage d'investissement devait être réformé ou abandonné et que le *statu quo* n'était pas une option envisageable[224]. L'arbitrage d'investissement est une justice dépolitisée, aujourd'hui au cœur des débats politiques. Dès ses origines, l'arbitrage d'investissement s'est confronté aux hostilités des institutions européennes. Aujourd'hui, ces hostilités ont pris la forme d'une mise à l'écart du système « CIRDI » (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), avec la proclamation d'un système juridictionnel des investissements (SJI) se substituant à une justice privée jusqu'alors dominante. L'étude des réquisitoires adressés à la procédure de l'arbitrage d'investissement (Chapitre I) précédera celle de l'avènement, programmé, du système juridictionnel des investissements, conséquence notamment de la condamnation des TBI intra-européens (Chapitre II).

[223] Selon la Commissaire au Commerce de l'Union européenne, C. Malmström, citée par P. AMES, « ISDS: The most toxic acronym in Europe », *Politico*, 17 septembre 2015, p. 1.

[224] UNCTAD, World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance, United Nations : UNCTAD, New-York-Geneva, 2015, spéc. p. 145.

Chapitre I : Les attaques excessives de l'aspect procédural de l'arbitrage d'investissement

Attraits devant les tribunaux arbitraux par des investisseurs issus d'horizons multiples, les Etats ont contesté l'insuffisance de contreparties et de garanties procédurales à l'émission de leurs offres publiques d'arbitrage impersonnelles. Tangiblement, le renforcement de la protection des investisseurs privés est apparu avec le concept de l'offre publique d'arbitrage, consacré à la fin des années 1980 dans les lois nationales et dans les traités d'investissement. Cette offre, à la nature discutée, exempte les investisseurs de négocier avec des Etats des contrats contenant des clauses compromissoires ou à conclure des compromis d'arbitrage. Au moment de l'émission de cette offre publique d'arbitrage, il n'existe encore aucun contentieux entre l'Etat d'accueil et l'investisseur privé étranger. Les Etats donnent *de facto* leur consentement à l'arbitrage, de manière abstraite, contribuant ainsi à des débats toujours plus virulents sur la légitimité de leur attrait devant cette justice privée. Présents à l'instance arbitrale, les Etats ont ensuite contesté le peu de garanties leur étant octroyées dans le déroulé de la procédure arbitrale et ce, alors même que celles-ci s'avèrent nombreuses. L'étude des récusations atteignant l'intégrité des arbitres (Section II) sera précédée de celle relative à l'actionnement unilatérale d'une instance arbitrale aux mains des investisseurs (Section I).

Section I : Les diatribes injustifiées à l'accès à l'instance arbitrale

Selon le Professeur Motulsky, « l'arbitrage suppose un équilibre des forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie »[225]. L'arbitrage d'investissement naviguerait en eaux troubles, dans lesquelles cet équilibre ne serait pas rempli. Il convient de signaler que le concept de partie faible dans l'arbitrage n'est pas une illustration nouvelle, l'assuré ayant été la première partie faible à être reconnue comme telle[226]. Le « statut » de partie faible à l'arbitrage n'a rien d'anodin. L'arbitrage international a toujours tenté de limiter l'accès des parties faibles à sa justice, pour mieux les préserver[227], ou à leur octroyer certaines faveurs (présomptions …). De plus, le concept de partie faible n'est pas ignoré des droits internes, que ce soit eu égard à l'accès à la justice, à la défense dans un procès ou encore dans les relations d'affaires. En droit des contrats français, la conception objective l'a bien emporté sur la conception subjective, attestant que les contractants ne sont pas toujours sur un pied d'égalité, notamment en droit de la consommation. En matière d'arbitrage international, le concept de partie faible semble plus alambiqué, puisqu'il s'agit d'une justice souvent perçue comme mettant aux prises des intérêts fortunés. Dans la grande majorité des cas, les investisseurs sont des entreprises possédant une expertise certaine dans la négociation de contrats internationaux et dans la tenue des procédures arbitrales, tandis que les Etats ne sont pas des contractants ordinaires mais des souverains disposant d'une large manne de prérogatives. Par conséquent, il serait délicat de présumer laquelle de ces deux parties subirait le plus de déséquilibres à l'instance, si tant est qu'il devrait y en avoir une[228]. Certes, il s'avère que procéduralement, les Etats pourraient se trouver désavantagés par leur manque d'initiative dans l'introduction d'une instance arbitrale en matière d'investissement et par les larges fondements d'assignation à celle-ci ; des nuances doivent toutefois être constatées (Sous-Section I). Surtout, dans un cadre purement patrimonial,

---

[225] H. MOTULSKY, « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.* 1956.

[226] Cass. civ., 10 juillet 1843, *Cie L'Alliance c. Prunier*. *S.*1843.1, p. 561, note L. M. DEVILLENEUVE.

[227] En ce sens, les clauses compromissoires sont toujours inopposables aux salariés.

[228] La réponse pourrait être différente si l'arbitrage mettait en conflit un Etat avec un investisseur privé étranger personne physique ou une petite et moyenne entreprise. En pareille hypothèse, cet investisseur semblerait être cette partie faible, car elle se trouverait alors en confrontation face à un véritable mastodonte, disposant par rapport à lui d'une administration et de moyens bien plus illimités.

les investisseurs sont les plus lésés dans l'accès et dans la poursuite de la procédure arbitrale (Sous-Section II).

Sous-Section I : Une inégalité d'accès à contester

Par l'offre publique d'arbitrage, les Etats s'engagent pour l'avenir à l'arbitrage. Dans le Rapport des administrateurs, il est mentionné au paragraphe 23 que le consentement des parties reste la « pierre angulaire » de la compétence du CIRDI[229]. Parler de consentement dissocié ne revient pas à remettre en cause la carrure du consentement[230]. La potentialité des consentements dissociés apparait déjà dans le Rapport des administrateurs, disposant au paragraphe 24 que « la convention n'exige pas que le consentement des parties soit exprimé dans le même acte juridique »[231]. Le consentement à l'arbitrage détient la même valeur qu'un consentement traditionnel, même si sa qualification pose débat et si des encadrements pourraient répondre à certaines inquiétudes (§1). Surtout, si l'offre publique d'arbitrage octroie aux investisseurs un monopole dans l'actionnement d'une instance arbitrale, les Etats ne sont, en réalité, pas dépourvus de garanties procédurales (§2).

[229] Le consentement des parties est la pierre angulaire de la compétence du Centre. Ce consentement doit être donné par écrit ; une fois donné, il ne peut plus être retiré unilatéralement. Sur l'offre publique d'arbitrage, cf M. AUDIT, P. CALLE et S. BOLLEE*, Droit du commerce international et des investissements étrangers, op. cit*., p. 793 et s.

[230] Le consentement convient de revêtir certaines formes. Aux termes de l'article 25 de la Convention CIRDI, les parties au différend « s'entendent par écrit » pour soumettre ce différend au Centre. En vertu de l'article 25, le consentement écrit est indispensable.

[231] Rapp. Ad. § 24 : 1 ICSID Rep. P. 23.

§1 : L'offre publique d'arbitrage, cristallisation des critiques

L'offre publique d'arbitrage s'est, peu à peu, trouvée à la croisée des chemins. Devenu la norme en matière d'investissements internationaux, le consentement dissocié des Etats trouve sa source dans plusieurs instruments juridiques. Son régime demeure hétéroclite, en ce qu'il semble se confondre avec plusieurs techniques (1). Des objections se sont accrues sur les caractères légitime et éclairé de ce consentement anticipé, rendant à terme nécessaire l'anticipation de mesures d'encadrement plus strictes (2).

1) Définition

72. Pour la première fois dans une sentence CIRDI du 27 juin 1990, un tribunal arbitral s'était déclaré compétent du seul fait que le TBI conclu par l'Etat d'accueil avec l'Etat d'origine contenait une disposition renvoyant à un arbitrage CIRDI en cas de différend[232]. D'une part, il s'agissait de l'une des premières occurrences d'un tribunal arbitral saisi sur la base d'un traité et non d'un contrat. D'autre part, l'Etat n'avait pas directement consenti à l'arbitrage avec les investisseurs étrangers. En l'espèce, en 1987, une société de Hong-Kong (AAPL) avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une société implantée au Sri Lanka. La société AAPL avait assigné le Sri Lanka devant le CIRDI en exigeant le versement d'une compensation financière, du fait de la destruction d'un centre d'élevage au cours d'une intervention militaire commandée et dirigée par l'armée srilankaise contre des rebelles s'y étant réfugiés. La société AAPL estimait que les règles du droit international obligeaient l'Etat d'accueil à réparer les dommages causés. L'Etat srilankais considérait que les circonstances de la destruction du bien de l'investisseur devaient contribuer à l'exonérer de toute responsabilité. Le principal apport de la sentence rendue était qu'une manifestation du consentement expresse de l'Etat n'était plus exigée dans l'arbitrage international en matière d'investissement. Ce consentement était présumé avoir déjà été énoncé dans le TBI. La doctrine a parlé de consentement dissocié, de consentement blanc ou encore d' « arbitration

[232] Sent. CIRDI, 27 juin 1990, *Sri Lanka Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. République du Sri Lanka*, aff. ARB/87/3.

without privity »[233]. En réalité, la notion d' « arbitration without privity » est un faux concept, car sans « privity », il ne peut pas y avoir d'accord d'arbitrage. Il existe bien une « privity », seulement celle-ci prend la forme d'une fiction légale. L'offre publique d'arbitrage est donnée à tous les investisseurs potentiels, sans distinction autre que celle posée par le TBI, de l'Etat cosignataire du traité d'investissement[234].

73. Le consentement dissocié de l'Etat à l'arbitrage d'investissement peut également avoir pour source une loi nationale édictée par l'Etat hôte[235]. L'affaire du Plateau des Pyramides a été la première à consacrer le principe de l'offre publique d'arbitrage contenue dans une loi nationale, qui octroyait aux investisseurs étrangers la possibilité d'enclencher une procédure arbitrale en cas de différends[236]. En l'espèce, le tribunal arbitral a estimé qu'une disposition issue de la loi égyptienne sur l'investissement constituait une acceptation tacite et donnée par avance à l'arbitrage international.

74. D'après les chiffres, 84 % des affaires ayant eu lieu devant le CIRDI ont pour source une offre publique d'arbitrage contenue dans un traité d'investissement et acceptée par un investisseur privé étranger.

---

[233] J. PAULSSON, « Arbitration without privity », *ICSID Rev.-FILJ* 1995.232.

[234] A noter que le simple fait pour un Etat d'adhérer à la Convention de Washington ne fait pas présumer de son consentement à l'arbitrage. Autrement, le recours à l'arbitrage d'investissement deviendrait non négociable -soit l'Etat accepterait d'emblée de recourir à l'arbitrage d'investissement, soit il refuserait et ne pourrait dès lors pas appartenir aux membres de la Convention de Washington-.

[235] Selon un relevé de 2016 rendu public, dans plus de 60 % des affaires enregistrées auprès du CIRDI, l'instrument invoqué pour attester du consentement à l'arbitrage était un traité bilatéral d'investissement (Affaires du CIRDI-Statistiques 2016).

[236] Cf P. RAMBAUD, « L'affaire "des Pyramides" (arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris) », *Annuaire français de droit international* 1985, vol. 31, p. 508-520. L'article 8 de la loi 43 de 1974 sur les investissements en Egypte disposait que « (L)es conflits relatifs aux investissements en ce qui concerne l'application des dispositions de la loi seront réglés dans les conditions qui seront convenues avec l'investisseur ou (...) dans le cadre de la Convention (instituant le CIRDI) ... ». Sentence CCI du 16 février 1983, *ILM* 1983, p. 753 et cf Ph. LEBOULANGER, « État, politique et arbitrage — L'affaire du plateau des Pyramides», *Rev. arb.* 1986.75 ; CA Paris, 12 juillet 1984, *JDI* 1985, p. 129, note B. GOLDMAN ; Cour de Cassation, 6 janvier 1987, *JDI* 1987, p. 638, note B. GOLDMAN ; *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. LEBOULANGER . Malgré l'annulation de la sentence précitée en France, celle-ci a été reconnue aux Pays-Bas dans le cadre de la Convention de New York, mais son exécution a été refusée par les tribunaux britanniques ; cf sur ce point, G . DELAUME, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable», *Rev. arb.* 1994, n° 1, spéc. p. 40, note 3.

Le consentement à l'arbitrage exprimé dans un contrat investisseur-Etat ne représentait que 13 % des affaires enregistrées en 2022 par le Secrétariat du CIRDI[237], alors que jusque dans les années 1990, les sentences en matière d'investissement avaient essentiellement pour origine une clause compromissoire insérée dans un contrat. D'ailleurs, le CIRDI a proposé un modèle de clause compromissoire et de compromis d'arbitrage sur lequel les parties à l'arbitrage d'investissement sont libres de se référer. Désormais, le consentement dissocié issu des traités est devenu la règle en matière d'investissement international. Les références à l'arbitrage CIRDI y sont quasi-systématiques, ce qui a remplacé la condition d'un consentement singulier pour fonder la compétence du CIRDI par une compétence automatique[238].

75. Si la qualification juridique de l'offre publique d'arbitrage paraît tendre vers celle d'une clause compromissoire ou du compromis d'arbitrage, cette inclination est à écarter. L'offre publique d'arbitrage ne peut pas être confondue avec une clause compromissoire, puisque même émise par l'Etat avant la naissance du différend, elle n'est acceptée et mise en application que par l'acceptation de l'investisseur privé étranger[239]. Or, une telle acceptation survient généralement après la naissance du litige. La seule hypothèse qui permettrait d'apparenter clairement l'offre publique d'arbitrage à la clause compromissoire serait que l'investisseur fasse état de son acceptation avant la survenance du contentieux. C'est d'ailleurs ce qu'impose l'article 10 du Code ivoirien des investissements, qui dispose que les investisseurs privés étrangers conviennent d'être approuvés par les autorités compétentes et sont amenés à consentir à l'arbitrage CIRDI de manière expresse dans la demande d'agrément[240]. Si les investisseurs décident d'accepter l'offre publique d'arbitrage émise par la Côte d'Ivoire avant la survenance du litige, ils rendent parfaite

---

[237] Affaires du CIRDI – Statistiques n° 2022-2, spéc. p. 24.

[238] Y. DERAINS, « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gaz. Pal*. 29 avril 2001, spécial arbitrage, Recueil mai-juin 2001, p. 631-635.

[239] E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003. 853 ; B. STERN, « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, in Mélanges offerts à Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 223.

[240] Ordonnance n° 2018-646 du 1er août 2018.

l'offre publique d'arbitrage, qui sera qualifiée de clause compromissoire. Mis à part cet exemple relativement isolé, l'acceptation de l'offre n'intervient qu'une fois le contentieux intervenu. Dès lors, cela ne la rapprocherait-elle pas davantage du compromis d'arbitrage ? La réponse demeure négative. Contrairement au compromis, l'Etat ne consent pas à l'arbitrage une fois le litige survenu, mais bien avant. Par conséquent, il a été fait remarquer qu'il était ici question « d'un arbitrage sans clause ou compromis d'arbitrage entre les parties intéressées »[241]. Selon le Professeur Ben Hamida, « l'offre d'arbitrage s'apparente à une composante de la clause compromissoire, alors que l'acceptation se rapproche d'une composante du compromis. La concordance des consentements dissociés n'est ni un compromis, ni une clause compromissoire. Il s'agit en quelque sorte d'une 'clause d'arbitrage mixte' ou d'un 'contrat mixte', pour emprunter une qualification employée par certains civilistes »[242].

76. Par l'offre publique d'arbitrage, l'Etat d'accueil stipule un droit en faveur de l'investisseur national de l'Etat cosignataire du TBI. Chaque Etat signataire du traité est à la fois le stipulant et le promettant, puisqu'ils s'engagent tous deux à assurer l'arbitrage et à s'y soumettre. Par conséquent, « le traité entre l'État hôte et l'État investisseur peut être analysé comme une stipulation pour autrui ou un accord avec un tiers bénéficiaire »[243]. Ainsi, « le TBI crée des droits de tiers bénéficiaires internationaux en faveur de l'investisseur privé »[244]. Néanmoins, assimiler l'offre publique d'arbitrage en une stipulation pour autrui pose des difficultés. D'une part, la stipulation pour autrui en droit international public s'applique à un Etat et non à un individu personne privée. En droit international public, la stipulation pour autrui est une « clause d'un traité énonçant une promesse dont le bénéficiaire est un Etat qui n'est pas partie à ce traité et dont on peut se demander si elle crée un droit dont cet Etat est fondé à se prévaloir et qui ne peut pas

---

[241] B. STERN « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2000, p. 403-427, spéc. p. 420.

[242] W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, p. 19, n° 39.

[243] G. DELAUME, « ICSID and Bilateral Investment Treaties », *News from ICSID*, 1985, p. 14.

[244] A. KOLO, *State Regulation of Foreign Property Rights : Between Legitimate and Nationalization – An analysis of Current International Economic Law in light of the jurisprudence by the Iran-U.S Claims Tribunal*, thèse dactyl., CPMLP, Dundee, 1994.

lui être retiré sans son consentement »[245]. Ici, la stipulation pour autrui bénéficierait à un investisseur privé. D'autre part, si dans certaines législations nationales, un individu peut être le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, en revanche, celle-ci se matérialise par un contrat et non par un traité. Or, l'offre publique d'arbitrage émane le plus souvent d'un traité d'investissement. Enfin, la stipulation pour autrui a pour objectif de faire bénéficier une personne des attributs d'une clause, alors que « la convention d'arbitrage en tant que telle est neutre ; elle ne nuit ni ne profite »[246].

En définitive, si la qualification de l'offre publique d'arbitrage suscite des difficultés, ce n'est pas tant celles-ci qui concrétisent le plus de tensions.

2) Les discrédits et les remèdes

Si parler de consentement dissocié ne revient pas à remettre en cause la force du consentement (a), des perspectives d'encadrement de l'offre publique d'arbitrage doivent être envisagées, pour atténuer les controverses atteignant l'arbitrage d'investissement (b).

a. Une réalité du consentement contestée, mais ostensible

En aucune mesure, le consentement dissocié des Etats ne doit être assimilé à un consentement forcé (a.1) et, celui-ci doit même demeurer irrévocable dès son prononcé (a.2).

---

[245] *Dictionnaire de la terminologie du droit international, Sirey, 1960, p. 584.*

[246] CH. JARROSSON, « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988.469 et CH. JARROSSON, « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », *in Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, LGDJ 1994, p. 223.

a.1. Un consentement authentique et libre

77. L'offre publique d'arbitrage mobilise les dissensions sur la réalité du consentement exprimé[247]. L'aspect consensualiste de l'arbitrage international a été proclamé de longue date. L'article 37 de la convention de la Haye du 18 octobre 1907, sur le règlement pacifique des conflits internationaux, énonçait déjà que « l'arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre les Etats par des juges de leurs choix et sur la base du respect de leur droit ». La spécificité dans le consentement de l'Etat à l'arbitrage en matière d'investissement serait mise à l'écart. L'arbitrage deviendrait stéréotypé et ferait fi de toute relation *intuitu personae* entre l'Etat hôte et l'investisseur étranger. A cela, il convient de répondre.

78. Une fois acceptée, l'offre publique d'arbitrage lie les Etats. Certains auteurs refusent de parler d'offre publique d'arbitrage, mais préfèrent parler d'obligation. L'Etat ne s'offre pas devant les tribunaux arbitraux, mais s'oblige devant eux. Un investisseur privé étranger n'accepte pas une offre, il exige de l'Etat qu'il respecte son obligation à se rendre à l'arbitrage. L'arbitrage obligatoire a toujours suscité la crainte des Etats. A la fin du XIX^{e} siècle, les Etats usaient de stratagèmes juridiques pour se délier d'un arbitrage qu'ils jugeaient parfois trop contraignant. Ils l'avaient fait par le biais de réserves ou de clauses d'exclusion. Lorsque la clause de règlement des litiges supprime tout autre choix des parties, on se trouverait en face d'un « arbitrage forcé par le traité »[248]. Cependant, le terme d'arbitrage forcé suscite des interrogations légitimes. La Professeur B. Stern a considéré à cet effet que « l'arbitrage forcé est une contradiction

[247] D'ailleurs, les négociations d'un TBI ne duraient souvent que quelques heures et la principale raison à leur signature était parfois de « fournir de bonnes occasions pour une photo lors de la présence de délégations de haut niveau » (L. N. S. POULSEN, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy : The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press, 2015, p. XV). L'auteur a rappelé que lorsque le Pakistan avait été assigné devant un tribunal arbitral en 2001 dans le cadre du traité bilatéral d'investissement conclu avec la Suisse en 1995, personne au gouvernement n'avait été capable de retrouver le texte original, si bien que le Pakistan avait dû demander copie du TBI à la Suisse. En concluant un TBI contenant une offre publique d'arbitrage, les Etats ne prenaient pas conscience des implications qui pouvaient en résulter.

[248] P. JUILLARD, « Les conventions bilatérales conclues par la France, à la recherche d'un droit perdu », *Dr. Prat. Com. Int.* 1987, n° 1.9 ; R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2017.

dans les termes au moins au niveau international »[249]. Elle a nié l'existence d'un tel mécanisme d'arbitrage forcé, qui ne serait plus un arbitrage. Elle a ajouté que, privée du consentement de l'une des parties, en l'occurrence du consentement *intuitu personae* par l'Etat d'accueil, l'offre publique d'arbitrage contribuerait plutôt à créer une « obligation d'accès »[250].

79. En réalité, il est erroné d'assimiler l'arbitrage international en matière d'investissement à un arbitrage forcé. L'arbitrage d'investissement est simplement la matérialisation moderne d'un arbitrage dans lequel la volonté des parties de recourir à ce mode de règlement des différends s'exprime autrement. Ce n'est pas parce que les Etats sont souverains qu'ils peuvent s'affranchir de l'autorité des règles de droit auxquelles ils ont consenti. L'arbitrage forcé signifie, comme son nom l'indique, qu'une partie est forcée à se rendre à l'arbitrage. L'Etat n'est ni contraint, ni obligé à émettre une offre publique d'arbitrage. Les opposants tentent de situer l'arbitrage d'investissement soit dans une zone noire, en ce qu'il serait un arbitrage forcé, soit dans une zone grise, en ce qu'il ne serait ni un arbitrage réellement volontaire ni un arbitrage forcé (puisque la doctrine rejette l'arbitrage forcé de la notion même d'arbitrage). Or, l'arbitrage d'investissement ne se situe pas dans un « no man's land » dans lequel le consentement de l'Etat serait absent. Au contraire, l'arbitrage d'investissement s'inclut dans une logique volontariste, en ce que les Etats ont décidé par eux-mêmes d'y recourir. La simple faculté de s'engager traduit un attribut de la souveraineté[251].

80. Si le consentement de l'Etat à l'arbitrage n'échappe pas à l'ancestrale condition de fond d'un consentement exempté de tout vice -l'erreur, le dol et la violence- il parait utopique de considérer qu'un Etat souverain, titulaire de forces armées et de juridictions, puisse faire l'objet de violences économiques de la part d'un investisseur privé. A propos de l'erreur, à moins d'être fondamentale et de fait, elle n'est que

---

[249] B. STERN, « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2000.403.

[250] *Ibid.*

[251] C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'*Affaire du Vapeur Wimbledon*, CPJI 17 août 1923, R.A.C.P.J.I, 1er janvier 1922 – 15 juin 1925, Série E, n° 1, p. 159-163.

très rarement rencontrée en pratique. Enfin, le dol ou « conduite frauduleuse » paraitrait être le vice le plus fréquent. Par tromperies ou manœuvres dolosives, l'Etat d'accueil de l'investissement pourrait signer le traité d'investissement ou le contrat contenant l'offre publique d'arbitrage, influé par des manœuvres malhonnêtes du cosignataire ou du cocontractant. Le dol constitue une cause de nullité[252] et des objections ont grandi sur le caractère éclairé du consentement anticipé de l'Etat, ne reflétant pas sa réelle volonté. L'Etat pourrait avoir été incité, pour des raisons d'attractivité et d'espérance de développement, d'attirer des investisseurs étrangers sur son sol et de se soumettre aux diktats de l'Etat exportateur d'investissement, en acquiesçant à une offre publique d'arbitrage. Autrement dit, cette offre pourrait ne pas avoir fait l'objet d'une véritable négociation entre les Etats parties et n'avoir été qu'une clause d'adhésion. Mais aucune affaire n'a semblé refléter de telles hypothèses.

81. Le fait qu'un traité violerait les règles internes d'un Etat signataire, telles que les règles relatives au consentement libre et éclairé, pourrait-il alors influer sur « la validité internationale » d'un accord conclu sur la scène internationale ? Cette intrigue a été qualifiée de « ratifications imparfaites » et porte en soi les germes des difficultés de conciliation entre l'ordre interne et l'ordre international[253]. Il pourrait être

---

[252] Ce qu'a souligné à titre d'illustration la Convention de Vienne dans ses articles 46 (« 1. Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ») et 52 (« Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ») de sa section II. Le traité est alors nul dès son origine et ne produira aucun effet. Mais la Convention de Vienne prévoit une échelle de sanction et la nullité n'en est pas l'unique. Selon les circonstances, la sanction peut n'affecter que certaines clauses du traité conclu par l'Etat, il s'agit de la divisibilité des dispositions d'un traité reconnue par la Convention de Vienne aux paragraphes 3 et 4 de l'article 44 (« 3. Si la cause en question ne vise que certaines clauses déterminées, elle ne peut être invoquée qu'à l'égard de ces seules clauses lorsque : a) Ces clauses sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution ; b) Il ressort du traité ou il est par ailleurs établi que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble ; et c) Il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité. 4. Dans les cas relevant des articles 49 et 50, l'Etat qui a le droit d'invoquer le dol ou la corruption peut le faire soit à l'égard de l'ensemble du traité, soit, dans le cas visé au paragraphe 3, à l'égard seulement de certaines clauses déterminées »).

[253] R. KOLB, « Note sur un problème particulier de 'ratification imparfaite' : article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 », *RSDIE* 2011, vol. 11, n° 3, p. 429-437, spéc. p. 433. Cf Th. MERON, « Article 46 of the Vienna Convention on the law of treaties (ultra vires treaties): some recent cases », *BYBIL*, 1979, pp. 175-199. La ratification imparfaite concerne le « consentement à être lié par un traité, donné en violation des règles fondamentales du droit interne relative à la compétence pour conclure des traités, cette violation étant de nature à affecter la validité du droit en cause pour

considéré que, s'agissant de problématiques ayant trait au consentement ou, plus généralement, à la capacité, le droit international renvoie au droit interne le soin de trancher la question. Le droit interne de l'Etat concerné, signataire du TBI, primera sur l'ordre international. Une autre approche, plus convaincante, prend appui sur la suprématie du droit international, en privilégiant l'applicabilité *stricto sensu* du traité d'investissement, même si ce dernier comporte des clauses contraires au droit interne des Etats signataires. Notamment, l'article 46 § 1 de la convention de Vienne a déclaré qu'un Etat ne peut pas invoquer sur le fondement des vices du consentement la violation de ses dispositions de droit interne, à moins que cette violation soit manifeste, « objectivement évidente »[254] et d' « importance fondamentale »[255], sans apporter plus d'éléments. Alors que les rédacteurs de la convention de Vienne ont laissé subsister des imprécisions, la pratique n'est pas des plus éclairantes. Si l'auteur V. Moore affirmait, dans une sentence du président américain Cleveland de 1888, que la validité d'un traité pourrait dépendre des dispositions constitutionnelles internes de l'Etat[256], cette solution n'a jamais été unanimement consacrée en jurisprudence[257]. La Cour internationale de justice, dans l'affaire dite de la « frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria » du 10 octobre 2002, a eu pour la première fois à trancher la controverse[258]. Le gouvernement nigérian estimait qu'un traité ne respectant pas les dispositions constitutionnelles locales était nul. La Cour internationale de justice a rejeté cette appréciation et a consacré la

---

vice de consentement », J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 929.

[254] Article 46 § 2 : « Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».

[255] Article 46 § 1 : « Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

[256] J. B. MOORE, *A Digest of International Law, Volume II Hardcover*, Washington, G.P.O, 1906.

[257] Comme en témoignent deux sentences arbitrales proclamant la suprématie du droit international sur le droit interne, à savoir l'affaire *Convention de commerce franco-suisse* de 1912 et l'affaire de l'interprétation d'une disposition de la convention de commerce entre la France et la Suisse et du procès-verbal signés à Berne le 20 octobre 1906 (*Recueil des sentences arbitrales*, 1912, vol. XI, p. 411-420) et cf l'affaire Rio Martin de 1924 et l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (*Espagne c. Royaume-Un*i) (*Recueil des sentences arbitrales* 1925, vol. II, p. 615-742).

[258] CIJ, 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*.

suprématie de l'ordre international sur l'ordre interne. En définitive, la première doctrine est la plus partisane des conceptions proclamant la souveraineté de l'Etat. Un Etat signataire d'un traité d'investissement pourrait s'y soustraire s'il démontre que son consentement n'était pas éclairé lors de sa conclusion, en vertu de son droit interne. Or, de plus en plus d'Etats prétendent avoir signé des traités d'investissement sans avoir eu idée de ce qu'ils pouvaient impliquer en termes de règlement des différends ni de la manne ouverte aux demandes de compensation financière des investisseurs en cas d'atteinte à leurs intérêts[259]. Nonobstant, la première doctrine doit être écartée, car elle n'est pas adaptée aux relations du commerce international. Faire dépendre la validité d'un accord conclu sur la scène internationale aux conditions de validité internes déjouerait la sécurité juridique des parties et serait facteur d'instabilité. La proclamation de véritables principes du droit international, tendant à la question du consentement à un traité contenant une offre publique d'arbitrage, pourrait résoudre la controverse.

a.2. La révocabilité du consentement

82. L'article 25 § 1 de la convention de Washington énonce que « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'entre elles ne peut le retirer unilatéralement ». Ce consentement anticipé pose la question de sa révocabilité. S'éteint-il tout naturellement lorsque le traité d'investissement ne trouve plus application ? Lorsque la Bolivie et l'Equateur ont dénoncé la convention de Washington, l'article 71 de la convention avait été invoqué, posant comme principe que les dénonciations prennent effet six mois après leur notification à la Banque mondiale. Pendant ces six mois de latence, quid du consentement énoncé dans les traités d'investissement ? L'article 72 dispose qu' « aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants (…) ». Le consentement subsisterait pendant ce délai de six mois. Ce constat ouvre la porte aux voix contestataires arguant

[259] Comme l'a d'ailleurs souligné CH. SCHREUER *préc*., cité dans la sentence CIRDI *Wintershall Aktiengesellschaft c. Argentine Republic*, aff. n° ARB/04/14 , « j'ai entendu plusieurs représentants qui avaient été actifs dans la négociation d'un traité (sur l'investissement) dire : ''nous n'avions aucune idée des conséquences que cela aurait dans le monde réel'' ». Cf L.N.S POULSEN et E. AISBETT, « When the claim hits : Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics* 2013, vol. 65, n° 2, p. 273-313.

d'une atteinte à la souveraineté des Etats, ces derniers restant soumis à un traité qu'ils ne veulent plus. Néanmoins, une telle solution apparaît comme la plus respectueuse de la prévisibilité juridique, un certain figement juridique à la sortie d'un traité étant un phénomène courant en droit international.

83. Une interrogation se pose surtout sur le point de savoir si une offre publique d'arbitrage peut être librement révoquée malgré le maintien des autres dispositions du traité d'investissement. L'offre publique d'arbitrage doit-elle contenir un délai dans la loi ou dans le traité, au terme duquel sa révocabilité se pose ? Doit-elle être dotée d'un délai raisonnable de maintien de l'offre[260] ? Si un Etat viole le maintien de cette offre, cette révocation pourrait-elle être considérée comme inefficace ? Des conflits idéologiques sous-tendent ces problématiques. D'un côté, les partisans de l'arbitrage international souhaitent l'inefficacité d'une révocation du consentement dissocié. De l'autre, les tenants des thèses souverainistes arguent du plein-pouvoir des Etats à se retirer d'une offre publique d'arbitrage, commandé par la souveraineté même des Etats. En droit de la common law et notamment au sein de l'US Restatement, la libre révocation de l'offre par l'offrant demeure possible, même dans les cas où les termes de l'offre l'excluent[261]. Si en droit français, la révocation est libre et licite tant que l'offre n'est pas parvenue à son destinataire, elle est fautive lorsqu'elle lui est parvenue et intervient en cours du délai expressément fixé ou du délai raisonnable[262].

84. En pratique, le délai de l'offre publique d'arbitrage n'est jamais fixé ni dans la loi ni dans le traité d'investissement. A la lecture du Préambule de la convention de Washington, il y est enseigné que tant

---

[260] Si aucun délai n'est apposé à l'offre publique d'arbitrage, un délai raisonnable de maintien de celle-ci pourrait être envisagé. Cependant, ce délai raisonnable ne devrait pas pouvoir équivaloir à la durée entière de vie du traité d'investissement (ou, le cas échéant, de la loi nationale la prévoyant). Si l'offre publique d'arbitrage reste valable tant que l'instrument dans lequel elle s'insère n'est pas annulé ou ne prend pas fin, une obligation permanente d'arbitrage pourra peser sur les Etats à l'origine de cette offre, les investissements étant majoritairement de longue durée. Le délai ne serait alors plus raisonnable.

[261] US Restatement (Second) of Contracts § 42, Comment a) (1981) énonçant que « l'offre ordinaire est révocable même si elle indique expressément le contraire, en raison de la doctrine selon laquelle un accord informel n'est contraignant en tant que marché que s'il est étayé par des considérations ».

[262] E. GAILLARD, « The Denunciation of the ICSID Convention », *NYLJ*, 26 juin 2007, p. 6.

que l'investisseur privé étranger n'a pas saisi l'offre, l'Etat peut la révoquer. Dès lors que l'investisseur se saisira de celle-ci, l'Etat ne pourra pas la révoquer unilatéralement. Autrement dit, c'est l'accord de l'investisseur privé étranger qui parfait le consentement et le rend irrévocable[263]. Comme l'a souligné le Professeur Ben Hamida, « (l)e principe *Pacta Sunt Servanda*, la théorie de l'autonomie des accords d'arbitrage, les conventions et les règlements d'arbitrage militent donc contre toute révocabilité de l'offre dès son acceptation. Dès lors, l'invalidation ou l'abrogation de la loi ou de la convention n'ont aucun effet sur l'offre d'arbitrage qui se transforme, à partir de son acceptation, (en) un accord d'arbitrage parfait »[264]. Le dépôt de la requête d'arbitrage par l'investisseur privé étranger caractérise son acceptation à l'offre publique d'arbitrage. C'est la théorie du consentement mutuel.

85. D'autres auteurs sont allés jusqu'à considérer que l'article 72 de la convention de Washington devait protéger l'offre publique d'arbitrage, même lorsqu'elle n'a pas encore été acceptée par l'investisseur privé étranger[265]. Ces partisans de la théorie de l'offre ont pris pour appui l'utilisation du singulier dans l'article 72, « un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux ». Cette thèse, très favorable aux investisseurs, préserve la sécurité juridique et favorise l'attrait d'investissements privés étrangers et c'est pourquoi elle doit être défendue. Une offre publique d'arbitrage doit être irrévocable dès les débuts de l'investissement étranger, peu important que l'investisseur privé étranger l'accepte ou non[266]. Il convient de ne pas sous-estimer l'influence de cette offre sur l'internationalisation des investissements. Un investisseur peut investir à l'étranger s'il a la certitude qu'en cas de différend avec l'Etat d'accueil,

---

[263] Sent. CIRDI, *E.T. I. Euro Telecom International N.V. c. Bolivie*, aff. n° ARB/07/28, *Expert opinion* de CH. SCHREUER.

[264] W. BEN HAMIDA *préc.*, p. 140, n° 219.

[265] N. BLACKABY, « ICSID Withdrawal – A Storm in a Teacup », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 45-61 ; E. GAILLARD, « The Denunciation of the ICSID Convention », *préc.*, p. 3.

[266] Cf sent. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/84/3. L'Etat égyptien estimait que la loi égyptienne n° 43 de 1974 qui émettait une offre d'arbitrage ne s'appliquait plus au projet SPP, car l'autorité égyptienne avait finalement décidé de se retirer du projet. Pour les arbitres, « si la loi n° 43 constituait une offre d'arbitrage d'accepter le compétence du centre, avant l'annulation du projet de l'oasis des pyramides, cette offre n'a pas été retirée du seul fait du retrait du projet. L'annulation du projet ne supprime pas le fait qu'un investissement a été réalisé en application de la loi n° 43. En conséquence, le tribunal estime que la loi n° 43 est applicable au contentieux relatif à l'investissement en cause » (§ 66).

un tribunal arbitral pourra être saisi. Par conséquent, l'offre publique d'arbitrage doit être un droit acquis pour l'investisseur et ce, dès l'investissement et, *a contrario,* un Etat peut révoquer une offre publique d'arbitrage avant l'investissement. Au titre du droit international, ce sera à l'autre Etat partie au TBI de demander la révocation de la rétractation de l'Etat d'accueil[267].

Malgré tout, cconfrontée à de telles dissensions, l'offre publique d'arbitrage ne peut plus subsister en sa forme actuelle. Socle de l'accès des Etats à l'arbitrage d'investissement, l'offre publique d'arbitrage doit évoluer, afin de ne plus mettre davantage en péril l'institution tout entière.

b. Encadrement et perspectives

Par nature, l'arbitrage international se signale par un fondement contractuel et nécessite un accord de volonté exprès et précis des parties. La consécration du consentement dissocié à l'arbitrage d'investissement n'irait pas de pair avec la nature autochtone de l'arbitrage international. Des questionnements sont survenus sur le point de savoir jusqu'à quand perdurait ce « consentement-chèque en blanc »[268]. La question de la révocabilité de l'offre publique d'arbitrage ne peut pas être dissociée de l'arbitrage obligatoire, suscitant la suspicion des Etats. Devant ces querelles sur la nature du consentement, les Etats pourraient juguler leur consentement en explicitant, au sein du traité d'investissement, un consentement sujet à condition(s). Si le consentement *a priori* à l'arbitrage, pour être valide, se doit d'être dénué de toute incertitude[269], en se soumettant par un consentement inconditionné et non-équivoque à une offre publique

---

[267] A. BROCHES, « Bilateral investment protection treaties and Arbitration of Investment disputes », *in The Art of arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders,* Kluwer, 1982, p. 449-450.

[268] A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell 1999, p. 21-22.

[269] C'est d'ailleurs ce qui ressort de la sentence arbitrale *Thon à Nageoire bleue du Pacifique Sud, Australie et Nouvelle-Zélande c/ Japon* rendue le 4 août 2000 par un Tribunal arbitral constitué en application de l'annexe VII de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, *ILM* 2000, vol. 39.II, p. 1359 ; PH. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP* 2000.1037.

d'arbitrage, les Etats sont contraints d'en accepter les conséquences. Dès lors, les Etats pourraient conditionner leurs offres publiques d'arbitrage à la saisine préalable de leurs propres juridictions ou d'un médiateur (b.2). Il pourrait aussi être indiqué, au sein des traités, l'application privilégiée d'une clause attributive de juridiction, lorsque celle-ci est stipulée dans un contrat annexe Etat-investisseur (b.1).

b.1. Primauté aux clauses juridictionnelles

86. L'Etat d'accueil de l'investissement peut conclure directement un contrat avec l'investisseur étranger et négocier une clause attributive de juridiction. Si cet Etat a aussi conclu, avec l'Etat d'origine de l'investisseur, un traité d'investissement, contenant une offre publique d'arbitrage, un conflit tend à apparaitre. La clause attributive de juridiction ne devrait-elle pas faire obstacle à l'offre publique d'arbitrage ?[270] L'offre publique d'arbitrage est une offre générale, là où la clause attributive de juridiction provient d'un contrat conclu *intuitu personae* entre l'investisseur et l'Etat. En acceptant de signer le contrat avec l'Etat d'accueil, contenant une clause attributive de juridiction, l'investisseur privé étranger a tacitement manifesté son intention anticipée de ne pas soumettre le différend à l'arbitrage. Dans une note extrêmement détaillée et fournie, le Professeur Pierre Mayer a informé de la possibilité de faire jouer l'adage *speciala generalibus derogant*, « une clause acceptée par un investisseur déterminé, visant un investissement déterminé, devrait l'emporter sur une offre générale, adressée par un Etat à l'ensemble des investisseurs d'un autre Etat, et visant tout investissement répondant à une définition abstraite »[271]. Telle ne semble pourtant pas être la position française qui a énoncé, dans l'article 10 du modèle de traité bilatéral ou multilatéral de 2006, que « les dispositions de l'article 8 (attribuant compétence au CIRDI) s'appliquent même en cas d'engagement spécifique prévoyant la renonciation à l'arbitrage international ou désignant une instance arbitrale différente de celle mentionnée à l'article 8 du présent accord ». Si

[270] Cf S. DONNELLY, « Conflicting forum-selection agreements in treaty and contract », *ICLQ* 2020, vol. 69 (4), p. 759-787.

[271] P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, n° 2, p. 359-368. Cf P. MAYER « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI,* 22 mai 2008, vol. 136, n° 1, p. 71-96. Cf P. MAYER, « Acceptation tacite d'une clause compromissoire par référence à un contrat antérieur », *Rev. crit. DIP 1999*, n° 1, p. 92.

l'optique mériterait d'être renversée, il est rare, en pratique, qu'un investisseur privé étranger consente à conclure un contrat international contenant une clause de juridiction en faveur des tribunaux de l'Etat contractant.

b.2. Des offres conditionnées par l'épuisement des voies de recours préalables

87. Les Etats pourraient conditionner, dans le temps, la portée de leur offre publique d'arbitrage. Certains traités ont prévu des « cooling-off period », exigeant l'épuisement d'un délai avant de recourir à l'arbitrage d'investissement, délai pouvant être considérable et aller de six à dix-huit mois. Si les clauses « cooling-off periods » sont prévues dans près de 90 % des traités d'investissement, elles ne sont pas suffisamment précises[272]. Pendant ce délai, l'actionnement des voies de recours internes pourrait être un prérequis systématique à l'arbitrage d'investissement. Le modèle de TBI allemand pour pays développés de 2015 a conditionné le recours à l'arbitrage d'investissement à l'épuisement préalable des voies de recours internes[273]. Le modèle de TBI de l'Inde, élaboré à la fin de l'année 2015, a également mentionné que l'investisseur est invité à saisir les juridictions internes dans un délai d'un an à compter de la connaissance de la mesure qu'il souhaite contester. Si, dans les cinq années passées la connaissance de la mesure contestée, l'investisseur étranger n'a pas vu ses prétentions être reconnues par les juridictions internes, il peut transmettre à l'Etat une notification de différend. Et ce n'est seulement qu'à l'expiration d'une période de six mois de négociation, dite « cooling-off period » et si aucun accord n'est trouvé durant ce délai, que l'investisseur peut notifier à l'Etat son intention d'actionner la procédure arbitrale[274]. Ainsi et même si l'investisseur privé étranger peut bénéficier d'une offre publique d'arbitrage, l'actionner s'avère parfois être, dans la pratique, un véritable chemin de croix. Les consentements dissociés des

[272] J. POHL, *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements : A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, 2012, p. 17-18.

[273] M. C. PORTERFIELD, "Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement : An Idea Whose Time Has Come ?", *YJIL* 2015, vol. 41, spéc. p. 10.

[274] *Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*, 28 décembre 2015, article 15.

traités d'investissement font aussi l'objet, dans certains traités, de conditions relatives à des recours préalables à la conciliation ou à la médiation[275].

88. Cependant, le fait que les traités d'investissement peuvent prévoir des recours préalables est contestable, étant donné l'allongement des procédures. Les juridictions internes ne sont pas réputées pour leur rapidité dans le règlement des contentieux. En 2011, le Parlement européen avait exprimé la nécessité « d'épuiser les recours juridiques locaux lorsqu'ils sont suffisamment fiables pour garantir une procédure équitable »[276] avant de permettre le recours à l'arbitrage d'investissement. Il conviendrait de savoir quels sont les recours juridiques locaux suffisamment fiables, sans avoir à user d'une hiérarchie entre les juridictions nationales. L'exigence d'un épuisement des voies de recours internes de l'Etat d'accueil, s'il peut rassurer les opposants à l'arbitrage d'investissement, peut être très désavantageux pour l'investisseur privé étranger. Outre l'aléa de longs délais, les juridictions internes de l'Etat d'accueil peuvent manquer de neutralité et concevoir des *us* inconnus de l'investisseur. Déjà en 1910, Elihu Root, homme politique américain, énonçait un constat, toujours actuel aujourd'hui, à propos de l'investisseur étranger, selon lequel « il sera naturellement désavantagé dans les litiges contre les citoyens du pays. Il connaît moins bien qu'eux la loi, les façons de faire des affaires, les habitudes de la pensée et de l'action, les méthodes de procédure, les coutumes locales et les préjugés »[277].

Ainsi, l'épuisement de voies de recours préalables est une piste envisageable, mais qui ne doit pas être généralisée. D'ailleurs, la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt Insaat, a refusé le recours en annulation

---

[275] C'est d'ailleurs le cas dans le traité bilatéral d'investissement liant le Canada au Liban (XII.2) : «(S)i le différend n'est pas réglé a l'amiable dans un délai de six mois après qu'il a surgi, il peut alors être porté par l'investisseur en arbitrage en conformité avec le paragraphe (4). Aux fins de ce paragraphe, on considère qu'un différend est engagé lorsque l'investisseur d'une Partie contractante a signifié par écrit à l'autre Partie contractante un avis alléguant qu'une mesure, qu'elle soit prise ou non par cette dernière, est en violation avec l'Accord et qu'il a subi des pertes ou des dommages à cause ou par suite de cette violation ».

[276] PE, rés. sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux, 6 avril 2011, 2010/2203(INI), § 31.

[277] Cf J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 23. Cf « Root For Adoption of Tax Amendment », *New York Times*, 1er mars 1910.

formé par la Libye contre une sentence arbitrale la condamnant, en 2018, à 50 millions d'euros au profit d'un investisseur turc[278]. En l'espèce, le TBI conclu entre la Libye et la Turquie énonçait que la protection des investissements étrangers et que le consentement à l'arbitrage étaient subordonnés à des investissements étrangers réalisés de manière légale et au recours préalable d'un règlement amiable du différend. L'investisseur turc n'avait pas respecté ces deux exigences. Pour autant, la Cour d'appel a considéré que « lorsque la clause d'arbitrage résulte d'un traité bilatéral d'investissement, il convient d'apprécier cette volonté commune au regard de l'ensemble des dispositions du traité, de sorte que le tribunal arbitral n'est compétent pour connaitre d'une litige que s'il entre dans le champ d'application du traité et qu'il est satisfait à l'ensemble de ses conditions d'application » (§ 43). Le raisonnement adopté par les juges du fond est alambiqué, car les juges ont semblé écarter tout consentement conditionnel à l'arbitrage, en affirmant que « le grief tiré du non-respect d'une clause préalable de conciliation et notamment de la période de réflexion (« cooling-off period ») qu'elle prévoit ne constitue pas une exception d'incompétence, mais une question relative à la recevabilité des demandes, qui n'entre pas dans les cas d'ouverture du recours en annulation énumérés par l'article 1520 du Code de procédure civile » (§55). Or, dès le premier arbitrage soumis au CIRDI, il avait été considéré que « le tribunal est d'opinion que la Convention CIRDI permet aux parties de subordonner l'entrée en vigueur d'une clause d'arbitrage à la réalisation ultérieure de certaines conditions (…) »[279].

§2 : Des droits procéduraux équipollents entre Etats et investisseurs étrangers

Une dimension antinomique de l'arbitrage et de l'Etat était jadis apparue, rendant délicat pour un Etat d'être sentencié en équité, de renoncer à son propre droit national ou encore de se départir de la compétence de ses juges nationaux. Le juge judiciaire français finira par imposer l'application d'une règle ma-

---

[278] CA Paris, 25 mai 2021, n° 18/27648, Etat de Libye c. Insaat Sanayi Ve Ticaret, comm. S. MANCIAUX, « Arbitrage international – Prise en compte des spécificités de l'arbitrage d'investissement par le juge de l'annulation : des marges de progrès demeurent », *JDI* 2022, n° 1, p. 4.

[279] Sent. CIRDI, *Holiday Inns c. Maroc*, aff. n° ARB/72/1.

térielle, selon laquelle un Etat ne peut pas se cacher derrière les boucliers de son droit national lui interdisant de compromettre pour refuser de se contraindre à une convention d'arbitrage qu'il a conclue[280]. Un parallèle doit être effectué à propos de l'arbitrage d'investissement. Un Etat ne doit pas pouvoir se retrancher derrière son droit national lui interdisant d'émettre une offre publique d'arbitrage, pour dénier s'y soumettre. La préservation de la prévisibilité, de la sécurité juridique est essentielle.

Il est difficile d'imaginer qu'un sujet international, détenteur de la souveraineté, puisse être assimilé à une partie faible à une instance. D'ailleurs, l'Etat use parfois de ses prérogatives pour dépasser les délais réglementaires de l'arbitrage, afin de provoquer l'abandon procédural d'un investisseur devant défier des coûts subséquents. L'Etat a également pu profiter de certains privilèges devant les prétoires privés, en se voyant reconnaître l'admission procédurale de demandes de révision et de rupture unilatérales du contrat passé avec un investisseur privé étranger et de ses clauses[281]. Comparer l'Etat à une partie faible est erroné, car malgré quelques déséquilibres procéduraux (dont des nuances doivent être opposées) dans l'enclenchement de l'instance arbitrale (1), sa double assignation est à relativiser (2).

---

[280] L'arrêt fondateur en la matière est l'arrêt Galakis rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation le 2 mai 1966. Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, *JDI* 1966, p. 648, note P. LEVEL ; *Rev. crit. DIP* 1967. 553, note B. GOLDMAN ; *Rev. arb.* 1966.99 ; *D.* 1966.575, note J. ROBERT.

[281] Cependant, cette vérité défendue par les Etats eux-mêmes a été remise en cause par certains arbitres, à propos du pouvoir de révision unilatérale des Etats hôte de l'investissement étranger. Ainsi, dans la sentence *Arabian American Oil Company (Aramco) c. Arabie Saoudite*, le Tribunal arbitral s'est refusé à appliquer cette conception consacrant une telle prérogative aux Etats, partagée par le droit administratif français, invoquée en l'espèce par le Gouvernement de l'Arabie Saoudite. L'Etat saoudien estimait que le pouvoir de révision lui était naturellement conféré et que, les circonstances du contrat de concession ayant évolué, l'intérêt public exigeait une adaptation du contrat de concession. Philippe Fouchard énonçait que le Gouvernement saoudien « attribuait aux règles françaises sur l'imprévision une valeur universelle », en ce que, selon les motifs de la sentence, « les principes qui y sont suivis seraient l'expression de principes généraux du droit reconnus en matière de concessions par les nations civilisées ». Outre avoir estimé que le droit français n'avait pas de lien suffisamment caractérisé avec le litige, les arbitres ont énoncé que les principes admis en droit français n'étaient dotés d'aucune valeur universelle. Les arbitres sont ainsi venus limiter le pouvoir de révision unilatérale des Etats d'accueil (PH. FOUCHARD, « L'arbitrage commercial international », Paris, 1965, p. 428).

1) Le monopole d'action de l'investisseur

89. Des raisons profondes viennent justifier la maîtrise du droit d'action des investisseurs privés étrangers, qui sont les seuls à pouvoir enclencher un arbitrage d'investissement contre un Etat. La maîtrise du droit d'action au profit des investisseurs participe à un rééquilibrage de la relation Etats-investisseurs. Cette maîtrise s'inscrit dans l'approche de Migdal. L'auteur avait souligné que toutes les sociétés détiennent un pouvoir continu de lutte contre la domination d'un Etat[282]. Il semble qu'à l'image de l'expression de Robert Rotberg, il faille souligner « que les Etats forts peuvent être distingués des faibles, et les Etats faibles des Etats défaillants ou effondrés »[283]. La relation n'est pas la même selon que l'investisseur privé étranger est implanté dans un Etat dans lequel les institutions sont fortes ou faibles, l'économie développée ou sous-développée, les droits humains respectés ou non respectés. Les pouvoirs économiques de la société civile ont parfois été plus dominants que les Etats. Au XVI[e] siècle, les banquiers italiens étaient plus puissants que leur souverain. Au XVIII[e] siècle, les banquiers anglais l'étaient également. Ces mêmes banquiers étaient même plus notables encore que les souverains des Etats tiers. Talleyrand énonçait d'ailleurs : « Il y a six puissances en Europe : la France, l'Angleterre, la Russie, l'Autriche, la Prusse … et Baring ! »[284]. Aujourd'hui, le pouvoir économique de certaines multinationales surclasse encore celui de certains Etats. La « faillite » de la Thaïlande a même été, d'un point de vue strictement économique, comparée à celle de la troisième Banque de Pittsburgh. Malgré tout, sur un plan purement historique, l'investisseur a longtemps occupé la position de partie faible à l'arbitrage international. Durant l'arbitrage, ce dernier devait notamment faire face aux arguments tenant à l'incapacité à compromettre des Etats, aux immunités invoquées par ces derniers ...[285] Les Etats se penchaient sur toutes les stratégies

---

[282] J. MIGDAL, *Strong Societies and Weak States: State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1988, p. 37 ; et du même auteur, cf *State in Society : Studying How States and Societies Transform and Constitute One Another*, Cambridge University Press, 2002, p. 12 et p. 50.

[283] R. I. ROTBERG, « Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators, in State Failure and State Weakness in a Time of Terror », *Brookings Institution Press*, 2003, p. 5 et s.

[284] Les Conférences Gérard-Parizeau, « L'investissement international et la souveraineté des Etats », 7[e] Conférence, Claude Bébéar, 5 avril 2006, *Série HEC Montréal*, p. 23.

[285] Et ces arguments prédominent encore aujourd'hui chez certains Etats, l'incapacité à compromettre sur la scène internationale étant consacrée dans certains droits nationaux.

juridiques envisageables leur permettant d'éviter d'être attraits devant des juges privés. Pendant des décennies, on a assisté à l'impuissance des investisseurs étrangers face aux litiges les opposant aux Etats d'accueil[286].

90. Puis, avec l'essor des traités d'investissement et des offres publiques d'arbitrage, les investisseurs étrangers se sont vu octroyer la maîtrise du droit d'action à l'instance arbitrale. Cette exclusivité d'action dénote avec la théorie selon laquelle tout sujet de droit est à la fois, sur le plan international, un sujet actif et un sujet passif[287]. Du fait de l'offre publique d'arbitrage, la position de l'Etat va se trouver davantage déficiente de droits procéduraux par rapport aux investisseurs privés étrangers. La position de faiblesse de l'Etat se révélerait par sa passivité dans l'arbitrage d'investissement, car il ne peut de lui-même engager une action contre un investisseur étranger. D'ailleurs et à ce propos, dans sa thèse, le Professeur Walid Ben Hamida a souligné que dans l'arbitrage d'investissement, l'Etat peut souffrir de deux types de déséquilibres[288]. D'une part, un déséquilibre procédural (notamment le droit d'action) et, d'autre part, un déséquilibre substantiel (les traités d'investissements accordant davantage de droits aux investisseurs étrangers qu'aux Etats, sur qui pèsent uniquement et intégralement des obligations). Pour autant, si ce déséquilibre procédural apporte des avantages aux investisseurs, il n'est pas absolu et les Etats se voient assurer de garanties devant des juridictions neutres.

---

[286] G. GUYOMARD, « L'arbitrage concernant les rapports entre Etat et particuliers », *Annuaire français de droit international* 1959, faisant mention des insuffisances des moyens procéduraux dont disposaient les investisseurs privés face aux Etats hôtes.

[287] Cf M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004.

[288] W. BEN HAMIDA, Colloque « Arbitrage et partie faible » *préc*. Cf également W. BEN HAMIDA, « La dénonciation du CIRDI », *in* F. HORCHANI*, CIRDI 45 ans après, bilan d'un système, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010,* Paris, Pedone, p. 109-138. *Et cf* W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51.

2) Des doubles assignations de l'Etat à relativiser

L'Etat hôte peut être entrainé devant un tribunal arbitral pour des litiges provenant de sources différentes et, ces attraits sont d'autant plus facilités qu'une clause parapluie est insérée au sein du traité d'investissement (a). En cas de double assignation devant une justice étatique et devant une justice arbitrale, le jeu du sursis à statuer vient au soutien des Etats, rééquilibrant alors la situation. Par ailleurs, les Etats se trouvent protégés par l'intervention d'un mécanisme juridique visant à empêcher tout investisseur de saisir un tribunal arbitral, lorsque celui-ci a déjà enclenché la saisine d'un juge étatique (b).

a. «Contract claims » vs. « Treaty claims »

91. Une controverse doctrinale oppose les théoriciens arguant du fait que l'arbitre ne serait compétent que pour connaitre des demandes fondées sur le traité (« treaty claims »). Quant à celles fondées sur le contrat (« contract claims »), l'investisseur privé étranger se devrait de les porter devant le juge du contrat, à savoir le juge étatique (sauf clause compromissoire prévue au contrat). Les Etats peuvent se voir opposer deux types de réclamations de la part de l'investisseur. La violation alléguée d'une obligation d'un Etat d'accueil peut avoir trait à la violation d'une obligation issue du traité d'investissement ou à la violation d'une obligation issue du contrat directement conclu avec l'investisseur. La distinction entre les « treaty claims » et les « contract claims » est regrettable, en ce qu'elle aboutit en une séparation du contentieux poursuivant la même finalité, la réparation du dommage subi par l'investisseur par le fait de l'Etat. Nécessairement, et cela sera explicitée ci-dessous, s'il y a violation des garanties de l'Etat au sein du TBI, il y a violation du contrat Etat-investisseur. Aujourd'hui, la distinction entre les « treaty claims » et les « contract claims » fait de plus en plus débat, car les prétentions alléguées sont souvent très proches les unes de l'autre et concernent généralement des faits similaires[289].

[289] M. AUDIT, « Droit des investissements internationaux », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 572-65, actualisé par J. CAZALA.

92. Le Professeur Prosper Weil, dans une conférence donnée à La Haye, a émis l'idée qu'en présence d'une clause parapluie ou « umbrella clause », un TBI transformait une obligation contractuelle, entre deux parties, en une obligation de droit international[290]. La clause parapluie a pour effet « d'abriter » le contrat conclu entre l'investisseur privé étranger et l'Etat hôte directement sous la protection du TBI. Autrement dit, la violation du contrat reviendra à une violation d'une obligation internationale, laquelle peut être soumise à la procédure arbitrale. Une clause parapluie présente au TBI court-circuite la saisine du juge du contrat, en donnant possibilité à l'investisseur de saisir directement le juge du traité d'investissement, à savoir un tribunal arbitral[291].

Selon les travaux d'A.C Sinclair, l'origine de la clause parapluie remonterait à l'avis donné par Sir Elihu Lauterpacht à l'Anglo-Iranian Oil Company en 1953-1954, dans le cadre du règlement du litige relatif à la nationalisation du secteur pétrolier iranien[292]. Lauterpacht proposera une nouvelle fois la clause parapluie dans l'avis donné en 1956-1957 à un groupe de compagnies pétrolières qui envisageaient un pipeline reliant l'Irak, au niveau du Golfe Persique, à la Méditerranée en passant par la Syrie et la Turquie. La naissance de la clause-parapluie fera office dans le projet de convention internationale élaboré par Abs de 1956 à 1959 pour la protection mutuelle des droits de propriété privée dans les pays étrangers[293]. Par la clause parapluie, le traité d'investissement exige le respect par l'Etat de tous ses engagements,

---

[290] P. WEIL, *RCADI* 1969.III, p. 132 et s.

[291] En ce sens, une sentence arbitrale faisait état d'une compagnie américaine ayant acquis des parts dans une société implantée en Argentine, qui assurait le transport de gaz. A l'époque de la conclusion du TBI entre les Etats-Unis et l'Argentine et à l'époque de l'investissement, la législation argentine garantissait que les tarifs de gaz seraient calculés en dollars américains, avant d'être convertis en pesos et qu'il subsisterait un ajustement « en fonction de l'évolution de l'indice américain des prix de production ». Face à la crise économique la plus importante de son histoire, le gouvernement argentin avait décidé de révoquer cette législation, ce qui avait affecté l'investissement de la compagnie américaine. Le tribunal arbitral a alors condamné l'Argentine pour méconnaissance de l'umbrella clause prévue dans le traité (*BG Group Plc. c. République d'Argentine*, UNCITRAL, 24 décembre 2007).

[292] A.C. SINCLAIR, « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International* 2004, Vol. 20, n° 4, p. 411-434. Cf J. CRAWFORD, « International Law and the Public Service », *Australian YB.Int'l. L*. 2018, vol. 35. Cf M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2010, p. 353-412.

[293] *Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries, « Project Abs ».*

internationaux comme contractuels. Toute violation du contrat emportera violation du traité et rendrait compétent le tribunal arbitral. Par conséquent, la clause parapluie consiste en une protection supplémentaire pour les investisseurs privés étrangers, en leur attribuant la compétence de l'arbitrage. Cette clause est sujette à opposition, en ce qu'elle élève les contrats conclus par un Etat au niveau du droit international public et porte en elle les germes d'une multiplication des contentieux. C'est pourquoi cette clause n'apparait pas dans le récent Traité CETA de libre-échange.

b. Une double assignation évitable

Si les Etats peuvent se voir confronter à des prétentions issues d'instrumentums de nature différente par les investisseurs, les tribunaux arbitraux tendent à leur assurer un sursis à statuer préservant leurs intérêts (b.1). De plus, les possibilité de double assignation des Etats sont restreintes par le jeu des clauses « fork-in-the-road », prohibant à l'investisseur de saisir un tribunal arbitral lorsque ce dernier a déjà enclenché la saisine d'un juge étatique (b.2).

b.1. Les sursis à statuer

93. La contestation de l'arbitrage d'investissement se retrouve dans son déterminisme. Très souvent, lorsque l'investisseur a directement conclu un contrat avec l'Etat d'accueil, il ne saisit que les tribunaux de cet Etat (juge du contrat) et ce, alors que l'Etat d'accueil peut avoir conclu un TBI avec son Etat d'origine[294]. Ce n'est que lorsque ses prétentions ont été rejetées devant les juridictions étatiques, que l'investisseur tentera sa chance devant un tribunal arbitral. La clause de « u-turn » prévue par les traités

[294] C'est d'ailleurs le constat opéré par P. MAYER *préc*. Selon lui, les raisons à cela sont que « d'abord, il ne lui vient pas tout de suite à l'idée que le litige puisse revêtir une dimension internationale ; il peut même ignorer l'existence du traité qui le protège. Ensuite, une telle démarche risque d'envenimer ses rapports avec l'Etat, alors qu'il lui paraît que tout espoir d'arranger les choses avec lui n'a pas disparu. Puis, il n'est pas sûr que ce dont il se plaint atteigne au niveau d'une violation du traité ».

d'investissement lui octroie une telle faculté. Si cette clause permet à un investisseur de pouvoir saisir d'abord une juridiction nationale avant de se décider finalement à revenir à l'arbitrage, elle prohibe le cheminement inverse. Autrement dit, l'investisseur ne peut pas saisir un tribunal arbitral, puis se rétracter et saisir ensuite une juridiction nationale.

94. Certaines sentences arbitrales ont considéré qu'en cas de procédures parallèles et d'action étatiques enclenchées antérieurement à la saisine du tribunal arbitral, ce dernier n'a pas à surseoir à statuer. Dans des affaires, les arbitres ont estimé que les demandes reposant sur des fondements différents, les deux instances étaient également différentes, si bien qu'il n'existait pas de motifs imposant au tribunal arbitral de se dessaisir ou de surseoir à statuer[295]. En réalité, ce refus du sursis à statuer s'explique, d'une part, par la lenteur caractérisant bon nombre de justices étatiques, des plus développées aux plus défaillantes d'entre elles. D'autre part, l'indépendance de la justice étatique de l'Etat d'accueil qui serait saisie en tant que juge du contrat est mise en cause. Par conséquent, la solution qui serait favorablement rendue à l'Etat d'accueil n'aura pas la même valeur qu'elle aurait détenue devant un tribunal arbitral, réputé pour sa neutralité.

95. Cependant, les critiques relatives à la double assignation des Etats doivent être atténuées, car la décision du refus du sursis à statuer sur les « contracts claims » ne recueille pas l'unanimité des tribunaux arbitraux[296]. Et malgré la double assignation possible, si l'investisseur privé étranger reçoit deux sentences (étatique et arbitrale) favorables lui accordant une indemnisation, il ne pourra pas les cumuler. En effet, « (l)e droit international et la jurisprudence offrent de nombreux mécanismes destinés à écarter la

[295] Cf sent. CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan préc.* ; sent. CIRDI, *Impregilo S.p.A. v. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/3.

[296] En ce sens, dans une sent. CIRDI, *SGS c. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, le tribunal arbitral, après s'être reconnu compétent en vertu des treaty claims, a annoncé son sursis à statuer, la question de l'obligation de payer ce qui est dû en application du contrat étant une contract claim et non une question relevant du TBI.

possibilité de double indemnisation »[297]. Il sera simplement possible pour l'investisseur d'exécuter celle lui accordant la compensation financière la plus élevée.

b.2. La clause « fork-in-the-road » au soutien des Etats

96. La distinction entre les « treaty claims » et les « contract claims » affaiblit la position de l'Etat d'accueil, en ce qu'elle met à la disposition de l'investisseur privé étranger deux juridictions disponibles, multipliant par deux ses chances de voir ses prétentions être écoutées. De plus, si la décision arbitrale lui est favorable, une sentence étatique qui lui serait défavorable n'aurait aucune incidence, car, dans le système CIRDI, les sentences arbitrales sont automatiquement reconnues. Cela est occulter un point essentiel. Rien n'atteste que la décision que rendra le tribunal arbitral sera favorable à l'investisseur[298]. Et l'investisseur prend surtout un risque à saisir le tribunal arbitral en cours d'instance de la saisine de la juridiction étatique locale, car les juges étatiques n'auront que moyennement goûté à cette saisine arbitrale en cours d'instance.

---

[297] Cf sent. CIRDI, 11 mai 2005, *Camuzzi International S.A. c. République d'Argentine,* aff. n° ARB/03/7.

[298] Récemment, l'Algérie a remporté un arbitrage contre un investisseur privé égyptien, Naguib Sawiris, ancien propriétaire de Djezzy, opérateur privé de téléphone, aujourd'hui détenu à 51% par l'Etat algérien. L'investisseur avait réclamé quatre milliards de dollars de compensation financière, car le gouvernement algérien avait empêché la vente de Djezzy à des investisseurs étrangers. Après quatre longues années de procédure, le CIRDI a finalement débouté l'investisseur de ses demandes et a condamné sa société à rembourser l'Etat algérien de la moitié des frais et honoraires d'avocats, ce qui représentait plus de six millions d'euros. L'investisseur devait également s'acquitter des vingt millions en conseils d'avocats et d'experts et en frais de procédure (sent. CIRDI, *Orascom TMT Investments SARL c. la République d'Algérie démocratique et populaire,* aff. n° ARB/12/35). Un arbitrage international en matière d'investissement avait également eu lieu entre la société Oceana Gold et l'Etat du Salvador. Après une procédure de sept ans, le tribunal arbitral a tranché en faveur de l'Etat salvadorien, dans une sentence rendue le 14 octobre 2016. En l'espèce, la société Oceana Gold réclamait depuis 2009 le versement d'une compensation financière de 250 millions de dollars US. Cette réclamation s'appuyait sur le motif selon lequel l'Etat du Salvador avait refusé de lui attribuer l'autorisation d'exploiter la mine El Dorado, dans le département de Cabanos situé au Nord de l'Etat. Le gouvernement du Salvador estimait que la multinationale n'avait pas respecté les mesures de protection environnementales exigées pour opérer dans le pays et que le Ministère de l'environnement et des ressources naturelles avait toujours dénié ses propositions relatives à l'impact environnemental. Les risques de pollution par le cyanure nécessaire à l'extraction de l'or, étaient perçus comme étant notables. Le tribunal CIRDI a ainsi considéré que les allégations de l'entreprise étaient dénuées de tout fondement de fait ou de droit. Par conséquent, cette sentence est le signe que même une multinationale est susceptible de perdre un arbitrage international en matière d'investissement contre un Etat peu développé du point de vue de sa superficie ou de son économie, tel que le Salvador (sent. CIRDI, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador,* aff. n° ARB/09/12).

97. De surcroit, un mécanisme juridique a été prévu pour limiter la double assignation des Etats, avec les clauses « fork-in-the-road » ou clauses *electa una via*. Ces clauses visent à empêcher un investisseur privé étranger de saisir un tribunal arbitral lorsque ce dernier a déjà enclenché la saisine d'un juge étatique. Protectrices des Etats, ces clauses doivent rassurer les opposants à l'arbitrage d'investissement. Pour autant, elles doivent être combattues. D'une part, si en présence d'une clause « fork-in-the-road », une voie empruntée entraîne l'extinction de l'autre, cette règle n'est pas coutumière et doit avoir fait l'objet d'un accord exprès posé par le TBI en cause. D'autre part, ces clauses sont désastreuses pour les intérêts de l'investisseur, car elles rendent automatiquement close une voie procédurale. Si les deux demandes (« contract claim » et « treaty claim ») reposent sur deux fondements différents, il s'agira *stricto sensu* d'un double différend. Dès lors, la distinction des « contract claims » et des » treaty claims » vient « vide(r) de tout contenu de telles clauses (fork-in-the-road) »[299]. Par ailleurs, si ces clauses ont pour objectif de limiter les procédures parallèles, elles ne sont pas parvenues à l'atteindre. Ces clauses exigent une similitude parfaite entre les différends et exigent qu'ils soient fondés sur les mêmes fondements par les mêmes parties. Ces conditions sont si strictes que la clause « fork-in-the-road » n'a connu qu'une seule application, à l'occasion de la sentence Pantechniki[300]. En l'espèce, un investisseur grec, du fait des pillages et émeutes ébranlant le pays en 1997, avait vu son matériel volé et ses installations détruites et avait dû, en conséquence, rapatrier son personnel. Il avait agi en responsabilité contre l'Etat grec en exigeant compensation financière, devant les juridictions locales étatiques, pressé selon lui par l'administration de l'Etat. Excédé des délais et des décisions contradictoires, il avait porté l'affaire devant le CIRDI. Le tribunal arbitral a dénié sa propre compétence en application de la clause *electa una via* et de l'article 26 de la convention de Washington, disposant que le consentement des parties à l'arbitrage impliquait de renoncer à tout autre moyen de recours, sauf accord des parties.

---

[299] P. MAYER, « Arbitrages Etats–Investisseurs, Distinction entre 'Treaty Claims' et 'Contract Claims' », *ASA Bulletin* 2008, vol. 26, Issue 3, p. 642-643.

[300] Sent. CIRDI, *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) c. République d'Albanie*, aff. n° ARB/07/21, § 53-67.

Conclusion sous-section I : Le consentement dissocié des Etats à l'arbitrage d'investissement ne signifie pas absence de consentement. Dès lors que les Etats ont conclu des traités contenant une offre publique d'arbitrage, ils ont sciemment consenti à être potentiellement attraits devant les juridictions privées. La réalité du consentement des Etats ne doit plus faire l'objet de toutes les contestations audibles aujourd'hui. Les Etats demeurent autocrates, discrétionnaires et omnipotents, ils ne perdent pas leur capacité et leur liberté de circonscrire la portée de leurs engagements. De plus en plus de traités d'investissement sont d'ailleurs venus restreindre la portée des offres publiques d'arbitrage à certaines clauses uniquement[301]. Déjà aux origines, les projets de rédaction de la convention de Washington avaient envisagé de donner la possibilité aux Etats d'apporter leurs propres restrictions à la portée de leur consentement, par le biais des « clauses balais » ou « sweeping clause ». Considérées comme trop larges et laxistes, ces clauses n'avaient pas survécu au texte définitif.

Il suffit de se pencher sur les traités d'investissement de nouvelle génération pour percevoir que les offres publiques d'arbitrage ne sont plus aussi extensives qu'auparavant. En ce sens, l'accord de partenariat économique conclu entre le Japon et les Philippines le 9 septembre 2006 dispose, en son article 107 intitulé « Nouvelle négociation », que « les parties entament des négociations après la date d'entrée en vigueur du présent accord en vue de l'établissement d'un mécanisme de règlement d'un différend relatif aux investissements entre une partie et un investisseur de l'autre partie ». Si une telle négociation n'a pas lieu, l'article 107.2 énonce qu' « en l'absence de mécanisme de règlement d'un différend relatif aux investissements entre une partie et un investisseur de l'autre partie, le recours à un tribunal arbitral ou à une conciliation est soumis au consentement mutuel des parties au différend. Cela signifie que la Partie contestante peut, à son gré, accorder ou refuser son consentement à l'égard de chaque différend relatif à un investissement et que, en l'absence du consentement écrit exprès de la Partie contestante, un tribunal arbitral ou une conciliation ou d'arbitrage n'aura aucune juridiction sur le litige en matière d'investissement ». Il n'existe donc pas, dans cet accord, d'offre publique d'arbitrage. Autrement dit, l'arbitrage international en matière d'investissement est écarté, mais l'accord réserve la possibilité future d'y insérer

[301] C'est notamment le cas de l'article 8 du TBI conclu entre l'Argentine et la Chine, qui dispose que le consentement à l'arbitrage d'investissement se limite à la problématique de la détermination de la compensation financière pouvant être réclamée à la suite d'une expropriation de l'investisseur privé étranger.

une convention d'arbitrage[302]. Il peut aussi être fait mention d'une vision semblable retenue dans l'accord de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et l'Australie le 18 mai 2004[303]. L'article 11.16 de cet accord déclare que « si une partie estime que le règlement des différends a changé de circonstances et que, à la lumière de ce changement, les parties devraient envisager d'autoriser un investisseur d'une partie à soumettre à l'arbitrage avec l'autre partie une réclamation concernant une question relevant du présent chapitre, la partie peut demander des consultations avec l'autre partie à ce sujet, notamment en ce qui concerne l'élaboration de procédures appropriées ». Par conséquent, dans cet accord, les Etats ont repris la main sur l'arbitrage d'investissement et ne pourront pas être attraits devant une procédure arbitrale sans y avoir préalablement, expressément et spécifiquement consenti.

En définitive, les Etats peuvent se réserver la faculté de consentir au cas par cas à l'arbitrage d'investissement et éluder la compétence des tribunaux arbitraux en réduisant la portée de leur offre publique d'arbitrage. Ils peuvent également exiger la saisine préalable de leurs propres juridictions. Cela impliquerait, le plus souvent, une renégociation des traités d'investissements existants. Si les Etats peuvent être assignés devant la justice privée sur des contentieux provenant de sources différentes, l'arbitrage d'investissement regorge d'instruments visant à les mettre à l'abri de recours dilatoires. En réalité, le concept de partie faible à la procédure de l'arbitrage d'investissement convient surtout de se concentrer sur l'approche patrimoniale de la situation.

---

[302] *Agreement between Japan and the Republic of the Philippines for an Economic Partnership*, 9 septembre 2006, article 107.1.

[303] *Free Trade Agreement between Australia and the Unites-States of America*, 18 mai 2004, article 11.16.

Sous-Section II : Une approche patrimoniale de l'accès procédural défavorable aux investisseurs

Le concept de partie faible à l'instance arbitrale doit surtout avoir trait aux moyens financiers des parties. Si l'Etat dispose de capacités et de ressources financières illimitées (notamment par le pouvoir de lever l'impôt), les investisseurs, qu'ils soient personnes physiques ou personnes morales, ne bénéficient pas d'un tel avantage (§1), entraînant les effets néfastes de l'impécuniosité (§2).

§1 : L'investisseur face aux coûts de l'arbitrage

Confrontés à des coûts parfois faramineux des instances arbitrales, les investisseurs n'ont souvent d'autre choix que de recourir à des tiers financeurs (1). Pour limiter ces recours, il convient de militer pour une véritable aide procédurale au bénéfice des investisseurs (2).

1) Le recours fréquent aux tiers financeurs

Si la présence d'un tiers financeur peut s'avérer essentielle à l'introduction ou à la poursuite d'une procédure arbitrale, du fait des coûts considérables de l'arbitrage[304] (a), elle entraîne des difficultés particulières sur le déroulé de l'instance et pose la question de sa révélation à la partie adverse (b).

[304] M. O'REILLY, *Costs in arbitration proceedings*, 2020, 2e éd., London, Routledge, 218 p.

a. Un recours compréhensible

98. Selon les chiffres récents, les coûts d'un demandeur dans l'arbitrage international représentaient 4 437 000 dollars US, tandis que ceux des Etats défendeurs atteignaient 4 559 000 dollars US. Et les dépenses relatives aux frais institutionnels ou aux frais des arbitres étaient de 746 000 dollars US[305]. Ces coûts, un petit peu plus élevés du côté des Etats, demeurent conséquents pour les investisseurs, agissant toujours en qualité de demandeur dans l'arbitrage d'investissement[306]. Face à ces montants élevés, l'une des parties au litige peut être tentée d'allonger la durée de la procédure arbitrale pour en accroître les frais, décourageant l'autre partie à faire perdurer et à perpétuer des actions arbitrales à son encontre. Indéniablement, si les coûts d'arbitrage paraissent importants, c'est aussi parce qu'ils prennent pour origine des procédures arbitrales pouvant s'étaler sur plusieurs années. Il appartient donc aux parties de prévoir des stratégies contentieuses à l'avance dans leurs comptes financiers.

99. Le recours à un tiers financeur permet d'épauler la partie impécunieuse à l'arbitrage international. Le tiers financeur s'engage à supporter les coûts qu'engendrera la procédure arbitrale, moyennant une rémunération ultérieure basée sur un pourcentage dans la compensation financière obtenue au terme de l'instance[307]. Les « Third Party Funding » sont ainsi des « personne(s) (généralement une entreprise dont le métier est le financement) (qui) offre(nt) un service qui consiste dans le paiement de tout ou partie des frais du procès d'une autre personne, moyennant une rémunération »[308]. En règle générale, ils se font

---

[305] Colloque du 9 mai 2016, Etude par C. DUCLERCQ, C. JALLAMION, D. MAINGUY, W. BEN HAMIDA, A. NGWANZA, PH. CHAVASSE, M. DE FONTMICHEL, M. HENRY et G. TATTEVIN, *JDI* 2017, p. 1. Cf également D.P.F. ARROYO, « Nothing is for free : The prices to pay for arbitralizing legal disputes », *in* L. CADIET, B. HESS & M. REQUEJO ISIDRO (eds.), *Privatizing Dispute Resolution*, Baden-Baden, Nomos (2019), p. 615-646.

[306] Les honoraires d'avocats et de consultants ainsi que les frais d'arbitrage coûtent en moyenne huit millions d'euros et peuvent atteindre trente millions dans certaines affaires. Les arbitres sont généralement rémunérés 3000 dollars par jours, hors frais somptuaires.

[307] Ainsi, par exemple, le cabinet King & Spolding a touché 80 % de commission sur 133 millions de dollars US de dommages-intérêts.

[308] C. KESSEDJIAN, « Le financement de contentieux par un tiers – Third Party Litigation Funding », *Panthéon-Assas, Colloques*, décembre 2012 ; PH. PINSOLLE, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb*. 2010.385.

rémunérer entre 30 à 70 % du montant de la compensation obtenue. Des fonds d'investissement tels que Juridica, Budford ou encore Omni Bridgeway apportent leur assistance aux investisseurs pour financer leurs procédures d'arbitrage contre des Etats, moyennant une part de la compensation allouée par le tribunal arbitral, de l'ordre de 20 % à 50 %[309]. Il convient de préciser d'emblée que les tiers financeurs n'offrent pas leur recours à tous les demandeurs, la sélection étant extrêmement rude -les réclamations du financé se doivent d'être solides et le financé doit être solvable- et conduisant, selon les statistiques publiées, au rejet de neuf demandes sur dix[310].

100. La pratique du financement des actions en justice par les tiers est née en Australie dans les années 1980, avant de s'étendre aux Etats-Unis. Avant cette date, la technique du financement des procès par des tiers faisait même l'objet d'une condamnation pénale sous l'appellation de « Champerty and Maintenance ». Encore aujourd'hui, le financement de l'arbitrage par des tiers ne fait pas l'unanimité dans tous les Etats. Autorisé en Allemagne, en Autriche, en Angleterre, en Espagne ou encore à Hong Kong et en Nouvelle Zélande, le concept est inconnu dans plusieurs Etats comme le Japon, l'Inde, la Suède ou encore le Vietnam. Il est interdit en Malaisie et à Singapour[311]. Certains Etats américains interdisent toujours le recours aux tiers financeurs en application du principe de « champerty ». En droit français, le contrat de financement du procès par un tiers n'est pas un contrat réglementé par la législation. Il ne s'agit pas d'un contrat nommé. La Cour d'appel de Versailles l'a assimilé à un « contrat *sui generis* »[312]. Le tiers financeur assume le risque de financer un procès à perte, si la solution d'un litige ne tend pas en faveur de la partie qu'il finance. Il ne s'agit pas d'un contrat de prêt, puisque la partie financée n'a pas

---

[309] OCDE, « Investor-State Dispute Settlement Public Consultation, 16 May – 9 July 2012 », 2012, p. 36. Burdford touche ainsi en moyenne 8 millions de dollars US par affaire et Juridica 7,5 millions de dollars US, avec un retour sur investissement de l'ordre de 30 à 50 % ; cf W. H. VAN, Boom, « Third-Party Financing in International Investment Arbitration », *Leiden Law School* 2011, p. 30.

[310] G. LEPAGE et A. GREC, « Pratique d'une institution financière régulée », *La Lettre de l'Association Française d'Arbitrage*, Juin 2014, n° 12.

[311] L. BENCH NIEUWVELD et V. SHANNON, *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, p. 225 et s. et p. 207 et s. Cf également S. LATHAM, « The Third-Party Litigation Funding », *The Law Review, Augusta Ventures*, 2021.

[312] CA Versailles, 12e Ch., sect. 2, 1er juin 2006, n° 05/010038.

d'obligation de rembourser la somme, ni même d'un contrat de crédit, car il n'y a pas d'obligation de restitution et qu'un monopole bancaire pèse sur les opérations de crédit sous peine de sanctions pénales[313]. Le Professeur Frédéric Forgues a vu dans le contrat de financement par des tiers une sorte de contrat de prêt à la grosse aventure, qui était utilisé depuis l'Antiquité en droit maritime avant de tomber en extinction. Le contrat de prêt à la grosse aventure consistait, pour le propriétaire d'un navire, à emprunter à un prêteur une somme d'argent qu'il ne devait rembourser que si le navire arrivait à destination. S'il n'arrivait pas à bon port, l'obligation de restitution des sommes prêtées s'éteignait[314].

101. Les IBA Guidelines sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (IBA Rules) de 2014 disposent, au General standard 6(b), qu' « une personne morale ou physique ayant une influence dominante sur une autre personne, ou un intérêt économique direct (…) dans le prononcé de la sentence peut être considérée comme portant l'identité de cette partie » . Cela peut concerner le tiers financeur, qui « peut avoir un intérêt économique direct dans le prononcé de la sentence et, à ce titre, peut être considéré comme l'équivalent de cette partie ». Autrement dit, le tiers financeur « peut avoir un intérêt économique direct dans la sentence et, en tant que tel, peut être considéré comme l'équivalent de cette partie ». Pour autant, il ne faut pas considérer que la présence d'un tiers financeur implique une substitution des parties à l'instance. Autrement dit, le tiers financeur ne se substitue pas à la partie qu'il finance. Il est vrai que le tiers financeur est très intéressé par le déroulé de l'instance. Sur ce point, les arbitres ont déjà reconnu le grand rôle joué par les tiers financeurs dans l'initiative et dans la poursuite de la procédure arbitrale. Mais cela n'en fait pas une partie au procès arbitral. Le tiers financeur n'est pas celui qui conclut le contrat avec les conseils et avocats de la partie qu'il finance. Le tiers financeur n'est pas celui qui plaide à l'instance. Ainsi, dans la sentence Teinver, le tiers financeur avait passé un accord avec l'investisseur pour un transfert de leurs droits après introduction de l'arbitrage. Pour le tribunal arbitral, cet accord ne

[313] Cf article L-571-3 du Code monétaire et financier : « (L)e fait, pour toute personne, de méconnaître l'une des interdictions prescrites par les articles L. 511-5 et L. 511-8 est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Le tribunal peut ordonner l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ».

[314] F. FORGUES, « Du financement des procédures par les tiers », *Petites affiches*, 3 octobre 2017, n° 197, p. 6.

faisait pas du tiers financeur une partie à l'arbitrage[315]. Le tribunal arbitral ne se préoccupe pas de ce qu'il se passera après l'introduction de l'instance, il s'appuie uniquement sur le moment de l'initiation de la procédure, expressément enclenchée par l'investisseur. L'idée de l'Etat attaqué était compréhensible, celle de faire obstacle à la compétence *ratione personae* du tribunal arbitral, qui aurait finalement été saisi par un tiers financeur et non par un investisseur.

b. Les difficultés engendrées

102. Dans les dispositions initiales du projet sur les tiers financeurs préparé par le groupe de travail III de la CNUDCI[316], des propositions ont été discutées, avec notamment, à côté d'un modèle d'interdiction pure et simple soutenu par l'Afrique du Sud et le Maroc, un modèle de restrictions du tiers financement. Il a ainsi été proposé de soumettre la présence du tiers financeur à une autorisation préalable. Autrement dit, la présence du tiers financeur ne serait valable que si l'investisseur rapporte la preuve de son utilité pour l'introduction de l'arbitrage. De plus, il a été proposé de conditionner le recours au tiers financeur à la réalisation, par l'investisseur, d'un investissement responsable ou encore à réduire le montant du financement assumé par le tiers financeur. Aujourd'hui, plusieurs réformes ayant trait aux tiers financeurs sont en cours, les plus extrêmes d'entre elles visant à les exclure (c'est notamment le cas de l'accord d'investissement conclu entre l'Argentine et les Emirats Arabes Unis).

103. Souvent, les tribunaux arbitraux ne prennent pas conscience des problématiques que pourraient causer le recours aux tiers financeurs. Pour illustration, dans la sentence Oxus gold, les arbitres avaient reçu la plainte d'un investisseur sur la divulgation d'un document démontrant le recours à un tiers financeur

[315] Sent. CIRDI, *Teinver c. Argentine*, aff. n° ARB/09/1, 21 décembre 2012, § 245.

[316] UNCITRAL, Rep. Of Working group III, Investor-State dispute settlement reform, on the work of its Thirty-Sixth Session, § 120, 6 novembre 2018. Cf T-F. CHEN, « Development in responses of arbitral tribunals to third-party funding in international investment arbitration », *CAA Journal* 2022, vol. 15, p. 2.

et révélant les détails de l'accord de financement[317]. Or, le tribunal arbitral a estimé que l'assistance d'un tiers financeur n'avait aucun impact sur la procédure arbitrale et ne causait aucune difficulté à l'arbitre. Pourtant, trois inconvénients majeurs accompagnent le recours au tiers financeur. D'une part, ce recours risque d'alerter l'Etat d'accueil, mis en cause, des conditions financières précaires dans lesquelles se trouve l'investisseur. L'Etat pourrait essayer d'allonger la procédure. Cette hypothèse peut être évitée. Dans certains Etats comme la France, il n'existe pas d'obligation légale pour les parties de révéler l'existence d'un tiers financeur. D'autre part, les spéculateurs financiers ont vu leur curiosité être mise en éveil par le montant des compensations pouvant être allouées aux investisseurs. Le financement par les tiers est de plus en plus fréquent en matière d'arbitrage d'investissement et encourage les investisseurs à aller au bout de la procédure arbitrale pour obtenir une compensation élevée. Ce concept du tiers financeur réduit alors la possibilité pour les Etats de parvenir à une solution amiable du différend. La présence d'un tiers financeur change la nature du procès arbitral, car elle entraine une moindre propension à la négociation d'un compromis. Enfin, le dernier aléa réside dans l'abandon du tiers financeur au milieu de la procédure s'il l'estime perdue d'avance. C'est pour cette raison que l'investisseur se doit d'être particulièrement vigilant en veillant à l'insertion, dans le contrat avec le tiers financeur, d'une clause qui exclurait tout désistement unilatéral et volontaire. S'il existe bien des codes de conduite ou des principes UNIDROIT contre ce désistement volontaire, ces règles n'ont pas de valeur contraignante.

104. Les demandes visant à la révélation de l'existence des tiers financeurs sont de plus en plus fréquentes, comme en témoigne notamment la récente affaire Muhammet cap c Turkménistan[318]. Les Etats exigent d'avoir connaissance de la présence d'un tiers financeur, d'avoir connaissance des termes de l'accord de tiers financement. Les tribunaux arbitraux sont majoritairement favorables à de telles réquisitions, afin d'apporter davantage de transparence et pour statuer sur la question de l'allocation des frais de la procédure à la fin de l'instance. Les arbitres n'hésitent pas à exiger de l'investisseur qu'il révèle, au cours de la procédure, la présence ou non d'un tiers financeur, son nom et les détails de celui-ci, voire même les termes de ce financement. Les arbitres estiment que cela pourrait contribuer à l'intégrité de la

[317] Sent. *Oxus Gold c. Ouzbékistan*, 17 décembre 2015, § 127.

[318] Sent. CIRDI, aff. n° ARB/12/6, 13 février 2015, § 49-50.

procédure[319]. En réalité, révéler l'existence, le nom et les détails du tiers financeur ne pose pas tant de difficultés. Il en est autrement de la révélation des termes du financement, qui a trait à un document confidentiel. C'est pourquoi, dans la sentence South America, les arbitres ont accepté d'exiger la révélation de l'existence et le nom du tiers financeur pour des questions de transparence et pour veiller à l'absence de conflits d'intérêts éventuels entre un arbitre et le tiers financeur[320]. Mais, ils ont rejeté la demande de révélation du document de l'accord de financement. Que penser de ce refus ? En tout état de cause, il ne peut être nié que cette révélation aurait une utilité, afin de savoir qui (à la lecture de l'accord de financement) de l'investisseur ou du tiers financeur supportera une condamnation et les frais de la procédure. Les arbitres se réfèrent souvent aux articles 11 à 13 de la UNCITRAL arbitration rules qui, s'ils énoncent que la révélation de l'existence et du nom du tiers financeur peut contribuer à lutter contre la présence d'un conflit d'intérêts, n'exigent pas la production de document de financement par les parties. Mais, deux sentences sont venues conforter les Etats, d'une part la sentence Muhammet précité, qui est la première à valider la révélation de l'accord de financement et, d'autre part la sentence EuroGas, la seconde seulement à exiger une telle révélation[321]. En majorité, les arbitres s'y refusent car rien ne les y contraints, ni les IBA Rules ni les UNCITRAL Arbitration Rules. Dans les deux seuls cas où ils ont consenti à la révélation de l'accord de financement, les arbitres s'étaient basés sur la « security for costs » et voulaient vérifier « dans quelle mesure le tiers financeur partagera tout succès que le demandeur peut obtenir dans cet arbitrage, ou paiera une ordonnance de dépens contre le demandeur »[322]. Or, d'autres moyens pourraient être envisagés pour condamner le tiers financeur aux dépens, même s'il n'est pas partie à l'arbitrage et même s'il ne l'a pas souhaité dans l'accord de financement, car il est quand même en partie responsable du comportement de l'investisseur dans la procédure. Pour autant, la méthode du tiers financeur ne doit pas être désincitée, au risque de nuire à l'introduction et à la poursuite d'une instance arbitrale par l'investisseur.

---

[319] Notamment afin de déterminer si l'un des arbitres pourrait avoir un lien avec la personne du tiers financeur.

[320] *South America Silver c. Bolivie*, PCA, aff. n° 2013-15, 11 janvier 2016, § 10 et § 70, 79 et 80.

[321] Sent. CIRDI, *EuroGas c. Slovaquie*, aff. n° ARB/14/14, 18 août 2017.

[322] Cf T-F. CHEN, « Development in responses of arbitral tribunals to third-party funding in international investment arbitration », *CAA Journal* 2022, vol. 15, p. 11.

105. Il est intéressant de souligner qu'une réforme des CIRDI Arbitration Rules est enclenchée. En ce sens, le 22 mars 2022, les Etats membres du CIRDI ont adopté une version modifiée de la convention CIRDI, à la suite d'une consultation publique lancée en 2017. Cette nouvelle version est entrée en vigueur le 1er juillet 2022, à la suite de la publication de six travaux, dont le dernier date de novembre 2021. Cette réforme peut être rapprochée des travaux du groupe de travail III de la CNUDCI sur les tiers financeurs. Le CIRDI et la CNUDCI désirent « codifier » des pratiques en principes, comme la mise à la connaissance et l'identification des tiers financeurs à la partie adverse et au tribunal arbitral. Il est question d'accorder au CIRDI Secretary general abritrator la possibilité d'ordonner la divulgation de certains éléments de l'accord financier du tiers financeur (sur ce point, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, Singapour et l'Union européenne et ses Etats membres se sont positionnés pour davantage de révélation plus que sur une prohibition générale). En définitive, si le CIRDI et la CNUDCI se sont penchés sur le système des tiers financeurs dans l'arbitrage d'investissement, c'est parce que les tribunaux arbitraux sont de plus en plus concernés par des problématiques causées par les tiers financeurs. Les tiers financeurs peuvent avoir un impact négatif sur les coûts et les délais procéduraux, mais aussi provoquer des risques de conflits d'intérêts potentiels entre les tiers financeurs et les arbitres. C'est notamment le cas si le tiers financeur contribue à ce que soit répétitivement saisi le même arbitre. En effet, le tiers financeur exerce souvent une influence voire un contrôle poussé sur le management de la procédure arbitrale et peut inciter une partie à désigner un arbitre en particulier.

2) L'aide procédurale appelée en soutien

106. Pour équilibrer la relation qui pencherait à l'avantage des Etats d'accueil, il pourrait être proposé la création d'un véritable système d'aide financière dans la procédure arbitrale. Cela permettrait d'accorder la relation pécuniaire entre les Etats et les investisseurs et, cette aide pourrait être prise en charge par l'Etat d'origine de l'investisseur. Il paraitrait improbable que l'Etat d'accueil mis en cause par l'investisseur consente à lui accorder un soutien financier lui permettant de perdurer la procédure arbitrale en-

gagée contre lui. *A contrario*, les Etats d'origine conservent nécessairement des liens avec leurs ressortissants présents à l'étranger et il serait justifié qu'ils accordent des aides financières à leurs nationaux, afin qu'ils puissent défendre convenablement leurs droits devant un tribunal arbitral. Ce versement d'une aide judiciaire traduirait une garantie à l'accès à la justice arbitrale. Cette aide financière irait en cohérence avec l'adoption, par une grande majorité des Etats, de la loi type CNUDCI ayant pour objectif de renforcer l'égalité de l'arbitrage avec la justice étatique. Affirmé comme « le principe le plus fécond parmi les droits naturels de procédure » par le Magistrat D. Hascher[323], l'article 18 de loi type CNUDCI dispose que « les parties doivent être traitées sur un plan d'égalité ». L'octroi d'une telle aide pourrait bénéficier aux petites et moyennes entreprises souvent découragées et dissuadées de recourir à l'arbitrage d'investissement, du fait des frais d'arbitrage engendrés. Et cet octroi pourrait profiter aux investisseurs personnes physiques. D'ailleurs, les personnes physiques bénéficient d'une assistance judiciaire devant le tribunal arbitral du sport, délivrée sur décision du Bureau du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS). Un tel schéma d'assistance pourrait s'étendre à l'arbitrage d'investissement.

107. A ne point douter, le chantier serait colossal, car il faudrait inciter les législateurs nationaux à modifier leur législation sur les aides judiciaires pour l'ouvrir à l'arbitrage. « Pour l'instant, nous devons vivre avec le fait que des slogans tels que 'pas d'argent, pas d'arbitrage' ne sont pas démodés, mais caractérisent plutôt la situation actuelle »[324]. Et pour adapter la pensée de Sir James Matthew à ces propos, « la justice est ouverte à tous – comme le Ritz »[325]. De surcroît, ce système international d'aide financière porterait en soi les germes d'une repolitisation du débat. Les Etats d'origine viendraient financer l'action arbitrale de leurs ressortissants contre un Etat d'accueil, ce qui sera mal perçu par les Etats hôtes et pourra entrainer des répercussions économiques (embargo …) et diplomatiques entre les Etats. La célèbre formule de George Orwell dans son ouvrage « 1984 » est évocatrice et, selon le Professeur

---

[323] D. HASCHER, « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* 2000, t. 279, p. 126.

[324] K. SACHS, « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.* 17 juillet 2007, n° 198, p. 22.

[325] Cité dans M. HAYES, « An Irish Quarterly Review, Power and Accountability in Ireland », *Access to Justice* 2010, vol. 99, n° 393, p. 29-42 ; *Oxford Dictionary of Quotations*, 4e éd., 1992, p. 453.

Pierre Lalive, simple à transposer, « dans l'arbitrage international impliquant un Etat ou une entreprise d'Etat, toutes les parties sont égales mais … certaines sont plus égales que d'autres ! »[326]. Malheureusement, le principe d'égalité des parties devant la justice arbitrale ne semble pas faire de bruit strident. D'ailleurs et selon les chiffres publiés par l'OCDE, 22 % des affaires d'arbitrage d'investissement sont enclenchées par un individu ou par une petite entreprise, signe que le prix ne serait pas un obstacle véritable, tout du moins à l'enclenchement des procédures arbitrales[327]. En pratique, les justiciables les moins aisés ont souvent recours à des moyens de financement variés, tels que les recours aux tiers financeurs, afin de faire perdurer l'instance jusqu'à son terme. C'est ainsi que le principe d'égalité des parties devant la justice arbitrale est très rarement invoqué dans les procédures arbitrales. A ce propos et pour en témoigner, les Tables de la Revue de l'arbitrage, entre 1991 et 2008, n'ont fait état que de vingt-et-une affaires ayant trait à cette question, sa violation n'ayant été reconnue que dans une seule d'entre elles. Les juridictions nationales sont plus sensibles au principe d'égalité des parties devant les prétoires internes. La Cour d'appel de Paris a déjà déclaré que « l'égalité des armes qui représente un élément de la notion de procès équitable protégée par l'ordre public implique l'obligation d'offrir à chaque partie, une possibilité raisonnable de présenter sa cause (…) »[328]. Or, il n'existe pas, de nos jours, de chiffres précis venant témoigner d'une impossibilité d'accès à l'arbitrage par les demandeurs les moins fortunés. Malgré tout, si l'accès à la procédure arbitrale pourrait ne pas nécessiter d'aide financière spécifique, la capacité financière de sa poursuite convient d'être préservée.

108. Aujourd'hui, l'un des axes de réforme enclenché par le CIRDI et la CNUDCI tient en la démocratisation de l'accès à la justice arbitrale, que ce soit en permettant aux parties impécunieuses d'y accéder ou en réduisant les coûts de la justice arbitrale par la dématérialisation des documents qui doivent être transmis, par principe, par voie numérique (seules des « circonstances particulières » autorisent une

---

[326] P. LALIVE, « 'Raison d'Etat' et Arbitrage International », *in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century : Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktiegel* , Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 469.

[327] D. GAUKRODGER et K. GORDON, « Investor-State Dispute Settlement, A Scopng Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working papers on international investment*, n° 2012/3, p. 17.

[328] CA Paris, 6 mai 2003 (1re espèce), *Rev. arb*. 2004.220.

transmission par voie papier). Pour réduire les coûts de l'arbitrage, les groupes de travail envisagent la réduction des délais en prévoyant, dans le nouveau chapitre XII, un arbitrage accéléré pour les parties, possible même en cours d'instance. En cas d'arbitrage accéléré, une réunion entre les parties et les arbitres devra intervenir dans les 30 jours et les documents ne devront pas dépasser deux cent pages, afin qu'ils puissent être produits dans un délai de soixante jours par les parties et dans un délai de quarante jours pour les demandes en répliques. L'audience devra ensuite se tenir dans les 60 jours et la sentence être rendue dans les 120 jours. De plus, la règle 76 (1) énonce que le tribunal pourra être à juge unique. La réduction des coûts serait alors conséquente[329].

§2 : La nécessité de lutter contre les conséquences de l'impécuniosité

109. S'il est bien heureux pour les investisseurs de se saisir d'une offre publique d'arbitrage, encore faut-il qu'ils aient la capacité financière de se lancer dans une procédure d'arbitrage contre un Etat et de la mener à son terme. Autrement, l'offre publique d'arbitrage serait vidée de tout son contenu. Certains argueront du fait qu'en acceptant l'offre publique d'arbitrage, les investisseurs ont estimé disposer des moyens financiers suffisants pour mener l'action arbitrage à son dénouement et qu'en cas contraire, ils n'auraient pas accepté cette offre. L'argent serait quelque chose que l'on est censé avoir[330]. En réalité, l'impécuniosité d'une partie est parfois impromptue et pourrait bloquer la poursuite de l'instance arbitrale et rendre ineffective une offre publique d'arbitrage, en l'absence de recours à un tiers financeur. Dans une pareille situation et pour éluder tout risque de déni de justice, des solutions doivent être apportées.

[329] A. DE NANTEUIL, « Reform of ICSID Arbitration Rules », *IBLJ* 2022, vol. 5, p. 557-560.

[330] L. LEVY, « Insolvency in Arbitration -Swiss Law », *in Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements ?*, Peter Lang Publishing, 2005, p. 87-91.

110. Le droit français a adopté une politique de faveur envers l'arbitrage international, comme en témoigne la règle matérielle d'arbitrabilité du litige[331] ou encore l'effet négatif du principe de compétence-compétence[332]. Ce régime de faveur touche également le cas de l'impécuniosité d'une partie au litige, autrement dit la situation de défaillance financière dans laquelle une partie se trouve. L'impécuniosité d'une partie ne doit pas suffire à remettre en cause une convention d'arbitrage. Par équivalence, une offre publique d'arbitrage acceptée par un investisseur privé étranger ne devrait pas devenir invalide ou inapplicable *per se* du seul fait de l'impécuniosité de l'investisseur. L'investisseur est la partie la plus susceptible de souffrir de l'impécuniosité et l'accès à l'arbitrage doit lui être garanti. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu en 2021, a considéré que l'impécuniosité n'était pas de nature à faire échec au principe de compétence-compétence. Autrement dit, « l'impécuniosité ne constitue pas un critère de nature à caractériser l'inapplicabilité manifeste d'une clause compromissoire et, il revient aux acteurs de l'arbitrage d'écarter tout risque de déni de justice face à un plaideur aux moyens financiers limités ». Une différence est à rapporter par rapport au célèbre arrêt Lola Fleur[333], car dans l'arrêt Lola Fleur, il revenait au tribunal arbitral de permettre l'accès au juge, alors que dans cet arrêt rendu en 2021, c'est aux acteurs de l'arbitrage d'éviter tout risque de déni de justice. Par « acteurs de l'arbitrage », il peut s'agir des parties, de l'institution d'arbitrage, etc.

111. A l'inverse, les juridictions allemandes accordent classiquement, en arbitrage interne, un droit et un choix pour chaque partie de mettre un terme à un accord d'arbitrage en cas d'impécuniosité de l'une des parties[334]. Plus fermement, la Bundesgerichtshof a estimé qu'en cas d'impécuniosité de l'une des parties au litige, l'accord d'arbitrage ne peut plus être exécuté, de sorte qu'il n'est même pas besoin de demander

---

[331] Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Rev. arb*. 1999.260, note PH. FOUCHARD ; *D*. 1999.31 ; *Rev. crit. DIP* 1999.546, note D. BUREAU ; *RTD com*. 1999.380, obs. E. LOQUIN.

[332] Cf E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », *in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999. Cf R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, n° 232.

[333] CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 26 février 2013, n° 12/12953, *Rev. arb*. 2013.746, note F-X. TRAIN.

[334] R. SCHÜTZE et R. THÜMMEL, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, NJW PRAXIS, 2021, Sektion 244-248.

son extinction[335]. En arbitrage international, la position allemande ne devrait pas prospérer. Dans un arbitrage international, donner le plus grand des effets à l'accord d'arbitrage semble être prioritaire. Autrement, il suffirait pour l'une des parties de provoquer l'impécuniosité de l'autre partie ou de provoquer sa propre impécuniosité, afin de rendre l'accord d'arbitrage invalide ou inapplicable et s'extirper d'une procédure arbitrale pourtant valablement enclenchée. Le tribunal arbitral doit protéger la partie impécunieuse, en veillant notamment à la rapidité de la procédure arbitrale, en s'interrogeant sur l'utilité de recueillir tel ou tel témoignage, même si la pratique témoigne de la difficulté d'accompagner la partie impécunieuse jusqu'au bout de l'instance.

Conclusion sous-section II : Confrontés aux coûts conséquents des procédures arbitrales, les investisseurs sont ceux qui pâtissent le plus des déséquilibres à l'instance. Parfois démunis de fonds financiers suffisants, les investisseurs se trouvent affaiblis dans la poursuite de la procédure. Dès lors, des moyens de soutien ont été édifiés, par l'approche du tiers financeur, ou proposés, par le biais de l'aide arbitrale, afin de rééquilibrer une approche patrimoniale défavorable aux investisseurs. De surcroît, des Etats ont adopté des législations spécifiques pour lutter contre les conséquences de l'impécuniosité, afin de garantir aux investisseurs l'accès et la poursuite de l'arbitrage.

Conclusion section I : Le consentement dissocié des Etats est un consentement concret par lequel ces derniers consentent à pouvoir être attirés devant des juridictions privées. Pour se prémunir d'une multitude d'actions arbitrales enclenchées à son encontre, les Etats peuvent réduire la portée de leurs offres d'arbitrage. De plus et si, par cette offre, les Etats laissent toute maîtrise de l'enclenchement d'une instance arbitrale à l'investisseur, ce dernier n'ayant qu'à accepter cette offre pour démarrer l'arbitrage, ils restent des acteurs premiers du procès arbitral. Les Etats ne sont donc pas démunis de garanties procédurales et peuvent même éluder toute tentative de double assignation, par le jeu des clauses « fork-in-the-road ». Ainsi, l'équilibre des forces à l'arbitrage d'investissement n'est pas rompu et, si les Etats ont parfois été défavorisés par certains aspects procéduraux, les investisseurs l'ont été patrimonialement.

[335] BGH, décision du 14 septembre 2000, *NJW* 2000.3720.

D'ailleurs, les défaillances procédurales des Etats dépendent essentiellement du maintien en l'état des offres publiques d'arbitrage, érigeant un droit d'action exclusif au profit des investisseurs. Procéduralement, le concept de partie faible ne permet pas de légitimer les critiques à l'encontre de l'arbitrage d'investissement, tout comme ce ne sont pas les manques prétendus de garanties à l'instance qui justifieraient sa mise à l'écart.

Section II : Des récusations de probité injustes

Les obligations d'indépendance et d'impartialité sont les propres de toute justice. Platon racontait d'ailleurs que Socrate décrivait les responsabilités d'un juge de cette façon : « Juger de quatre choses : entendre courtoisement, répondre avec sagesse, réfléchir sobrement et décider en toute impartialité »[336] (Sous-Section I). Les parties exigent d'un arbitrage des garanties de neutralité et seront d'autant plus enclines à respecter les sentences qu'elles auront la certitude que les arbitres se seront astreints à de stricts devoirs d'indépendance et d'impartialité, indispensables à la fonction même de juger. Le respect de ces devoirs est injustement contesté. S'il s'agit là de devoirs déjà consacrés, l'arbitrage d'investissement n'a toutefois pas échappé aux voix contestataires sur la légitimité et la transparence de la procédure. Des efforts supplémentaires ont été envisagés, afin de rendre à l'arbitrage d'investissement toutes ses lettres de noblesse (Sous-Section II).

Sous-Section I : L'indépendance et l'impartialité des arbitres

Les tribunaux arbitraux s'astreignent à assurer aux parties une sentence rendue en toute indépendance et en toute impartialité. Pour ce faire, les arbitres s'engagent à mettre en jeu leur responsabilité pour tout

[336] F.P. ADAM, *FPA Book of Quotations,* Funk & Wagnalls, 1952, p. 466.

manquement relatif leur probité (§1). En outre, plusieurs garanties sont susceptibles de rassurer les parties à l'arbitrage d'investissement et rendent l'instance transparente (§2).

§1 : Des exigences fondamentales pour des arbitres responsables

S'il n'est pas aisé de définir ce que sont les devoirs d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre, des définitions ont été proposées (1) et des mécanismes probatoires adjoints à leur manquement et apposés à la mise en œuvre de sa responsabilité (2).

1) Définitions

112. Longtemps, le droit français de l'arbitrage n'avait pas caché ses difficultés en renonçant à se référer expressément à ces deux termes, indépendance et impartialité, privilégiant les notions de « causes de récusation ». Il convient de souligner que, dans les versions anglaises et françaises de la convention CIRDI, il n'a jamais été fait référence au terme « impartialité ». L'article 14(1) de la Convention CIRDI dispose que « les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être dotées d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière, et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions … »[337]. Seule la version espagnole a semblé faire exception, en disposant que « (l)es personnes désignées pour figurer sur les listes doivent (...) avoir pleinement confiance en leur impartialité de jugement ». Pour autant, en dépit de ce silence dans les versions anglaises et françaises de la Convention CIRDI, les arbitres se sont toujours soumis au devoir d'impartialité. En ce sens, un arbitre n'avait pas hésité à déclarer, à la suite d'une demande de récusation, qu' « (il) ne souhaite pas commenter le bien-fondé de la proposition, mais déclarer qu'(il a) toujours considéré qu'il était de (s)on devoir en tant qu'arbitre d'être impartial et d'exercer un

[337] Cf Y. PATIL, « Norms for the disqualification of arbitrators under the international centre for settlement of investment disputes convention », *Supremo Amicus* 2022, vol. 28, p. 631.

jugement indépendant et qu'(il) entend respecter ce devoir dans ces arbitrages comme dans tous les autres dans lequel (il) sert »[338].

113. La jurisprudence a eu un rôle essentiel dans la détermination de la double exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres. La Cour d'appel de Paris a énoncé, dans un arrêt Tesco c. Neoelectra du 10 mars 2011, que les « qualités d'impartialité et d'indépendance (sont) l'essence même de la fonction arbitrale »[339]. La Chambre civile de la Cour de cassation s'est expressément référée à « l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre »[340]. Jusqu'à très récemment, le droit français visait expressément les devoirs d'indépendance et d'impartialité des arbitres, mais sans les définir plus particulièrement[341].

114. La doctrine majoritaire contemporaine tend à entendre séparément les obligations d'indépendance et d'impartialité des arbitres. L'indépendance couvrirait une réalité objective de non-dépendance des arbitres à l'égard des parties au litige. L'arbitre ne doit pas être placé dans une position de dépendance vis-à-vis d'une partie, qu'il s'agisse d'une dépendance financière, morale ou psychologique. L'impartialité couvrirait une réalité subjective, un état d'esprit plus délicat à prouver que le défaut d'indépendance. L'indépendance d'un arbitre couvrant une réalité objective, elle s'apprécie plus strictement en s'attachant

---

[338] Résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

[339] CA Paris, 10 mars 2011, *Tesco c. Neoelectra*, n° 09/28540, *Cah. arb.* 2011-3, p. 787, note M. HENRY, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs ».

[340] Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *D.* 2014. 1985 ; *ibid*. 1967, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid*. 1981, avis P. CHEVALIER ; *ibid*. 1986, note B. LE BARS ; *ibid*. 2541, obs. T. CLAY ; *JCP* 2014.1278, obs. T. CLAY ; *ibid.* Doctr. 857, § 4, obs. CH. SERAGLINI ; *ibid.* 2014. Doctr. 977, § 9, obs. C. NOURISSAT ; *LPA* 2014, n° 215, p. 5, obs. M. HENRY ; *Cah. arb.* 2014.547, note Th. CLAY ; *Rev. arb*. 2015.85, note J.-J. ARNALDEZ et A. MEZGHANI, *Petites Affiches*, 28 octobre 2014, note M. HENRY, « Affaire Tecnimont : de la défense de l'orthodoxie » ; TH. CLAY, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », *Cah. arb.* 2014-3, p. 547.

[341] L'article 1456 du Code de procédure civile, issu du décret du 13 janvier 2011, dispose que l'arbitre est amené à révéler « toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ».

davantage aux apparences qu'aux intentions. M. Henry a proposé de recourir à une voie médiane, d'objectivisme tempéré de subjectivisme[342]. Cette vision consisterait à constater de manière objective l'existence d'une circonstance discriminante au respect de l'indépendance de l'arbitre, mais de confronter cette existence à l'intention et à la bonne foi de l'arbitre. Un arbitre peut avoir des liens avec l'une des parties laissant présupposer d'une atteinte à son devoir d'indépendance, tout en rendant une sentence parfaitement impartiale et de bonne foi. En réalité, si ces deux notions sont proches, des différences subsistent. Dans de récents arrêts, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'indépendance procède « d'une approche objective consistant à caractériser des facteurs précis et vérifiables externes à l'arbitre, susceptibles d'affecter sa liberté de jugement, tels que des liens personnels, professionnels et/ou économiques avec l'une des parties ». L'impartialité, quant à elle, suppose « l'absence de préjugés ou de partis pris susceptibles d'affecter le jugement de l'arbitre, lesquels peuvent résulter de multiples facteurs tels que la nationalité de l'arbitre, son environnement social, culturel ou juridique »[343].

Si, en droit anglais, les parties peuvent, à l'avance, écarter le devoir d'indépendance de l'arbitre, elles ne peuvent pas écarter l'impartialité qui est d'ordre public[344].

115. Généralement, un tribunal arbitral en matière d'arbitrage d'investissement, se compose de trois arbitres. Un premier arbitre désigné par l'investisseur privé étranger ; un second désigné par l'Etat d'ac-

---

[342] M. HENRY *préc.*, note sous *Tesco* et *Tecnimont*. Cf également M. HENRY, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », note sous CA Paris, 9 septembre 2010, *LPA*, 21 février 2011, p. 6. Du même auteur, cf « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », note sous CA Paris 10 mars 2011, *Cah. arb*. 1er juillet 2011, n° 3, p. 787 et « Portée du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », note sous Cour Suprême de Suède, 19 décembre 2007, *LPA*, 3 octobre 2008, n° 199, *Chronique de droit de l'arbitrage* n° 3, p. 7-15. Enfin, cf du même auteur, note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb*. 2005, n° 3, p. 720-736 et *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGDJ, 2001.

[343] CA Paris, 8 juin 2021, arrêt *Aurier*, n° 19/02245. Cf également l'arrêt *NHA* (CA Paris, 14 septembre 2021, n° 19/16071). Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D*. 2021.

[344] Cf Arbitration Act of 1996, section 23 (5) (b), faisant référence au « non waivable requirement of impartiality ». Cf D. MATRAY et J. VAN DEN BERG, « L'indépendance et l'impartiailité de l'arbitre », *in L'arbitre : pouvoirs et statuts, Acte du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 99.

cueil ; un troisième désigné par les deux arbitres choisis par les parties. Les opposants à l'arbitrage d'investissement arguent du fait que les arbitres désignés par les parties ne pourront pas mettre de côté la confiance que leur accorde la partie qui les désigne. Un sentiment de reconnaissance habiterait automatiquement un arbitre directement désigné par une partie et son impartialité, son état d'esprit, serait affecté. Dès lors, il conviendrait de n'exiger qu'une condition d'indépendance à l'arbitrage d'investissement. Pour autant, là n'est pas la solution idoine. Il convient de combattre l'idée qu'un arbitre directement désigné par une partie serait partial. Un arbitre n'est pas le mandataire des parties, ni un « arbitre-partisan »[345]. Une partie ne désigne pas « son » arbitre mais « un » arbitre. Certes, lorsqu'un arbitre est directement désigné par une partie, il peut montrer une part de reconnaissance consistant à veiller à ce que les prétentions de cette partie soient suffisamment entendues à l'instance arbitrale et débattues en cours de délibéré, mais ce sans jamais prendre parti en faveur de celles-ci.

2) La disqualification de l'arbitre responsable

116. Mécanisme probatoire. En pratique, il n'y a jamais eu de cas de corruption alléguée contre un arbitre au cours d'un arbitrage d'investissement, alors qu'il y en a eu concernant des juges étatiques permanents. Les arbitres ne succombent ni à la corruption active, ni à la corruption passive et sont suffisamment professionnels pour ne pas s'y laisser tenter. Jusqu'en 2012, seule une destitution pour défaut d'indépendance et d'impartialité sur quarante invoquées a été accordée[346]. En 2015, sur soixante demandes de récusation d'arbitres pour manque d'indépendance et d'impartialité, seules cinq ont été retenues par la Cour de la CCI, soit 8,33 % d'entre elles[347]. Certes ces dernières années, un constat tend à l'accroissement des demandes en disqualification des arbitres basées sur de tels fondements. Au 30 juin

[345] *Ibid*.

[346] B. VASANI et SH. PALMER, « Challenges and Disqualification of Arbitrators at ICSID : A New Dawn ? », *ICSID Rev*. 2015, vol. 30, n° 1, p. 195. Cf sent. CIRDI, 12 novembre 2013, *Blue Bank International & Trust 'Barbados Ltd c. République du Venezuela*, aff. n° ARB/12/20.

[347] Rapport statistique CCI 2014, *ICC Dispute Resolution Bulletin* 2015/No.1, 2015. Cf « Durée et coûts d'une procédure d'arbitrage international : le contrôle des coûts en amont », *Squire Patton Boggs*, 10 juin 2016.

2014, 473 affaires ont été enregistrées devant le CIRDI et parmi celles-ci, soixante-huit arbitres ont été sujets à une action arbitrale remettant en cause leur indépendance et leur impartialité[348]. La méfiance grandie, mais s'il y a toujours aussi peu de sentences arbitrales concluant aux défauts d'indépendance et d'impartialité des arbitres, c'est parce que ces défauts ne sont pas justifiés et délicats à démontrer.

117. D'une part, lorsque des manquements aux devoirs d'indépendance et d'impartialité sont invoqués contre un arbitre dans une procédure CIRDI, il reviendra aux deux autres arbitres constituant le tribunal arbitral de statuer sur ces prétendus faits. Puisque le monde des arbitres est petit, il ne serait pas surprenant que les arbitres partagent entre eux des relations professionnelles voire amicales qu'ils désireraient entretenir. C'est pourquoi il conviendrait de rendre perpétuel la direction prise par les Règles de la CNUDCI en 2010, énonçant que les demandes visant à remettre en question l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre ne seront pas tranchées par les deux arbitres restants, mais par une autorité désignée. En ce sens, dans l'affaire Vito G. Gallo c. Canada, régie par les Règles de la CNUDCI en 2009, il était question d'un investisseur remettant en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre désigné par l'Etat[349]. Cette question avait été traitée par le Secrétaire général adjoint, agissant comme Autorité désignée.

118. D'autre part, pour exiger la disqualification d'un arbitre dans une procédure CIRDI, l'article 57 de la Convention CIRDI exige un « manquement manifeste » d'indépendance et d'impartialité. Les man-

[348] Rapport statistiques CCI 2014 (Issue 2014-2), p. 7 et cf K. DAELE, « Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration », *in Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 455-461.

[349] *Vito G. Gallo c. Canada*, NAFTA/UNCITRAL, Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC (14 octobre 2009).

quements aux devoirs d'indépendance et d'impartialité doivent être hautement probables et pas simplement possibles[350], même si, parfois, des « doutes raisonnables » ont suffi à caractériser de tels manquements[351]. En pratique, l'apparence de dépendance et de partialité est suffisante à remettre en cause un arbitre. En réalité, l'indépendance et l'impartialité des arbitres sont des devoirs qui sont appréciés au cas par cas. Les listes de l'IBA (international bar association) peuvent être utiles[352]. Certaines circonstances appartiennent à une liste rouge et sont considérées comme automatiquement discriminantes, de manière purement objective. D'autres circonstances appartiennent à une liste orange et sont susceptibles (et donc pas de manière automatique) de créer des doutes légitimes dans l'esprit des parties. Enfin, d'autres circonstances appartiennent à une liste verte et sont considérées comme étant objectivement non discriminantes[353].

119. Des arbitres responsables. Les arbitres ne sont pas des juges irresponsables, mais des « juges contractants ». La mauvaise exécution du contrat d'arbitre engage la responsabilité de l'arbitre[354].

---

[350] DC, 25 septembre. 1983, n° 46, décision non publiée mais citée par W. TUPMAN, « Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration », *ICLQ* 1989.44.

[351] « Les circonstances effectivement établies (et non simplement supposées ou inférées) doivent nier ou faire clairement peser le doute sur l'impartialité. Si les faits pouvaient faire naître un doute raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre ou du membre, l'apparence de sécurité pour les parties disparaîtrait et une contestation de l'une ou l'autre des parties devrait être accueillie » (sent. CIRDI, 3 octobre 2001, *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/97/3, § 25). Cf également sent. CIRDI Perenco c. République d'Equateur *préc*., et cf F. CAMPOLIETI et N. LAWN, « Perenco v. Ecuador: Was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention? », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 janvier 2010.

[352] Lignes Directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, approuvées le 22 mai 2014.

[353] C. LEMARIE, « Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international devant le juge anglais : décision de la High Court of Justice, W Limited v M Sdn Ghb », note sous High Court [2016] *EWHC* 422 (Comm.), Cah. arb. 2016, n° 4, p. 961.

[354] C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence CA Paris, 12 octobre 1995, *Raoul Duval, Rev. arb*. 1999.324, note Ph. FOUCHARD.

120. La partie voyant ses prétentions être rejetées par un tribunal arbitral cherche, de plus en plus, à obtenir une satisfaction indirecte en tentant de faire condamner un arbitre pour bénéficier d'une indemnisation[355]. Or, ce n'est pas parce que le levier de la responsabilité de l'arbitre existe que les parties sont invitées à l'actionner à outrance. Il convient de ne pas exacerber la responsabilité des arbitres, afin de garantir l'effectivité du principe de l'indépendance de la justice arbitrale. C'est pourquoi, si les arbitres sont responsables, ils sont aussi immunisés dans la majorité des législations nationales, pour leur permettre de rendre un arbitrage serein. Le droit anglais et le droit américain accordent notamment aux arbitres une immunité presque absolue, en assimilant leurs fonctions à des fonctions plus judicaires que conventionnelles[356]. En droit français, les arbitres sont immunisés contre le mal-jugé, c'est-à-dire contre les fautes commises dans ce qui a été jugé et se rattachant au fond de la sentence. Dans l'arrêt Bompard rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, l'arbitre pouvait engager sa responsabilité dès lors qu'était caractérisée une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une fraude, d'une faute lourde ou d'un déni de justice[357]. En l'espèce, l'une des parties reprochait aux arbitres d'avoir violé le principe de l'autorité de la chose jugée et estimait que les arbitres, contractuellement liés aux parties et investis d'aucune fonction publique, étaient soumis à une responsabilité contractuelle de droit commun. La Cour de cassation a rejeté cette vision et a considéré que l'arbitre était immunisé dans l'exercice de ses activités juridictionnelles.

121. Le contrat d'arbitre liant les parties à l'arbitre peut contenir une clause limitative ou élusive de responsabilité, du fait de la liberté contractuelle. Il convient toutefois de relativiser la portée des clauses

---

[355] Par exemple, la corruption des arbitres est strictement sanctionnée. Les faits de corruption ont été étendus au domaine de l'arbitrage au sein du Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption du 15 mai 2003.

[356] Cf TH. SAINT-LOUBERT-BIE, « Une analyse comparée de l'immunité de l'arbitre : commentaire de l'Arbitration Act 1996 Section 29 à la lumière du droit français », *MBDE / Arbitrage et ADR*, 2011 ; H-L. YU « Independence, impartiality and immunity of arbitrators - US and English perspectives », *International & Comparative Law Quarterly* 2003, p. 935-966 ; S. D. FRANCK, « The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity », *NYL Sch.J. Int'l & Comp. L.* 2000, vol. 1 ; CH. HAUSMANINGER, « Civil Liability of Arbitrators – Comparative Analysis and Proposals for Reform », *J. Int. Arbitr*. 1990, vol. 7 ; R. NOLAN R. ABRAMS, « Arbitral Immunity », *Ind. Relat. Law J*. 1989, vol. 11.

[357] Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Bompard, n° 11-17.196, *JCP E* 2014.1430, note J. ORTSCHEIDT et *JCP G* 2014.255, note E. LOQUIN ; *D.* 2014.219, note X. DELPECH ; *D.* 2014, note TH. CLAY ; *Cah. arb*. 1er juin 2014.299, note L. AYNES.

limitatives ou élusives de responsabilité dans les contrats d'arbitre, car, en droit français, sera réputée non écrite la clause qui aura pour effet de vider la substance ou de contredire la portée de l'obligation essentielle découlant d'un contrat. Indéniablement, les obligations essentielles des arbitres sont celles ayant trait à leurs devoirs d'indépendance, d'impartialité, de révélation, de sincérité …[358] Une obligation naturelle d'indépendance et d'impartialité pèse sur les arbitres, de sorte que ce devoir moral indépendant de toute loi nationale doit s'appliquer en tant que tel. L'arbitrage d'investissement est critiqué pour le manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres, alors même que les parties ne peuvent pas réellement aménager ces deux exigences. L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont pas de simples engagements contractuels pour lesquels les parties seraient disposés à en prévoir des limitations. Ces devoirs sont inhérents à la fonction de juger des arbitres[359] et dépassent le cadre de simples engagements contractuels, ils lévitent au-dessus du contrat et ne sont pas atteignables par celui-ci. De plus, la clause limitative ou élusive de responsabilité ne peut pas jouer en cas de faute qualifiée d'un arbitre, c'est-à-dire en cas de faute intentionnelle, d'un dol ou d'une faute lourde. En définitive, la responsabilité des arbitres demeure consacrée ; même si la mise en jeu de celle-ci ne signifie pas que le juge étatique aura à réexaminer le fond du litige afin de vérifier si l'arbitre l'a bien jugé. L'action en responsabilité ne se transforme pas en une action en révision de la sentence arbitrale par le juge étatique.

122. Si les arbitres sont astreints à de stricts devoirs d'indépendance et d'impartialité, « aucun arbitre et, plus généralement, aucun être humain d'un certain âge n'est, en termes absolus, indépendant et impartial. En termes simples, chaque personne exprime des idées et des opinions sur la base de son éducation et de ses expériences morales, culturelles et professionnelles. Ce qui est requis, lorsqu'il s'agit de rendre un jugement dans un litige, est la capacité d'examiner et d'évaluer le fond de chaque affaire, sans s'appuyer

[358] La Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt *Faurecia I* rendu le 13 février 2007, déclara alors qu'une clause limitative ou élusive de responsabilité est illicite du seul fait qu'elle porte sur une obligation essentielle. Cependant, dans un arrêt *Faurecia II* de la même Chambre, la Cour de cassation estima qu'une telle clause n'est pas illicite du seul fait qu'elle porte sur une obligation essentielle, mais seulement si elle vide de sa substance ou contredit la portée de cette obligation (Cass. com. 13 février 2007, n° 05-17.407).

[359] Cass. com. 13 avril 1972, *Ury*, *Rev. arb*. 1975.235, note E. LOQUIN.

sur des facteurs n'ayant aucun lien avec ce fond »[360]. En définitive, ce n'est pas parce qu'un arbitre partage les positions d'une partie, qu'il y a nécessairement un défaut d'indépendance et d'impartialité. Comme l'a souligné le Professeur Serge Lazareff, « (s)ur la plupart des arbitres dits 'professionnels' il y a peu à écrire. Fidèles à leur éthique, connaissant et appliquant les procédures choisies par les parties, respectueux de leurs collègues, ils constituent l'immense majorité silencieuse »[361].

Nonobstant, si des pressions sur les arbitres existent, ces derniers savent s'en dissocier et respecter leurs devoirs d'indépendance et d'impartialité à l'égard des parties et de leurs conseils, pour rendre une sentence en toute neutralité.

§2 : Une instance transparente

L'arbitrage d'investissement est une justice qui intervient en lieu et place de systèmes judiciaires et qui offre des garanties de probité parfois supérieures à ces derniers (1). Par ailleurs, le fait que l'arbitrage d'investissement suscite autant de critiques témoigne, d'une certaine façon, de son succès. Sa pratique est devenue incontournable et il est compréhensible que les attentes à son égard se soient accrues et aient engendré de nouvelles exigences. Or, des garanties conséquentes peuvent déjà été relevées pour la transparence de la justice arbitrale en matière d'investissement (2).

[360] Sent. CIRDI, *Urbaser S.A c. République d'Argentine*., aff. n° ARB/07/26, 8 décembre 2061, § 40.

[361] S. LAZAREFF, « L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage » , *in Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, p. 477.

1) Des garanties de neutralité l'emportant sur celles de justices étatiques

123. Estimer que l'arbitrage d'investissement n'est légitime que lorsqu'il permet d'échapper aux systèmes juridiques défaillants, mais illégitime lorsqu'il permet de contourner des systèmes juridiques fiables part d'une approche inélégante et scabreuse. Cet argument est fréquent chez les opposants à l'arbitrage d'investissement. Ainsi et avant l'arrivée du Mexique dans l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Canada ne prévoyait pas d'arbitrage d'investissement, du fait d'une présomption acquise de l'indépendance et de l'impartialité des justices américaines et canadiennes. Ce n'est qu'à partir de l'inclusion de l'Etat mexicain, pays encore en développement, au sein de l'ALENA que l'arbitrage a été édicté. Dans le même sens, la question de la nécessité de l'arbitrage international en matière d'investissement, au sein des traités TTIP ou du CETA, a posé interrogation, puisque les Parties à l'accord (Etats-Unis pour le TTIP, Canada pour le CETA, et Union européenne pour les deux accords) ont un système judiciaire réputé pour être efficace et fonctionnel. Pour autant, même la justice de pays développés est crainte des opérateurs internationaux. La justice américaine est susceptible d'effrayer les investisseurs étrangers. Pour s'en convaincre, il suffit de faire mention des jurys présents dans les procès relatifs aux différends commerciaux et n'inspirant pas la confiance des investisseurs européens. De plus, le processus de sélection des juges fédéraux aux Etats-Unis est éminemment politique, car ils sont nommés par le Président. Les juges d'Etats peuvent eux être élus, nommés ou encore être sélectionnés « au mérite »[362]. Enfin et à titre d'illustration, la discrimination en faveur d'entreprises locales est autorisée, en application de la législation des Etats-Unis. Par conséquent, même une justice aussi renommée que celle des Etats-Unis peut être remise en cause pour manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité[363]. De même, la justice française avait été regardée avec méfiance par les investisseurs américains. Dans l'affaire Eurodisney[364], c'était pour échapper au système

[362] J. DARBY, « Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux Etats-Unis d'Amérique », *RIDC*, vol. 55, n° 2, avril-juin 2003, p. 351-362 et spéc. p. 359.

[363] Affaire Loewen *préc.* Le tribunal arbitral a souligné que « le procès dans son ensemble et le verdict qui en a résulté étaient clairement inappropriés et ne pouvaient être mis en parallèle avec les normes minimales du droit international et un traitement juste et équitable » (§ 137).

[364] CE, avis, 6 mars 1986, Eurodisneyland, *EDCE*, 1987, n° 38, p. 178.

juridique français, pourtant en apparence assis, et aux risques de partialité, de dépendance et de défaut de neutralité, que les investisseurs avaient souhaité obtenir la compétence des tribunaux arbitraux. Au classement de la justice en Europe, la France n'était que quatorzième sur vingt-huit en 2016.

124. Hiérarchiser les systèmes judiciaires nationaux selon leur robustesse serait une tâche incertaine. Sur quels critères un système judiciaire interne pourrait-il être qualifié de défaillant ? Faudrait-il établir un système de points et de notation des systèmes judiciaires de chaque Etat ? La Commission européenne publie régulièrement un tableau de bord dans lequel elle opère une analyse comparative des systèmes judiciaires des vingt-huit Etats membres de l'Union européenne et, il en ressort qu'il existe des différences indéniables entre eux. Certains systèmes judiciaires facilitent l'accès à la justice pour les investisseurs étrangers plus que d'autres. La justice n'est pas la même dans tous les Etats membres. Les justices étatiques sont historiquement au service du politique et souvent dépendantes du pouvoir exécutif en place. L'indépendance de la justice étatique dans certains pays de l'Europe de l'Est pose question. En Pologne par exemple, le gouvernement dirigé par le parti conservateur Droit et Justice a récemment mis la main sur le système judiciaire, en ordonnant la nomination des juges étatiques par le Parlement (détenu à la majorité par le gouvernement) et par le ministre de la justice (**cf infra n. 184 et s.**).

125. Dès lors, les investisseurs privés européens peuvent craindre de se retrouver devant le système judiciaire américain tout comme les investisseurs privés américains peuvent craindre d'avoir à affronter certains systèmes judiciaires européens[365], d'où la nécessité de prévoir un mécanisme d'arbitrage international en matière d'investissement même entre Etats développés. La justice étatique est aussi histoire de culture et, il peut être bien délicat pour un investisseur privé étranger ou pour tout plaideur étranger de s'y confronter. L'arbitrage international en matière d'investissement offre la neutralité aux parties.

[365] Cf K. DAM, « The Judiciary and Economic Development », *U. Chicago Law & Economics, Online Working Paper*, 2006, n° 287.

126. Il est infondé de supposer qu'un juge professionnel serait plus sain et saint qu'un arbitre et que la libéralité de la justice, caractérisée par l'arbitrage privé, serait une forme pernicieuse de justice. Les juges nationaux sont des employés de l'Etat et ils ne baignent pas toujours dans des Etats de droit et voient parfois leur mission se limiter à appliquer les règles édictées par les pouvoirs exécutifs et législatifs. La justice n'a pas à être le monopole des tribunaux étatiques. D'ailleurs, la naissance de l'arbitrage international en matière d'investissement coïncidait avec l'inefficacité des tribunaux nationaux en la matière. Un lien ne peut être opéré entre le pourcentage de réussite des prétentions des investisseurs devant l'arbitrage et l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Ce n'est pas parce que des investisseurs ont remporté plusieurs arbitrages que systématiquement, le tribunal arbitral a été dépendant et partial. Il convient plutôt de se demander si les investisseurs ont remporté les arbitrages qu'ils auraient dû. Et dans une société de plus en plus contentieuse, la responsabilité des arbitres n'est pas ignorée, témoignant d'une justice entièrement responsable.

2) Les gages à la transparence

Le droit international français de l'arbitrage ne reconnait pas l'existence d'une présomption de confidentialité, à la différence de l'arbitrage interne. La partie décidée à obtenir une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage doit « s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage international quelle que soit la nature de l'arbitrage »[366]. Il revient, en matière d'arbitrage international, aux parties de s'accorder sur l'existence d'un devoir de confidentialité ou de faire référence à un règlement d'arbitrage imposant le respect de la confidentialité. A ce propos, il convient de ne pas comparer avec trop de véhémence l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement. La confidentialité se justifie dans l'arbitrage commercial par le fait qu'elle n'a d'effet véritable que sur les parties. Elle se défend moins dans l'arbitrage d'investissement. Les citoyens ont un droit de savoir, un droit de connaître les litiges dirigés contre leurs Etats, puisque sont mises en cause

[366] CA Paris, 22 janvier 2004, *Société National Company for Fishing and Marketing Nafimco c. Société Foster Wheeler Trading Company AG, Rev. arb.* 2004.657-664, note E. LOQUIN.

des ressources publiques. Si le fait que les arbitres tranchent un différend commercial à huis-clos « ne heurte pas les principes fondamentaux de la Justice »[367], le constat n'est pas le même pour l'arbitrage d'investissement. Les litiges présentés à l'arbitrage d'investissement ont trait à l'intérêt public (l'Etat étant forcément partie au litige).

Le Professeur Gérard Cornu définit le mot « confidentiel » comme ce « qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; qui est livré par écrit ou oralement sous le sceau du secret (en confiance et en confidence) » ou « qui doit être accompli en secret »[368]. Le caractère opaque de l'arbitrage d'investissement suscite des suspicions chez ses opposants. C'est ignorer les exigences de transparence. L'arbitrage d'investissement n'échappe plus à la publicité des sentences et, les arbitres sont moins enclins à se réfugier derrière des obligations de confidentialité pour masquer les troubles de leurs sentences (a). De plus, par la non-permanence des arbitres (c) et par l'essor des opinions dissidentes (b), l'arbitrage d'investissement offre de réelles garanties.

a. La publicité des sentences

127. En 2001, la Commission du libre-échange de l'ALENA avait publié une note d'interprétation dans laquelle elle énonçait qu' « aucune disposition de l'ALENA » n'oblige à une confidentialité poussée empêchant toute publicité des documents et des pièces. Pour toujours plus de transparence, en 2004, le Secrétariat du CIRDI a fait des projets visant à exiger des audiences publiques pour lesquelles le consentement des deux parties à celles-ci ne serait pas obligatoire. L'organisation des Nations-Unies (ONU) avait adopté, le 17 mars 2015, la Convention de Maurice sur la transparence en matière d'arbitrage entre

[367] N. BLACKABY, « Public Interest and Investment Treaty Arbitration », *Investment Treaties and Arbitration, Association suisse de l'arbitrage,* Conférence tenue à Zurich le 25 janvier 2002. Cf OCDE, « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *OCDE* 2005, p. 4.

[368] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022.

investisseurs étrangers et Etats hôtes. L'ONU a rappelé que la transparence est indispensable à l'harmonie et à l'efficacité de l'arbitrage international. La Convention de Maurice a consacré des audiences publiques, pour allier l'arbitrage d'investissement à un esprit plus démocratique. « (L)à où il n'y a pas de publicité il n'y a pas de justice »[369]. L'instance dans l'arbitrage d'investissement est, désormais, très publicisée. D'une part, la transparence démarre dès l'introduction de la demande d'arbitrage. Depuis la Convention de Maurice sur la transparence, les parties voient leur nom, le traité d'investissement en question et le secteur économique en cause être dévoilés dès cette première étape. D'autre part, au cours de la procédure d'arbitrage proprement dite, le public a accès à la demande d'arbitrage, aux prétentions adverses, aux différents mémoires en demande et en défense, à la liste des pièces qui auront été produites au cours de l'instance. Enfin, la sentence partielle ou finale est publiée et, ainsi, mise à la connaissance du public.

128. De plus en plus de traités d'investissement ont prévu une meilleure place à la transparence dans l'arbitrage international en matière d'investissements. En ce sens, l'article 26 du Chapitre 11 de l'ASEAN (Australia-New Zealand Free Trade Agreement) dispose que « la partie contestante peut rendre publiques toutes les sentences et décisions rendues par le tribunal ». Certes, si le verbe « peut » laisse à penser que ce n'est qu'une faculté, il s'agit d'un pas en avant qui mérite d'être souligné. De même, le NAFTA (North America Free Trade Agreement) (ou ALENA, Accord de libre-échange nord-américain) contient plusieurs mesures de transparence. Son article 1126 (13) énonce que le Secrétariat du NAFTA « doit tenir un registre public » des requêtes d'arbitrage, permettant au public d'avoir connaissance d'une affaire en cours entre l'Etat et un investisseur privé. De surcroît, les TBI insérant les règles de la CNUCED (Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement) sur la transparence se sont multipliés entre 2014 et 2015[370].

---

[369] « Dans l'obscurité du secret, les intérêts sinistres et le mal sous toutes ses formes ont tout son sens. Ce n'est que dans la mesure où la publicité a lieu que l'un des contrôles, applicable aux injustices jugées, peut être effectif. Là où il n'y a pas de publicité il n'y a pas de justice » (J. BENTHAM, « Constitutional Code », Book II, Ch. XII, Sect. XIV, *in The Works of Jeremy Bentham,* John Bowring, vol. 1, IX, (1843), p. 493).

[370] Mais ce n'est pas parce que les règles de l'UNCTAD sont applicables dans un TBI, que les Rules of Transparency le seront également, les parties pouvant les écarter.

129. En principe, les parties doivent consentir à la publication des sentences, puisque la Convention CIRDI réclame systématiquement leur accord au terme de la procédure. Mais en cas de refus des parties, le tribunal arbitral détient la faculté de publier les extraits de la sentence mentionnant le raisonnement juridique suivi par les arbitres. L'article 48 (4) du CIRDI dispose que « le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut, dans les meilleurs délais, dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal ». D'après les statistiques publiées en ligne, dans la moitié des cas, le tribunal CIRDI obtient le consentement des parties pour publier la sentence arbitrale rendue[371].

130. Des avancées ont donc eu lieu en matière de transparence. « La publicité est l'âme même de la justice. C'est le plus ardent incitatif à l'effort et le plus sûr de tous les gardes contre l'improbité (…) »[372]. Certains arguent des dangers d'une trop forte publicisation de l'arbitrage. Selon une étude publiée en 2010, 62 % des sondés, multinationales, ont estimé la confidentialité comme très importante dans l'arbitrage international. 35 % des sondés ont même déclaré qu'ils n'utiliseraient pas l'arbitrage si celui-ci n'était pas confidentiel et, seulement 38 % l'utiliseraient si la confidentialité laissait place à la transparence[373]. La fonction de l'arbitrage serait de « décider, ne pas enseigner » et les sentences des arbitres ne devraient pas être « constamment examiné(es), car contrairement à un juge, un arbitre n'est ni publiquement choisi, ni tenu publiquement »[374]. La confidentialité permettrait de préserver les arbitres des médias et de l'opinion publique. Du fait de la publicisation des sentences, les arbitres pourraient être tentés de

---

[371] Cf *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, 44. ILM. 1345, Inside US Trade, 19 août 2005, 12. IIC. 167 (les deux parties s'étaient, préalablement, accordées pour la publication des documents et de la sentence).

[372] J. BENTHAM, cité dans *Scott c. Scott* (1913) AC 417-477, Lord Shaw.

[373] « 2010 International Arbitration Survey : Choices in International Arbitration », *White & Case, Queen Mary University of London et School of International Arbitration*.

[374] F. NARIMAN, « The Spirit of Arbitration – The Tenth Annual Goff Lecture », *Arbitration International* 2000, p. 262 ; F. NARIMAN *in* A. J. VAN DEN BERG (éd.,), *Quo Vadis Arbitration ? 50 Years of the New York Convention*, ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Dublin, 2009, vol. 14, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 635.

statuer en faveur de la décision qui susciterait le moins de controverses. A ces voix dissonantes, il faut répliquer. Du fait de cette publicité, les arbitres sont davantage enclins à préserver leur réputation et à rendre une sentence dénuée de tout intérêt personnel. La publicité des sentences arbitrales les pousse à rendre la meilleure sentence possible[375].

b. Les opinions dissidentes

131. Le prononcé d'opinions dissidentes marque le désaccord d'un arbitre à la sentence rendue. Publiées, les opinions dissidentes assurent de la transparence dans l'arbitrage d'investissement, car elles dévoilent des éléments de l'affaire. La tendance des opinions dissidentes a d'abord été observée devant les juridictions nationales et européennes. Devant la Cour Suprême américaine, le taux d'opinions dissidentes varie de 25 % à 62 %[376]. A propos des décisions rendues par la Cour européenne des Droits de l'Homme, il a été dénombré plus de 900 opinions dissidentes sur un total d'environ 7000 affaires, soit environ 13 % d'opinions dissidentes[377]. Les opinions dissidentes ne cessent de se multiplier dans l'arbitrage international en matière d'investissement, par contraste à l'arbitrage commercial. Certes les opinions dissidentes sont parfois l'œuvre de l'arbitre choisi par la partie n'ayant pas vu ses prétentions être accordées par la sentence arbitrale. « Pire encore, presque toutes les opinions divergentes sont émises par l'arbitre désigné par la partie qui a perdu l'affaire. Ici, la manière dont les arbitres perçoivent leur mission et leur neutralité suscitent de sérieuses préoccupations »[378]. Cependant, la pratique témoigne d'une réalité différente. Le

---

[375] Or, comme l'a souligné le tribunal arbitral dans la sentence CIRDI, *Metalclad Corporation c. Etats-Unis du Mexique*, aff. n° ARB(AF)/97/1, opérant sous les règles de la Convention CIRDI, « bien que l'on dise souvent que l'une des raisons du recours à l'arbitrage est d'éviter la publicité, à moins que l'accord entre les parties ne prévoit une telle limitation, chacune d'elles est libre de parler en public de l'arbitrage ».

[376] Cf CH. N. BROWER et CH. B. ROSENBERG, « The Death of the Two-Headed Nightingale : Why the Paulsson-van Den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *Global. Arb. Rev*. 2012.

[377] E. VOETEN, « The Politics of International Judicial Appointments : Evidence from the European Court of Human Rights », *Int'l.Org*. 2007, vol. 61, p. 669 et p. 684.

[378] A. J. VAN DEN BERG, « Qualified Investment Arbitrators ? », *Arbitrators in Investment Arbitrations* 2012, p. 55 et « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », *in Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2010, p. 824.

Professeur Albert Jan Van Den Berg a identifié seulement trente-quatre opinions dissidentes édictées par des arbitres en faveur de la partie les ayant nommés, sur un total de cent-cinquante sentences arbitrales étudiées, soit à peine 22 %[379]. Une opinion dissidente cherchant à éclairer de la façon dont doit être comprise la solution dans les prochaines affaires participe à la transparence de l'arbitrage. Elle ne doit pas être perçue comme une opinion partiale en faveur de la partie ayant nommé l'arbitre dissident, même si le contenu semble avantager ou conforter la position de cette partie[380].

c. Une transparence accrue par la non-permanence des arbitres

132. Affirmer que l'office de l'arbitrage d'investissement est purement privé est erroné, car toute l'autorité des arbitres et leurs obligations éthiques découlent souvent d'offices publics. L'absence de permanence des tribunaux arbitraux serait une faille à leur indépendance et à leur impartialité. La non-permanence implique une rémunération des arbitres par leur désignation. Les arbitres pourraient chercher à être désignés le plus souvent possible, en statuant en faveur des prétentions de parties susceptibles de les renommer dans une affaire future. *A contrario*, s'ils devenaient des juges permanents, les arbitres seraient rémunérés de la même façon et pour le même montant, peu important le nombre d'affaires qu'ils auraient à traiter. Les opposants à l'arbitrage d'investissement estiment que seuls des juges permanents peuvent légitimement traiter des contentieux de droit public, touchant les intérêts publics. Pour autant, ce n'est pas parce qu'un arbitre est permanent qu'il sera davantage indépendant et impartial. De plus et en pratique, près de 60 % des arbitres n'ont été désignés qu'une seule fois dans les affaires et un président de tribunal arbitral sur deux n'a pas été renommé une seconde fois. Et en 2014, sur les 214 individus ayant

[379] A.J. VAN DEN BERG *préc*.

[380] « Si les arbitres nommés par les parties rédigeaient des opinions divergentes en faveur d'une partie adverse, cela signifierait que les parties feraient un travail extrêmement médiocre en matière de désignation d'arbitres » (M. HUNTER, « Ethics of the International Arbitration », *ASA Bull*. 1986, vol. 4, p. 173-179).

assumé la fonction d'arbitre, seuls vingt-et-un, soit moins de 10 %, ont assumé cette fonction à cinq ou plus de cinq reprises[381].

133. Pour s'assurer du respect et de la confiance de ses pairs et des parties prenantes, les arbitres ont tout intérêt à rendre une sentence teintée d'indépendance et d'impartialité, d'autant plus qu'ils ne sont pas des juges permanents. La non-permanence des tribunaux arbitraux assure davantage leur indépendance leur impartialité, par le prisme de la mise en jeu de leur réputation. Il n'y a aucun intérêt concret pour un arbitre à manquer à ses devoirs d'indépendance et d'impartialité, car les parties doivent choisir en priorité un arbitre réputé pour sa neutralité. Comme l'a fait remarquer un auteur, « (l)orsque je représente un client dans un arbitrage, ce que je recherche réellement dans un arbitre nommé par une partie, (c'est) une personne qui a une prédisposition maximale envers mon client, mais une apparence minimale de partialité »[382]. Un arbitre s'expose au risque d'une action engagée contre lui par l'une des parties en cas de manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité. Si l'action aboutie, sa réputation sera mise à mal et il ne sera pas choisi dans d'autres affaires. Quasiment instantanément après leurs prononcées, toute personne, que ce soit un professionnel, un arbitre ou tout autre citoyen de tout Etat, peut consulter en ligne, notamment sur la page d'accueil du site du CIRDI, les sentences arbitrales[383]. Les décisions sont ensuite reprises dans des revues spécialisées, dans des forums de discussion, dans des séminaires et des colloques, dans des blogs juridiques, dans autant d'endroits dans lesquels elles seront analysées et commentées. Par conséquent, les arbitres savent que leurs sentences seront décortiquées et débattues par le public et par leurs confrères ; leur crédibilité est en jeu. Les arbitres n'ont peut-être pas de siège permanent, mais c'est là une magnifique opportunité pour eux d'agir sans cesse dans l'excellence juridique, d'agir avec une exigence poussée à son paroxysme pour rendre une sentence qui soit la moins contestable possible. De ce fait, les arbitres, contrairement aux juges publics permanents, sont beaucoup plus incités

[381] Italaw.com, icsid worldbank.org et www.investmentclaims.com.

[382] M. HUNTER *préc*.

[383] http://icsid.worldbank.org/app/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx;http://www.lareporter.com/

à rendre une sentence qui satisfasse la pratique, les professionnels et commentateurs, puisqu'ils jouent leur « re-désignation », leur carrière dans le monde de l'arbitrage, à chaque prononcé de sentence.

Conclusion sous-section I : Pour les jusréalistes américains, les détenteurs de la fonction de juger se basent davantage sur leurs opinions personnelles, sur leurs croyances et sur les incidences des solutions sur l'intérêt public et l'ordre social, que sur l'application *strico sensu* de la loi[384]. La pression des arbitres peut devenir une réalité et leur indépendance et impartialité être mise à mal, dès lors qu'est prise en considération la pression de ne pas perdre, qui est subie à la fois par l'Etat d'accueil (désirant préserver l'intérêt public) et par l'investisseur privé étranger (désireux de protéger son investissement). Les Etats ne sont pas exempts de toutes critiques. L'arbitre désigné par l'Etat subit parfois d'importantes intimidations pour prendre position en faveur des prétentions de l'Etat[385]. Dans une affaire citée par Mr. Jacques Werner, il était fait mention d'un assassinat d'un arbitre désigné par une entreprise d'Etat dans un arbitrage international, après avoir participé en défaveur d'une injonction d'une juridiction locale[386].

---

[384] Comme le fait remarquer B. BARRAUD, « le juge Benjamin Cardozo a promu une méthode de l'utilité sociale devant amener à juger en fonction des conséquences (sociales, économiques, politiques, morales) des décisions et non en fonction du droit positif » (B. BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *D. Les Cahiers de la Justice*, 2017/1 p. 121-139).

[385] Une affaire mérite d'être évoquée, car elle concerne à la fois le système de désignation par les parties des arbitres et les pressions pouvant être exercées par les parties sur leurs arbitres. Il s'agit de la célèbre sentence CIRDI, *Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, aff. n° ARB(AF)/98/3. En l'espèce, un investisseur canadien avait engagé une action arbitrale contre les Etats-Unis en s'appuyant sur l'ALENA, pour se plaindre du déni de justice opéré par les Cours du Mississippi. Ces Cours ont rejeté les demandes de l'investisseur qui n'avait pas pu faire appel, ne bénéficiant pas des fonds suffisants, l'affaire l'ayant conduit à la faillite. Si le Tribunal arbitral a énoncé que « la conduite du juge du procès était si défectueuse qu'elle constituait une erreur judiciaire » (§ 54, § 234-236), il ne s'est pas estimé compétent du fait du défaut de nationalité de l'investisseur privé. Cependant, ce qui est intéressant dans cette affaire ne tenait pas tant au contenu de la sentence arbitrale, mais plutôt au symposium apparu après la publication de la sentence. Il se trouvait que l'arbitre désigné par les Etats-Unis, un juge fédéral, avait raconté avoir rencontré des membres du Département de la Justice américaine lui énonçant que si les Etats-Unis ne remportaient pas cette affaire, « nous pourrions perdre l'ALENA ». Ce à quoi l'arbitre avait dit se rappeler avoir répondu : « eh bien, si tu veux me mettre la pression, alors c'est le cas ». Cela témoigne de la forte pression qu'un arbitre désigné par l'une des parties peut subir. Mais il s'était avéré que cette pression avait été enclenchée avant la désignation de cet arbitre, ce qui impose de relativiser un peu les conclusions hâtives sur un manque d'indépendance des arbitres nommés par les parties. Cf J. PAULSSON, *Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distonguished School Chair at the Miami University School of Law*, 29 avril 2010.

[386] Cf K. YANNACA-SMALL, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2018. Cf J. WERNER, « When Arbitration Becomes War », *J.INTL.ARB* 2000, vol. 19, p. 7-103.

Indéniablement, la publicisation peut être améliorée. Il existe encore des informations confidentielles ou protégées qui peuvent ne pas être communiquées au public, notamment dans l'optique de préserver un savoir-faire ou une invention des entreprises. Les parties à l'arbitrage d'investissement ont des intérêts à appliquer le secret dans leur arbitrage, reprenant ainsi le modèle du « Quiet Diplomacy » ou « Diplomatie tranquille », le secret étant indispensable pour ne pas se confronter aux mouvements contestataires de l'opinion. La confidentialité a parfois contribué à protéger des Etats qui n'avaient pas d'intérêt à voir une sentence arbitrale être publiée, lorsque celle-ci faisait mention de la violation de leurs engagements, afin de ne pas décourager l'implantation d'investisseurs privés étrangers sur leur territoire[387]. Il n'en demeure pas moins que le savoir est une quête constante et le secret de la délibération des arbitres vient en contradiction avec sa recherche permanente[388]. Puis, après cette quête du savoir, vient la quête de la compréhension. Les parties et l'opinion désirent comprendre le fond d'une sentence, d'où l'importance de la publicisation de la motivation des sentences arbitrales. Or, des garanties de publicité ont été posées dans l'arbitrage d'investissement, que ces garanties concernent la sentence proprement dite ou l'énoncé des opinions dissidentes venant révéler des aspects des affaires. Les arbitres, du fait de cette publicisation accrue, engagent d'autant plus leur réputation que leur désignation dans des affaires ultérieures est incertaine, à cause de l'absence de permanence de la fonction arbitrale. Si toutes ces garanties sont satisfaisantes, des efforts peuvent être consentis pour rassurer les opposants à l'arbitrage d'investissement.

[387] En pratique, si la Convention et le Règlement CIRDI prévoient des obligations de confidentialité à la charge du Centre et des arbitres, celles-ci ne s'imposent pas aux Parties. L'une des parties, généralement l'investisseur, peut alors faire pression sur l'Etat d'accueil en le menaçant de révéler des détails de l'affaire et des manquements de l'Etat à la presse ou à la communauté des investisseurs.

[388] J. BOURDOISEAU, « Le secret de la délibération », *Procédures* n° 3, mars 2011, dossier 6.

Sous-Section II : Des efforts à entretenir

L'arbitrage d'investissement n'est plus un mode simplement alternatif de règlement des litiges, mais est devenu le mode premier sur la scène internationale. Par conséquent, une normalisation des principes universels de justice conviendrait d'être réaffirmée afin de traiter, *in fine*, les arbitres comme une profession tendant à s'institutionnaliser. Que l'arbitrage d'investissement soit constamment mis à l'épreuve de la transparence est audible. Après tout, pourquoi l'arbitrage international en matière d'investissement serait-il arrivé à maturité ? L'arbitrage d'investissement ne peut pas survivre à une perte de confiance et un cadre contraignant pourrait accompagner leurs obligations éthiques (§1). Par ailleurs, une autre piste de renforcement doit être envisagée, celle de l'intelligence artificielle venant en soutien du travail des arbitres (§2).

§1 : Le renforcement des devoirs éthiques des arbitres

Après avoir rappelé les nombreuses obligations de révélation pesant sur les arbitres (1), il conviendra de se pencher sur les réformes contemporaines en cours. Il y est question de renforcer les obligations éthiques des arbitres, par l'engagement de codes de conduite et déontologique dotés d'une force contraignante exceptionnelle (2).

1) De conséquentes obligations de révélation à la charge des arbitres

Les obligations de révélation des arbitres sont énoncées par de nombreux règlements d'arbitrage et droits nationaux (a) et atteignent à la fois les relations des arbitres avec les parties, mais aussi les relations entretenues par les arbitres avec les conseils des parties et les experts (b).

a. Le principe de la révélation

134. Les arbitres sont soumis à un grand nombre de règles visant à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts[389]. Le droit français de l'arbitrage international dispose, à l'article 1456 alinéa 2 du Code de procédure civile, qu' « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ». Les arbitres doivent exprimer tout élément susceptible de laisser planer ne serait-ce qu'un doute sur leur indépendance et leur impartialité[390]. Les juges français veillent à assurer les parties de leur faculté de contester la compétence d'un arbitre qui n'aurait pas respecté son devoir de révélation. Pour autant, en France, le manquement à l'obligation de révélation n'entrainera pas automatiquement l'annulation de la sentence. Les juges devront examiner si le fait non révélé était de nature à créer, dans l'esprit des demandeurs, un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Dans l'arrêt Couach, la Cour d'appel avait refusé de constater la présence d'un doute raisonnable car, même si l'arbitre n'avait pas révélé avoir été nommé une deuxième fois par le même cabinet conseil de l'une des parties pendant une instance pendante, il n'y avait pas pour autant de doute raisonnable de manquement à l'indépendance et à l'impartialité, car il n'y avait pas d'éléments suffisants qui reliaient les deux affaires[391]. Ainsi, pour caractériser un doute raisonnable, les juges s'attèlent à une analyse circonstanciée des faits de l'espèce[392]. Dans un arrêt Dommo, les juges ont considéré que, « l'obligation de révélation qui pèse sur l'arbitre doit s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, de son lien avec le litige et de son incidence sur le jugement de l'arbitre »[393]. Cet arrêt ne dit pas grand-chose sur le contenu de l'obligation de révélation de l'arbitre. Dès lors, la Cour d'appel a clarifié sa position dans l'arrêt Bestful en rappelant que,

---

[389] L'article 8.30 du CETA dispose ainsi que les membres d'un tribunal arbitral ne peuvent participer aux litiges impliquant un « conflit d'intérêts direct ou indirect ».

[390] Cass. civ. 1re, 1er février 2012, n° 11-11.084, *Bull. civ*. et Cass. civ. 1re, 16 décembre 2015, n° 14-26.279.

[391] CA Paris, 22 février 2022, *Couach*, n° 20/08929.

[392] CA Paris, 11 janvier 2022, *Rio Tinto*, n° 19/19201.

[393] CA Paris, 25 février 2020, n° 19/07575

« s'il appartient à l'arbitre, aux termes de l'article 1456 alinéa 2 du Code de procédure civile, applicable à l'arbitrage international, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité, une telle obligation doit avant tout s'apprécier au regard de la notoriété de la situation critiquée, nonobstant son incidence sur le jugement de l'arbitre »[394]. Autrement dit, seule la notoriété compte. L'arbitre n'est pas soumis à une obligation de tout révéler. Il ne doit révéler que les circonstances ayant une particulière notoriété[395].

135. De surcroît et depuis les amendements de 2006, la Convention CIRDI exige de chaque arbitre qu'il signe, avant la première session du tribunal, une déclaration certifiant qu'il n'existe, à sa connaissance, aucune raison de nature à l'empêcher de composer ce tribunal. Avant les amendements de la Convention CIRDI en 2006, les arbitres n'étaient tenus que de dévoiler leurs relations passées et présentes entretenues avec les parties. Depuis 2006, ils sont appelés à révéler toutes les circonstances qui pourraient laisser penser à un défaut d'indépendance et d'impartialité. Dans le cadre du CIRDI, les parties peuvent contrôler les tribunaux arbitraux en ce sens qu'elles peuvent contester un arbitre et le disqualifier *inter alia,* lorsqu'un soupçon de dépendance ou de partialité apparait[396]. De plus, il est à souligner que, d'après les

---

[394] CA Paris, 22 févr. 2022, n° 20/05869. Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : la Cour de cassation crève l'abcès sur l'ordre public international », *D.* 2022.

[395] En l'espèce, une partie avait reproché à un arbitre de ne pas avoir révélé ses publications scientifiques sur la corruption. Pour apprécier la notoriété de cet élément, la Cour d'appel avait vérifié l'accessibilité des revues notamment. Ainsi, « la non-révélation par l'arbitre de l'une de ces circonstances ne suffit pas à constituer un défaut d'indépendance ou d'impartialité. Encore faut-il que les éléments non révélés soient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre ».

[396] Cf article 14(1) de la Convention CIRDI : « (1) Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante » ; article 40(2) de la même Convention : « (2) Les arbitres nommés hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14, alinéa (1) » et article 57 : (U)ne partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'une Convention d'arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral ». La Loi type de la CNUDCI adoptée en 1985 a également prévu à l'article 12 que « lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes les circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance ».

statistiques, les arbitres déclinent davantage leur compétence que les juges étatiques permanents eux-mêmes[397].

136. Les arbitres peuvent s'immuniser contre les disqualifications pour manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité en respectant leurs obligations de révélation. Si l'obligation de révélation participe à garantir l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre, elle n'est pas inhérente en soi à la fonction de juger, de sorte qu'elle n'est pas d'ordre public, permettant aux parties d'y renoncer. Pour rassurer les opposants à l'arbitrage international d'investissement, mais aussi pour renforcer la légitimité de l'arbitrage d'investissement, il conviendrait de faire de l'obligation de révélation une obligation d'ordre public international. Le consensus sera délicat à atteindre entre les Etats. Tous les droits nationaux ne font pas mention d'un devoir de révélation pesant sur les arbitres. En ce sens, le droit américain ne prévoit pas d'obligation de révélation. Le droit américain vient même admettre qu'un arbitre puisse ne pas être neutre. Il s'agit de la matérialisation du concept de la « réalité de la situation »[398], dans lequel une distinction est établie entre les arbitres nommés par les parties (ceux-ci ne sont pas neutres) et les autres (qui sont assujettis aux obligations d'indépendance et d'impartialité). C'est ainsi que la Cour Suprême du Texas a affirmé que l'obligation de révélation ne pouvait pas être étendue aux arbitres désignés par les parties[399]. Certes, l'article 10 (a) (2) du Federal Arbitration Act, à propos des obligations des arbitres, dispose qu'une sentence arbitrale peut être annulée, à la demande d'une partie, en cas de partialité évidente ou de corruption de l'un ou de tous les arbitres[400]. Mais, si la « partialité évidente » du droit américain vise à révéler le parti pris de l'arbitre, elle n'impose pas une obligation de révélation sur son fondement. Reste alors à définir ce qu'est une « partialité évidente ». A ce propos, l'arrêt Scandinavian Reins c. St Paul F&M Ins. est venu apporter quelques éclairages, en étant la première décision à établir des critères précis

---

[397] European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA), « A response to the criticism against ISDS », 17 mai 2015, 1.8.

[398] Cf PH. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

[399] *Burlington Northern Railroad Co. c. TUCO Inc*., 960 S.W. 2d. 629 (1997).

[400] Article 10(a)(2) du *Federal Arbitration Act* : « (l)orsqu'il y avait une partialité ou une corruption évidente chez les arbitres, ou l'un d'entre eux ».

concernant l' « evident partiality »[401]. Selon les juges américains, il faut se pencher sur les faits laissant penser à un défaut d'impartialité de l'arbitre, plutôt que sur la relation d'un arbitre entretenue avec les faits de l'espèce. « Un tribunal doit examiner à quel point cette relation tend à indiquer la possibilité d'un parti pris (…) et non pas à quel point cette relation semble être en relation étroite avec les faits de l'arbitrage ». Les juges américains accordent une importance conséquente au subjectivisme, à l'intention de l'arbitre, pour déclarer la présence d'une partialité évidente. Une liste non limitative a été posée dans cet arrêt, afin de déterminer une « évidente partialité ». Les critères sont l'intérêt personnel de l'arbitre ; sa relation avec la partie l'ayant désigné ; la source de cette relation et la proximité dans le temps entre leur relation et le commencement de l'instance arbitrale[402]. En pratique, l'article 10 (a) (2) est interprété de manière très restrictive par les juridictions américaines, de sorte qu'il est très difficile de remettre en cause une sentence arbitrale sur le fondement d'un manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité.

b. L'étendue du devoir de révélation

137. Le devoir de révélation des arbitres à propos de leurs relations avec les conseils des parties. Souvent, la problématique tient à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, non pas vis-à-vis des parties, mais vis-à-vis de leurs avocats et conseils. Si les arbitres sont souvent des avocats ou des professeurs de droit, ils peuvent être habitués à côtoyer les conseils et avocats représentant les parties. Cependant, la jurisprudence arbitrale veille et exige une parfaite indépendance et impartialité des arbitres à l'égard des conseillers et avocats des parties. Il est indéniable qu'« un arbitre systématiquement désigné par un avocat finira par être suspect, surtout s'il ne le révèle pas ». Dès lors, la relation entretenue entre les arbitres et les avocats et conseils des parties doit devenir un élément de révélation à la charge des

[401] *Scandinavian Reins. Co. c. St. Paul F&M Ins. Co*., 2012 U.S. App. LEXIS 2082 (2d Cir., 3 février 2012).

[402] *Ibid* : « (P)our déterminer si une partie a établi une partialité (évidente), un tribunal devrait évaluer quatre facteurs: (1) l'étendue et la nature de l'intérêt personnel, pécuniaire ou autre, de l'arbitre dans la procédure ; (2) le caractère direct des relations entre l'arbitre et la partie qu'il est censé favoriser ; (3) le lien entre cette relation et l'arbitre ; et (4) la proximité temporelle entre la relation et l'arbitre ».

arbitres[403]. Ainsi, dans l'affaire Tesco[404], il était question d'un arbitre qui avait travaillé neuf ans dans le cabinet d'avocats de l'une des parties. Il ne l'avait pas révélé. Même si au moment de l'introduction de l'instance, il n'était que ponctuellement consulté par le cabinet pour des consultations juridiques, ce statut de *of counsel* faisait état d'un lien organique incompatible avec le devoir d'indépendance. Ce lien aurait dû être révélé et à défaut, l'annulation de la sentence prononcée a été déclarée justifiée. Une telle position est discutable, dès lors qu'il ne s'agissait que d'interventions ponctuelles. La solution aurait été plus légitime si les relations entretenues par l'arbitre avec le conseil de l'une des partites n'étaient « ni occasionnelles ni éloignées dans le temps »[405]. C'est pourquoi, si une relation entre un arbitre et l'avocat de l'une des parties est avérée, elle ne doit être qu'un élément de prise en compte, mais ne doit pas constituer la preuve parfaite de la dépendance et de la partialité de l'arbitre. Cet élément devra être corroboré par d'autres circonstances (par exemple si l'arbitre était toujours rémunéré par des honoraires du cabinet de cet avocat au moment de l'introduction de la procédure[406]). En pratique, l'obligation de révélation à la charge des arbitres a bien été étendue aux conseils des parties[407]. Désormais, les arbitres doivent révéler tous les liens professionnels qu'ils ont ou ont eu avec les différents conseils des parties[408], sauf situation considérée comme notoire (par exemple si les arbitres et les conseils appartiennent à une même association[409]).

---

[403] *IBA Guidelines on conflict of interest in international arbitration*, *Rev. arb*. 2004.994, note TH. CLAY.

[404] Arrêt Tesco *préc*.

[405] CA Paris 9 septembre 2010, *Rev. arb*. 2010.966.

[406] M. HENRY *préc.*, p. 14.

[407] CA Paris 10 mars 2011, *Rev. arb.* 2011.737, CA Colmar 8 février 2011, RG n° 10/06080, *D.* 2011 Pan.3023 obs TH. CLAY.

[408] Cf Cass. com. 16 juillet 1964, *Gaz. Pal.* 1964. 371 et CA Paris 9 septembre 2010, RG n° 09/16182, *Rev. arb.* 2011.686.

[409] Cass.civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-14.421, *D*. 2015. Pan. 2588, obs. TH. CLAY. Mais nul besoin de révéler des liens intellectuels ou scientifiques, Cass. civ. 1re, 2 janvier 2002, n° 00-12.173, *Rev. arb.* 2002.208 et Cass. civ. 1re, 29 juin 2011, n° 09-17.346, *D.* 2011. Pan. 3023, obs. TH. CLAY.

138. Le devoir de révélation des arbitres à propos de leurs relations avec les experts désignés. Sur ce point, il convient de se pencher sur l'affaire Eiser c. Espagne[410]. Cette affaire détient une importance de taille, car elle est la première à avoir abouti à l'annulation d'une sentence CIRDI pour non-révélation d'un conflit d'intérêt[411]. La procédure d'annulation du CRIDI est gérée par un Comité ad hoc, lui-même constitué par l'administration du Centre. Il existe cinq cas d'annulation d'une sentence CIRDI (**cf infra n. 321 et s.**). Jusqu'au prononcé de la sentence Eiser, les rares cas d'annulation ne concernaient que ceux ayant trait à la caractérisation d'un excès de pouvoir ou d'un manque de motivation de la sentence arbitrale. Or, dans l'affaire Eiser et pour la première fois, la sentence a été annulée sur le motif d'un défaut dans la constitution du tribunal arbitral et sur la base d'une violation d'une règle fondamentale dans la procédure. En l'espèce, l'Etat espagnol avait entrepris une profonde réforme du régime fiscal sur les énergies renouvelables. Cette réforme lésait les intérêts des investisseurs, car ces derniers affirmaient que le régime fiscal antérieur constituait une cause principale de leurs investissements. Les investisseurs étrangers s'étaient alors fondés sur le traité sur la charte de l'énergie (TCE) pour défendre leurs droits. Au prononcé de la sentence le 4 mai 2017, le tribunal était composé de deux arbitres et d'un président. Le tribunal arbitral avait condamné le gouvernement espagnol à verser aux investisseurs près de 130 millions d'euros. L'Etat espagnol avait alors formé une demande d'annulation de cette sentence, au motif que l'arbitre désigné par l'investisseur n'avait pas révélé un lien professionnel entre lui et l'expert-dommage désigné par l'investisseur. Aux yeux du gouvernement espagnol, le tribunal arbitral n'avait donc pas été constitué comme il le fallait et il en était résulté une violation des règles fondamentales de la procédure. N'ayant constaté l'éventualité d'un manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité qu'après le prononcé de la sentence arbitrale, l'Espagne n'avait pas pu former de demande en récusation de l'arbitre et ne pouvait se fonder que sur une demande en annulation. Saisi, le Comité ad hoc a approuvé l'argumentaire de l'Etat espagnol en rappelant que l'article 14(1) de la convention CIRDI dispose expressément que les arbitres doivent être, de manière continue et tout au long de l'instance, en position de rendre une sentence indépendante et impartiale et pas seulement au moment de la constitution du tribunal.

---

[410] A. DE NANTEUIL, « Annulment of an ICSID award for non-disclosure of a conflict of interest : towards a moralisation of investment arbitration », *IBLJ* 2021, vol. 1, p. 117-122, sur la sentence CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, n° ARB/13/36, 4 mai 2017.

[411] « C'est la première fois qu'une sentence est annulée pour un tel motif », *ibid.* Cf également « CIRDI - Chronique des sentences arbitrales », B. REMY, *JDI* 2021.1, chron. 2.

Par conséquent, le Comité ad hoc a justifié l'annulation de la sentence par le but et l'objet de l'article 52(1) de la Convention CIRDI et afin d'assurer transparence, intégrité et légitimité de l'instance.

139. Le Comité a affirmé que l'indépendance et l'impartialité étaient des valeurs reconnues comme étant des principes généraux de droit international. Pour autant, s'il est légitime de se féliciter du contrôle de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre par le Comité ad hoc, l'annulation pose question. En l'espèce, le lien entretenu entre l'arbitre et l'expert ne paraissait pas témoigner d'un véritable manquement à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal. L'arbitre avait simplement été impliqué en tant qu'arbitre dans quatre autres affaires dans lesquelles l'expertise avait été notifiée à la même personne et dans huit affaires dans lesquelles l'arbitre était impliqué comme conseil d'une partie ayant désigné le même expert. Si l'expertise est nécessairement utile dans la décision du tribunal, un arbitre est-il réellement poussé à adopter une position conforme à celle de l'expert dans le but de maintenir une relation professionnelle avec lui ? Autrement dit, si l'arbitre adoptait une position inverse à celle de cet expert, cela nuirait-il véritablement à leur relation ? Le Comité ad hoc a considéré que ce risque existait. Ce même risque avait d'ailleurs déjà été évoqué par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, dans une opinion relative à l'affaire Tethyan Copper portant sur des circonstances similaires[412]. En réalité, le Comité ad hoc s'est davantage rattaché à la perception qu'aurait une tierce partie des circonstances, afin d'apprécier si l'arbitre était en position d'adopter une posture constante d'indépendance et d'impartialité[413]. Autrement dit, pour le Comité ad hoc, il existait une relation trop forte entre l'arbitre et l'expert et celle-ci aurait donc dû faire l'objet d'une révélation et ce, même si le délibéré de la sentence arbitrale avait fait ressortir, entre les arbitres, une unanimité. L'unanimité dans le prononcé de la sentence n'empêche pas celle-ci d'avoir été rendue en violation des règles fondamentales de la procédure, un arbitre défaillant pouvant tout à fair exercer une influence sur les autres arbitres[414].

---

[412] Sent. CIRDI, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistan*, aff. n° ARB/12/1.

[413] Ce faisant, le Comité ad hoc s'est inspiré du précédent issu de l'affaire Blue Bank c. Venezuela. Dans cette affaire, le président du conseil administratif du CRIDI avait prononcé la disqualification d'un arbitre, au motif que le cabinet d'avocats auquel il appartenait agissait également comme conseil d'un client agissant contre le Venezuela, Etat défendeur dans la procédure dans laquelle il était arbitre.

[414] A. DE NANTEUIL, « Annulment of an ICSID award for non-disclosure of a conflict of interest : towards a moralisation

140. En définitive et comme le souligne le Professeur Arnaud de Nanteuil, il s'agit d'une sentence essentielle, car « il s'agit de la première annulation dans l'histoire du CIRDI à être fondée sur une mauvaise constitution du tribunal » et « parce que la raison de cette mauvaise constitution réside dans une combinaison d'un manque de transparence et d'un conflit d'intérêts, qui sont sans aucun doute les deux défis les plus importants de l'arbitrage d'investissement aujourd'hui ». Cette sentence témoigne du contrôle strict pouvant être entrepris par le Comité ad hoc du CIRDI. Le CIRDI redore ainsi son blason et rend une sentence qui doit être de nature à rassurer les Etats, d'autant que, comme l'a souligné Arnaud de Nanteuil, l'arbitre mis en cause était un arbitre fort expérimenté, avec plus de 43 affaires à son actif dans lesquelles il avait agi en tant que conseil, arbitre ou expert. Le CIRDI tend à démontrer aux Etats que tous les arbitres sont susceptibles d'être révoqués et, ces derniers doivent en tirer les conséquences en s'attelant au strict respect de leurs obligation de révélation, sous peine d'être révoqué et de voir leur réputation sérieusement entachée[415]. De surcroît, le CIRDI montre aux Etats qu'il ne se soucie pas du fait que cette sentence Eiser puisse nuire à l'attractivité de son centre et de son mode de règlement des litiges. Ce qui compte davantage, c'est que les arbitres soient incités à plus de vigilance. D'ailleurs, il peut être souligné que dans les arbitrages CIRDI, les recours adressés pour des manquements aux obligations de divulgation des arbitres sont de plus en plus fréquents[416].

L'arbitrage d'investissement n'est pas dénué de gages visant à s'assurer d'une instance transparente. Les arbitres s'astreignent à de stricts devoirs d'indépendance et d'impartialité, ils engagent leur réputation, mais aussi leur responsabilité et s'attachent à rendre des sentences motivées en limitant tant que se peut la confidentialité de leurs sentences. La possibilité de voir une sentence arbitrale être annulée en cas de manquement au devoir de probité de l'arbitre (sentence Eiser) atteste de l'importance des devoirs de révélation auxquels les arbitres sont soumis. Cependant, ces garanties n'ont pas paru suffisantes aux yeux

---

of investment arbitration », *IBLJ* 2021, vol. 1, p. 117-122.

[415] *Ibid*.

[416] Cf en ce sens sent. CIRDI, *TECO Guatemala Holdings c. République du Guatemala*, aff. n° ARB/10/23, 22 février 2021.

du CIRDI et de la CNUDCI qui, conjointement, se sont attelés à la rédaction conjointe d'un Code de conduite afin de renforcer encore davantage l'éthique et l'intégrité des arbitres.

2) Des Codes de conduite encore plus performants

Les règles éthiques de l'arbitrage sont à rapprocher des règles de la morale. Les deux se complètent et cohabitent, plus que ne se dissocient, la seule et grande différence demeurant dans le fait qu'une violation d'une règle éthique conduira à des sanctions disciplinaires, corporatistes ou légales, alors que la violation d'une règle morale, perçue comme la « théorie raisonnée du bien et du mal »[417], n'entrainera aucune de ces sanctions. Rapprocher l'éthique des arbitres de la morale revient ainsi à se concentrer sur la finalité d'un arbitrage. Il existe une approche déontologique de l'éthique et une approche téléologique. « L'une passe nécessairement par la médiation de la règle, l'autre cherche une perception plus directe de la valeur à mettre en œuvre. La première s'énonce sous forme de règles, et donc de sanctions, et tire vers le disciplinaire. La seconde tente de comprendre l'office du juge et s'oriente vers l'identitaire »[418]. L'approche téléologique renvoie l'arbitre à sa propre conscience pour dicter sa bonne et juste conduite. Les arbitres ne sont pas soumis, proprement dit, à une obligation de loyauté[419].

---

[417] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2010, V° Morale, sens B et C.

[418] A. GARAPON, J. ALLARD et F. GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz 2008, p. 17.

[419] « La confiance des parties ne tient pas d'un engagement contractuel de loyauté que l'arbitre souscrirait en acceptant sa mission. Autant l'arbitre s'engage à délivrer une sentence dans un temps donné et à être diligent à cette fin (obligation de célérité), autant l'arbitre ne 's'engage' pas à être loyal. Il est loyal ou il ne l'est pas. L'arbitre est choisi parce que les parties ont foi en sa 'haute considération morale', laquelle couvre la loyauté (M-E. BOURSIER, « La loyauté fonde la confiance et cimente la société », *in Le Principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, n° 3, p. 2), et non parce qu'il contracterait un 'engagement de loyauté'. (…) Il faut sortir de la logique de référence pour relever, à l'instar du devoir d'indépendance, que le fondement du devoir de loyauté ne doit 'pas être trouvé dans telle ou telle composante juridictionnelle ou contractuelle de l'arbitrage, mais dans les règles morales que l'arbitre se devrait de respecter en conséquence de la nature même de la fonction d'arbitrer' (M. HENRY, *Le devoir d'indépendance* (…), *op. cit.*, n° 546, p. 364) et du fondement essentiellement 'décisionniste' de l'arbitrage (B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 125) », M. HENRY, « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *Cah. arb*. 2014, n° 21 et s.

Déjà en 1843, Troplong énonçait que « l'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garanties (…) que dans un procès de quelque gravité, je ne conseillerais à personne de se faire juger par des arbitres »[420]. Il conviendrait, pour rassurer les opposants à l'arbitrage d'investissement, d'encadrer encore davantage l'éthique des arbitres. Dans l'arbitrage, les règles de comportements sont des préceptes à améliorer, tant « l'arbitrage international réside dans un no man's land éthique »[421].

Dès 1956, l'International Bar Association (IBA) a édicté un « Code international d'éthique juridique ». En 1987, l'IBA a posé des « Règles de déontologie pour les arbitres internationaux » destinées à refléter les « Lignes directrices acceptables sur le plan international élaborées par des avocats de tous les continents ». En 2011, l'IBA a adopté des « Principes internationaux relatifs à la conduite de la profession juridique ». La CCI a aussi édicté, non pas un Code d'éthique, mais des « Techniques de contrôle du temps et des coûts en arbitrage ». La Chambre Arbitrale de Milan a consacré un « Code de déontologie des arbitres » et la LCIA (London Court of International Arbitration), en 2014, a ajouté à son Règlement une Annexe intitulée « Directives générales pour les représentants des parties ». Tous ces différents écrits constituent de véritables *corpus* de règles visant à répondre aux difficultés relatives aux questions d'éthique des arbitres. Le seul inconvénient demeure dans le fait que ces textes sont la composante d'une « soft law » non contraignante pour les arbitres, de manière officielle[422]. Si, officieusement, les arbitres ont tout intérêt de préserver leur réputation et de se plier aux exigences mentionnées dans ces corpus de

---

[420] M. TROPLONG, *Du contrat de société civile et commerciale,* Paris, 1843, t. II, n° 520, cité dans B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.,* p. 27.

[421] C. ROGERS, « Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration », *Mich. Int'l L.J.* 2002, vol. 23, p. 341. E. SUSSMAN, S. EBERE, «All's Fair in Love and War – Or Is It? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration », *Am. Rev. Int'l Arb*, 2011. Cf G. HORVATH, S. WILSKE, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2013. Cf également C. BENSON, « Can Professional Ethics Wait? The Need for Transparency in International Arbitration », *International Bar Association's Dispute Resolution International*, mars 2009. Certes la convention CIRDI contient des dispositions liées à l'éthique des arbitres. La convention insiste sur le fait que les arbitres doivent être des personnes dotées d'une forte morale et être indépendants des parties. Le CETA est également venu poser des obligations d'éthique à la charge des juges (article 8.30, Règles d'éthique). Les membres du Tribunal CETA ne seront pas que des « serviteurs anonymes » de la justice (A. GARAPON, J. ALLARD et F. GROS *op. cit.,* p. 2). Pour autant, ces dispositions d'éthique manquent de précision.

[422] Cf F. MARISI, « Indépendance and impartiality : the role of soft law in international abritration », *Arbitration* 2019, vol. 85 (4), p. 326-345.

règles, un assujettissement imposé à celles-ci pourraient répondre aux préoccupations des opposants à l'arbitrage d'investissement.

Le comportement éthique d'un arbitre se rapproche du respect aux normes déontologiques de sa fonction. La déontologie peut se définir comme « l'ensemble des devoirs qu'impose à des professionnels l'exercice de leur métier »[423] ou bien « l'ensemble des devoirs qui s'imposent dans une profession »[424]. Située « entre l'obligation morale et l'obligation juridique »[425], l'éthique serait alors « une morale sanctionnée par le droit »[426] (a). Si des règles éthiques existent déjà à la charge des arbitres, ces règles ne constituent que de la « soft law ». Dès lors, il a été proposé, au sein du groupe de travail III de la CNUDCI, de rendre davantage astreignants les codes de conduites des arbitres (b). Le traité CETA semble suivre la même optique (c). Pour autant, des limites doivent être apposées à de telles démarches (d).

a. Vers une professionnalisation de la fonction d'arbitre

141. Les IBA Rules ou encore les différents Codes ou Chartes d'éthique des arbitres assimilent l'éthique dans l'arbitrage à des corpus d'obligations professionnelles[427]. Ainsi, « la déontologie peut être largement rapprochée de l'éthique », en ce qu'elle met « l'accent sur les règles qu'une profession développe par ses

[423] *Petit Robert* 2021.

[424] CH. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com*. 1989.417.

[425] D. OUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 2000, t. 44, p. 115.

[426] B. BEIGNIER, « V° Déontologie », *in Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003.

[427] Cf en ce sens le contenu du « Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes » (AAA-ABA publié en 1977, révisé en 2002), des « IBA Rules of Ethics for International Arbitrators » (publiées en 1987) ou encore de la « Charte éthique de l'arbitrage » (publiée en 2014).

associations ou ses acteurs pour décrire et formaliser les devoirs attendus des membres du groupe »[428]. Un tel rapprochement consiste à professionnaliser le métier d'arbitre, sans toucher à l'institution de l'arbitrage. Il conviendrait d'assurer un contrôle en consacrant une certification des arbitres, sous la supervision du CIRDI. En ce sens, « (…) comme certains l'ont déjà suggéré pour le contexte national, le temps est peut-être venu de procédures d'octroi de licences ou de certification afin de réglementer la conduite des arbitres. Ces étapes sont inévitables à mesure que le pool d'arbitres internationaux se transforme en une collection ad hoc de contractants indépendants extrêmement talentueux, en une profession bien formée »[429].

142. Professionnaliser l'activité d'arbitre irait de pair avec l'assujettissement des arbitres à une charte déontologique et à des sanctions disciplinaires en cas de violation de celle-ci. En ce sens, au Royaume-Uni, le CEDR (Centre for effective dispute resolution), organisme privé, offre des cours de médiation internationale. Les participants sont des avocats, des conseillers, des hommes d'affaires, des professeurs, et obtiennent un « Certificat d'accréditation ». Obliger les personnes désirant être arbitre à suivre une telle formation et à obtenir un tel Certificat permettrait d'ouvrir la profession d'arbitre et de ne plus la limiter à un « club » des arbitres. Une telle certification permettrait une ouverture de la profession. La Cour d'appel de Reims a déjà souligné que « rien ne s'oppose à la professionnalisation de la fonction d'arbitre »[430]. Cela contrevient à la vision d'auteurs qui ont estimé, avec autorité, que « l'arbitrage n'est pas et ne doit pas être une profession »[431] ou que l'arbitre est « un être de passage. On est arbitre le temps d'une instance, on ne fait pas profession d'arbitre »[432]. Le sociologue Yves Dezalay a retenu une vision différente, en estimant l'arbitrage avant tout comme un marché, « où opèrent des acteurs qui déploient

---

[428] P. TERCIER, « L'éthique des arbitres », Colloque international du 9 décembre 2011.

[429] C. ROGERS, « Regulating International arbitrators : A Functional Approach to Developing Standards of Conduct », *Stan. J. Int'l. L*. 2005, vol. 41, p. 53-62, n° 53 et p. 121, n° 383.

[430] CA Reims, 2 novembre 2011, *préc*.

[431] Y. GUYON, *L'arbitrage*, Economica, 1995, p. 39.

[432] J-P. LE GALL, « Le statut fiscal de l'arbitrage international en Europe », *in Mélanges A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 331.

une stratégie de conquête ». Les arbitres seraient, selon lui, des « grand old men », une élite de technocrates perçus comme des professionnels de l'arbitrage[433]. En réalité, les arbitres sont aujourd'hui dotés d'une véritable structure organisationnelle, ils disposent de collaborateurs et de secrétariats[434]. Selon une étude américaine publiée en 2005, les arbitres cherchent à se présenter comme une profession. « Les arbitres ont commencé à faire preuve d'impulsion professionnelle, ce qui signifie qu'ils veulent se présenter comme une profession. »[435]. En anglais, le terme « profession » signifie « occupation », de sorte qu'il n'est pas indélicat en langue anglaise de rapprocher les arbitres de la notion de « profession »[436].

143. Une possibilité de réforme aurait pu être la création d'une forme d'école de la magistrature arbitrale internationale, visant à former des arbitres internationaux et d'assimiler l'arbitrage à une profession. Ce faisant, il pourrait être question de prendre inspiration sur l'école régionale supérieure de la magistrature ou ERSUMA créée dans le cadre de l'OHADA. Cette école est située au Bénin et vise à former les magistrats dans l'espace OHADA par le biais d'une formation continue et à les assujettir à des devoirs précis[437].

---

[433] Cf Y. DEZALAY et B. G. GARTH, *Dealing in virtue, International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996.

[434] E. KLEIMAN, « Arbitre, Intuitu personae », *in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Pedone 2011, p. 373.

[435] C. ROGERS, « The vocation of the international arbitrator », *Am. U. Int'l. L. Rev*. 2005, vol. 20, n° 5, p. 957-1020.

[436] Pour que les arbitres puissent s'estimer être une profession, encore faudrait-il passer un examen permettant de les sélectionner. Or, il n'existe rien de tel. Il existe néanmoins de multiples études, masters, programme pour assurer la formation des futurs arbitres.

[437] Th. SOME, « La formation des magistrats africains par l'OHADA », *in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000.

b. Le Code de conduite conjoint institué par la CNUDCI et le CIRDI

144. En cas de manquement aux devoirs de probité d'un arbitre, la grande majorité des institutions d'arbitrage prévoient simplement la possibilité d'écarter cet arbitre de l'affaire et de le remplacer par un autre, en le considérant comme « unfit », inapte à juger les faits[438]. Or, dès lors qu'un arbitre sait que la seule conséquence d'un manquement à ses obligations de révélation réside dans son inaptitude à juger l'affaire, il peut vouloir prendre le risque de ne rien dire. Après tout, il ne perd pas grand-chose à se taire et pourra se retrancher sur un oubli ou sur sa bonne foi. De surcroît, le remplacement d'un arbitre engendrera des conséquences notables, que ce soit pour l'institution d'arbitrage ou pour les parties. *Quid* de ses rémunérations jusqu'alors ? Quid des coûts engendrés (et leur prise en charge) par la non-révélation et la prolongation de la procédure ?[439] Une telle situation n'était plus tenable et un cadre contraignant devait finir par s'imposer aux arbitres négligents. Or, bien des règles posent une renonciation à tout enclenchement de la responsabilité d'un arbitre défaillant[440].

145. Aujourd'hui, il s'avère que la « soft law » ne suffit plus à rassurer les opposants à l'arbitrage d'investissement. Un cadre plus contraignant est exigé. Il n'est pas tolérable qu'un manquement à l'obligation de divulgation d'un arbitre puisse être minoré par le tribunal arbitral. Or, il arrive parfois que, si un arbitre ne dévoile pas les faits et circonstances de nature à remettre en cause son indépendance et impartialité, cela ne pèse pas lourd dans l'appréciation du tribunal arbitral et n'aggrave pas la situation. Ce fut d'ailleurs le cas dans la sentence CIRDI Landesbank c. Espagne du 15 décembre 2020. En l'espèce, le

[438] Cf en ce sens l'article 10.2 des LCIA Rules qui dispose que « La Cour LCIA peut déterminer qu'un arbitre est inapte à agir en vertu de l'article 10.1 : (i) s'il agit en violation délibérée de la convention d'arbitrage ; (ii) s'il n'agit pas de manière équitable ou impartiale entre les parties ; ou (iii) s'il ne mène pas ou ne participe pas à l'arbitrage avec une efficacité, une diligence et une (attitude) raisonnables ».

[439] H. LAL BENG et B. CASEY, « Non-discretionary arbitrator disclosure obligations in international commercial arbitration : a path forward ? », *International arbitration law review*, 2021, vol. 24 (3), p. 208-230 et spéc. p. 211.

[440] Cf en ce sens l'article 16 des UNCITRAL Rules de 2010, qui énonce que « (s)auf en cas de faute intentionnelle, les parties renoncent, dans toute la mesure permise par la loi applicable, à toute réclamation contre les arbitres, l'autorité de nomination et toute personne nommée par le tribunal arbitral sur la base de tout acte ou omission en rapport avec l'arbitrage ».

tribunal arbitral a considéré qu' « (il n'y avait) aucune raison de conclure que la non-divulgation de la participation des arbitres aux événements en question doit entraîner leur disqualification (…). (L)'absence de divulgation ne peut à elle seule rendre un arbitre partial ou dépourvu d'indépendance ; seuls les faits et circonstances qu'il n'a pas divulgués peuvent remettre en cause les qualités requises par l'article 14(1) de la Convention CIRDI. Lorsque les faits non divulgués ne justifient pas eux-mêmes une conclusion de manque manifeste d'indépendance ou d'impartialité (comme le président l'a conclu dans cette affaire), le fait de ne pas les divulguer ne peut constituer un motif de disqualification »[441]. Cette permissivité n'est plus entendable. Il faut donner plus de répercussions aux manquements de divulgation des arbitres, plus de clarté et moins de discrétion dans les circonstances appelant la divulgation par un arbitre. Les règles actuelles présentes dans les règlements d'arbitrage sont trop sujettes à interprétation, ne présentent pas de spécificité suffisante ni d'éléments concrets à propos la liste des obligations de révélation[442]. Si ces règlements d'arbitrage contiennent bien des dispositions visant à la probité de l'arbitrage et des obligations de divulgation à la charge des arbitres, ces dispositions se révèlent imprécises et offrent trop de latitude discrétionnaire aux arbitres, qui peuvent eux-mêmes apprécier quels sont les faits et les circonstances qui doivent être révélés. Et pour des faits similaires, des arbitres peuvent retenir une approche différente sur les justifications d'un devoir de divulgation, ce qui conduit à un subjectivisme qui n'est plus soutenable. Des règles objectives, claires et concises sur les faits et circonstances sujets à divulgation doivent sortir de leur terreau. En l'absence de telles règles et abstraction faite du recours en annulation devant le Comité ad hoc du CIRDI, les parties ne peuvent s'en remettre qu'aux juridictions

---

[441] Sent. CIRDI, *Landesbank Baden-Württemberg et al. c. Espagne*, aff. n° ARB/15/45, § 152.

[442] A ce propos, il pourrait être fait mention de l'article des règles UNCITRAL de 2010, qui dispose que « (l)orsqu'une personne est approchée à propos de son éventuelle nomination comme arbitre, elle doit divulguer les circonstances susceptibles de faire naître des doutes légitimes quant à son impartialité ou son indépendance. Un arbitre, dès sa nomination et tout au long de la procédure arbitrale, doit sans délai divulguer de telles circonstances aux parties et aux autres arbitres à moins qu'ils n'aient déjà été informés par lui de ces circonstances ». La généralité des propos est sans appel et se retrouve également à l'article 11 des règles CCI de 2021, qui dispose que « 2) L'arbitre pressenti doit divulguer par écrit au Secrétariat tous les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à remettre en cause son indépendance aux yeux des parties, ainsi que toutes les circonstances qui pourraient donner lieu à des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Secrétariat fournit ces informations aux parties par écrit et fixe un délai pour leurs commentaires éventuels. 3) Un arbitre doit immédiatement divulguer par écrit au Secrétariat et aux parties tous faits ou circonstances de nature similaire à ceux visés à l'article 11(2) concernant l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre qui peuvent survenir au cours de l'arbitrage ». Et il en est de même dans les règles LCIA (article 5) ou SIAC (article 13).

nationales pour remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Or, les législations nationales apportent peu de réponses aux parties sur le sujet des obligations de révélation des arbitres.

146. Plus contraignant que la « soft law », la création d'un Code de conduite contraignant a été proposée et défendue par le juge en chef Sundaresh Menon à Singapour, au cours du Congrès de l'ICCA (International Council for Commercial Arbitration) en 2012[443]. Il a plaidé pour l'adoption d'un Code uniforme d'entrée et de conduite de l'accès à la fonction d'arbitre ainsi que pour une surveillance du respect des obligations éthiques des arbitres par des institutions[444]. La mollesse des institutions d'arbitrage sur le caractère contraignant des obligations éthiques des arbitres a été critiquée. Ni la CNUDCI, ni la UNCTRAL Model Law ne contiennent de disposition d'envergure et significative sur les circonstances pouvant donner lieu à des doutes raisonnables de défaut d'indépendance et d'impartialité[445]. Un air de réforme s'est alors fait sentir, notamment avec le Projet de Code de conduite de l'arbitrage d'investissement.

147. Ce projet est né d'une collaboration multi-institutionnelle entre le Groupe de travail III de la CNUDCI et le CIRDI et, de la version II du Projet de Code de conduite dans les arbitrages d'investissement. La CNUDCI est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations-Unies et a été fondée par la Résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966[446]. Sa création est issue de l'article 1 § 3 et 13 § 1(b) de la Charte des Nations-Unies et s'appuie sur l'idée que le développement des échanges internationaux

---

[443] « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? » Journée d'études Conventions du 27 mars 2013, Table-ronde n° 3 : Le choix des arbitres, *Conventions : Réguler la Mondialisation*, p. 4.

[444] L'appellation de « Code de conduite contraignant » serait erronée, puisque le propre contemporain des codes de conduite est, justement, de ne contraindre aucune des parties prenantes quant à leur respect. Grammaticalement, il conviendrait de remplacer le terme « Code de conduite », réputé par essence appartenir à la « soft law », par le terme anglais de « Rules », de règles de conduite astreignantes.

[445] C'est pourquoi dès le mois d'avril 2014, la CNUDCI a établi un nouveau règlement sur la transparence dans l'arbitrage, alors qu'aucune modification majeure des règles de la CNUDCI, qui dataient de 1976, n'avait été entreprise.

[446] G.A. Res. 2205 (XXI).

doit promouvoir la paix international, la démocratie et le bien-être des populations. La CNUDCI se compose de plusieurs groupes de travail. Il y en a six, structurés par la Commission de la CNUDCI. Des Etats membres peuvent participer et des Etats non-membres et des organisations peuvent même être invités en tant qu'observateurs[447]. Ces groupes se réunissent, en principe, deux fois par an, pour une semaine, à New York au printemps et à Vienne en automne. Les groupes II et III sont ceux qui nous intéresseront plus particulièrement ici, le groupe de travail II traitant de la résolution des litiges et le groupe de travail III traitant plus précisément de la réforme de l'arbitrage d'investissement.

148. La première critique adressée par le groupe de travail III à l'encontre de l'arbitrage d'investissement a trait à son manque de légitimité, au risque de partialité des tribunaux arbitraux et aux dangers des conflits d'intérêts. Ainsi, en 2017, la CNUDCI a lancé ce groupe de travail en le dotant d'un large mandat pour réformer l'arbitrage d'investissement. La CNUDCI a procédé en trois étapes. D'abord, elle a identifié les problèmes de l'arbitrage d'investissement. Puis, elle a énoncé les réformes désirées. Enfin, elle a émis des recommandations[448]. Finalement, la CNUDCI a procédé à l'instar du CIRDI, qui avait également effectué des amendements en 2018 pour moderniser ses dispositions, sans pour autant reconnaitre avoir réalisé ces amendements en réponse aux critiques émises sur l'arbitrage d'investissement.

149. Le secrétariat du CIRDI et la CNUDCI ont développé un projet de code de conduite pour les arbitres et ont publié sa 2e version le 19 avril 2021, avec des amendements au projet initial de mai 2020[449]. Ce Code de conduite conjoint va contribuer à changer la nature des obligations de révélation, car il s'éloigne de la simple « soft law », pour intégrer des normes concises, précises et surtout contraignantes. C'est un

---

[447] Au sein de ce groupe de travail III, l'Etat chinois a considéré que « les procédures des organes de nomination des arbitres ne sont pas suffisamment transparentes », Submission from the Governement of China, 38e session, point 4, 31 juillet 2019.

[448] Le groupe de travail III affiche son souhait « que les méthodes de sélection et de nomination des membres des tribunaux d'investissement soient telles qu'elles contribuent à la qualité et à l'équité de la justice rendue ainsi qu'à l'apparence de celle-ci ».

[449] P. ACCAOUI LORFING, « Draft Code of Conduct for arbitrators in international investment disputes – Version Two », *IBLJ* 2021, vol. 4, p. 581-585.

pas fondamental qui est franchi. Concrètement, l'article 5 de ce Code traite des obligations de divulgation et impose des révélations obligatoires, non discrétionnaires, fondées sur des circonstances spécifiques. Les révélations doivent être opérées sur les relations d'affaires des arbitres passées au cours des cinq dernières années ; sur les intérêts financiers directs et indirects dans l'instance ; sur toute autre procédure internationale impliquant essentiellement le même contexte factuel et impliquant au moins une des mêmes parties ou leur filiale, société affiliée ou entité mère ; et toutes les autres affaires d'arbitrage d'investissement dans lesquelles l'arbitre a été impliqué en tant qu'arbitre ou conseil. Ainsi, ces obligations sont bien plus spécifiques que celles traditionnelles des règles d'arbitrage institutionnelles. L'objectif de ce Code est de couper l'herbe sous le pied des arbitres, autrement dit de limiter le subjectivisme dans leur appréciation des circonstances devant donner lieu à révélation. Le projet contient également un article 6, qui se penche sur les désignations répétées des arbitres (« double hatting »), en énonçant qu' « (à) moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, un arbitre dans une procédure d'arbitrage d'investissement n'agit pas simultanément en tant qu'avocat ou témoin expert dans une autre affaire d'arbitrage d'investissement (impliquant le même contexte factuel et au moins une des mêmes parties ou leur filiale, affilié ou entité mère) »[450]. Il s'agit ainsi de consacrer de réelles injonctions visant à promouvoir une approche uniforme et harmonisée des exigences éthiques des arbitres dans l'arbitrage d'investissement[451].

150. Là où le Code est encore plus novateur, c'est qu'il prévoit des moyens visant à faire respecter ces obligations de divulgation. Sur ce point, un article 11 sur l'exécution de ses obligations (« enforcement ») est prévu, même s'il n'est pas aussi loquace que les autres articles. Si l'article 11 se penche essentiellement sur le remplacement de l'arbitre qui ne respecterait pas ses obligations de révélation, il se penche

---

[450] A propos du « double hatting », ce Code de conduite conjoint proposait initialement trois alternatives : une interdiction stricte et ce, même si la seconde affaire est fondée sur un même traité d'investissement ou un autre, à défaut d'un accord des parties ; une interdiction, mais que si l'affaire dans laquelle l'arbitre intervient est une instance portant sur des mesures similaires ou sur des mêmes problématiques juridiques, concernant les mêmes parties ou fondées sur le même traité ; ou une stricte obligation de révélation des arbitres, si l'instance en cours implique les mêmes parties, les mêmes mesures ou substantiellement les mêmes problématiques juridiques. La troisième alternative est la plus audible, car les deux premières réduisent considérablement la possibilité accordée aux parties de nommer des arbitres expérimentés, dotés d'une grande connaissance.

[451] Y. BANIFATEMI et M. SHELBAYA, *JDI* n° 1, Janvier 2022, chron. 2.11.

aussi sur d' « (a)utres options basées sur les moyens de mise en œuvre du Code ». Or, le Projet définitif s'inspire des Commentaires présents dans la première version du Projet de Code, qui énonçait plusieurs sanctions envisageables, comme des sanctions pécuniaires ou touchant à la rémunération de l'arbitre, des mesures disciplinaires, des sanctions tenant à la réputation de l'arbitre ou encore la notification aux associations professionnelles des manquements de l'arbitre.

151. Les arbitrages internationaux en matière d'investissements sont le plus souvent conduits sous l'égide des règles institutionnelles du CIRDI ou sur les règles de l'arbitrage ad hoc de la CNUDCI. Si ce Code de conduite conjoint contient des points intéressants, il s'agira ensuite de s'interroger sur les méthodes permettant de l'intégrer dans des socles normatifs[452]. Ce Code pourrait être intégré au sein des traités d'investissement, par le biais d'un accord des parties. Ce serait la solution la plus adéquate, puisque les arbitres se fondent sur les traités d'investissement et, intégré au sein de ceux-ci, ce Code s'assurerait d'une meilleure harmonisation. Le CIRDI étant coauteur de ce Code, celui-ci pourrait également être intégré dans le préambule de la convention CIRDI ou en tant qu'annexe de cette convention et, aussi, dans la convention CNUDCI. L'incidence que pourrait avoir ce Code de conduite n'est pas négligeable, surtout s'il est intégré aux règlements d'arbitrage du CIRDI ou de la CNUDCI. A ce propos, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre devait s'effectuer par référence au règlement d'arbitrage applicable. Ce règlement d'arbitrage serait même le seul texte normatif apte à régir les questions de révélation et se substituerait aux dispositions du droit du siège. Cette substitution se justifierait par le fait qu'un sur-ajout impliquerait des obligations de révélation trop exhaustives[453]. Autrement dit, la Cour d'appel de Paris fait des règlements d'arbitrage la source principale de l'obligation de révélation[454] et se réfère en priorité au règlement d'arbitrage et, en second

[452] P. ACCAOUI LORFING, « Draft Code of Conduct for arbitrators in international investment disputes – Version Two », *IBLJ* 2021, vol. 4, p. 581-585.

[453] A noter que dans un arrêt *Vitadel*, la Cour d'appel de Paris avait adopté une position contraire, en estimant expressément que l'obligation de révélation de l'arbitre ne se limitait pas à ce qui était prévu dans la note de la CCI (CA Paris, 26 janvier 2021, n° 19/10666, J. JOURDAN-MARQUES, *D.* 2022, « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé »). L'arrêt *Fiorilla* a confirmé cette position, CA Paris, 12 juillet 2021, n° 19/11413.

[454] CA Paris, *Pizzarotti*, 17 mai 2022, n° 20/15162.

lieu, au droit interne, ce qui constitue un renversement de la hiérarchie habituelle. Ce faisant, la Cour d'appel se fait l'interprète officiel de ce qu'exige l'institution d'arbitrage au sein de son règlement d'arbitrage en matière d'obligation de révélation. Cette position a été confirmée par l'arrêt Billionaire[455].

c. CETA et Code de conduite

152. Le Code de règles de conduite est présent à l'Annexe II du traité CETA. Il comporte huit titres et vingt-et-un articles. En dessous de la première Section, intitulée « Responsabilité envers le processus », le comportement des juges est précisé, étant mentionné que « (c)haque candidat et membre doit éviter toute irrégularité, toute apparence de défaut d'indépendance et d'impartialité, éviter les conflits d'intérêts directs et indirects et se conformer à des normes de conduite strictes, de manière à préserver l'intégrité et l'impartialité du mécanisme de règlement des différends »[456]. Dans la deuxième Section intitulée « Obligations de révélation », il y est fait mention des différentes obligations de révélation des juges (les membres du Tribunal doivent révéler tout lien financier avec l'une des parties, toute relation susceptible d'affecter leurs devoirs d'indépendance et impartialité …). La Troisième Section est intitulée « Devoirs des membres » et concerne les devoirs du juge de trancher le litige avec équité et diligence. La Quatrième Section concerne l'« Indépendance et impartialité des membres » et rappelle que les juges sont appelés à respecter ces obligations d'indépendance et d'impartialité et révéler toute indication contraire, même en apparence. Les Cinquième et Sixième Section sont intitulées « Obligations des anciens membres » et « Confidentialité » et les Section Sept et Huit concernent les « Dépenses » et « Médiateurs ». Le Traité CETA innove, en se référant aux lignes directrices de l'IBA complétée par l'adoption d'un Code de conduite. L'article 8.30 (1) du CETA impose aux juges de se conformer aux Lignes directrices IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Dans un rapport, la Commission européenne a déclaré que le non-respect de l'une de ces lignes directrices entraînera la révocation des juges concernés, soit par demande des parties soit par une décision du CIRDI. En incluant les Lignes directrices IBA au

[455] CA Paris, 17 mai 2022, n° 20/18020.

[456] Version consolidée du CETA, http://trade.ee.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf, p. 480.

sein d'un Accord international, la Commission européenne a pallié leur inconvénient majeur qui était leur caractère non contraignant. Dès lors, elles se voient désormais conférer une véritable force contraignante et légale[457].

153. Toutefois, il convient de ne pas accorder une portée trop large au caractère contraignant du Code de règles de conduite présent dans le CETA. A l'Article X.25 « Constitution du Tribunal », il est fait état que « (l)es membres se conforment aux directives de l'Association internationale du barreau sur les conflits d'intérêts en arbitrage international ou à toute règle supplémentaire adoptée en vertu de l'article X.42 (2) b) (Comité des services et de l'investissement) ». Par conséquent, il en ressort bien que les juges disposent en réalité d'une option, soit se référer aux Guidelines IBA ; soit se référer au code de conduite du CETA[458]. En pratique, il ne serait pas étonnant que les juges privilégient les Guidelines IBA pour des raisons de facilité et d'expérience. Ces Guidelines sont dans la sphère de l'arbitrage depuis plusieurs années, de sorte que les juges peuvent en avoir pris connaissance de longue date, si bien qu'il leur sera plus aisé de se référer à ces Guidelines plutôt qu'à un Code de règles de conduite qu'ils n'auront pas encore suffisamment étudié et dont les interprétations restent à faire. Si le Code de conduite « contraignant » du CETA demeure un premier pas vers plus de contraintes envers les devoirs des juges, celui-ci aurait dû s'accompagner d'une véritable organisation chargée de contrôler et de sanctionner, le cas échéant, ceux qui ne respecteraient pas leurs obligations éthiques. Ainsi, l'un des inconvénients majeurs du Code de conduite du CETA réside dans le contrôle du respect des obligations posées. Seule la possibilité offerte aux parties de demander le remplacement du juge est énoncée. D'ailleurs, même la présence d'une telle entité manquerait sérieusement d'effectivité, pour la simple et bonne raison que le Code de conduite n'explicite pas de manière précise les mécanismes visant à sanctionner de tels manquements. Il

[457] Le TTIP semblait, pour sa part, faire abstraction des Lignes directrices IBA, l'article 11 de ce document ne faisant pas référence à ces dernières et disposant que les arbitres « ne participeront pas à l'examen de tout litige susceptible de créer un conflit d'intérêts direct ou indirect. Ce faisant, ils doivent se conformer à l'annexe II (code de conduite)» (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf).

[458] M. MAES, « Investment Protection in the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) », 5 mars 2014, http://eu-secret-deals-info/upload/2014/02/Investment-in-CETA-marcMaes-S2B-analysis-140306.pdf.

pourrait être proposé de créer une instance internationale destinée à assurer la supervision des tribunaux arbitraux en matière d'investissement, de contrôler le respect de la déontologie des arbitres.

d. Limites du bien-fondé d'un Code de conduite contraignant et synthèse

154. Cette volonté de réforme opérée par la CNUDCI est-elle légitime ? La CNUDCI a voulu répondre aux pressions exercées par l'opinion publique. Lors de la 35e session du groupe de travail III, l'Australie avait d'ailleurs énoncé que les perceptions de l'opinion publique devaient être considérées, car les Etats « sont tous responsables devant le public et doivent considérer les perceptions du public comme étant (…) fondamentalement pertinentes pour la discussion ». De même, d'autres Etats, comme la Mauritanie ou l'Afrique du sud, ont estimé que « la perception est très importante car c'est un principe fondamental de l'Etat de droit que la justice ne doit pas seulement être rendue, mais qu'elle doit être perçue comme telle »[459]. Indéniablement, l'opinion publique influe. C'est d'ailleurs la pression de l'opinion publique qui a conduit la Bolivie, l'Equateur ou le Venezuela à sortir du CIRDI. Comme l'a souligné Erik Voeten, « la légitimité publique consiste en la croyance parmi le grand public qu'un tribunal international a le droit d'exercer son autorité dans un certain domaine »[460]. L'acceptation de l'autorité de la justice arbitrale par le public renforcera sa légitimité. Ainsi, tous les efforts pouvant contribuer à renforcer la transparence et la probité de l'arbitrage devraient être applaudis, du moins dans leur démarche. Pour autant, si la démarche est à saluer, il ne faut pas la surévaluer. Autrement dit, si les Etats veulent prendre en considération l'opinion publique à propos de l'arbitrage d'investissement, ils n'ont qu'à sortir de ce système. De surcroît, est-ce une bonne considération de prendre en compte une consultation publique auprès de citoyens qui ne sont pas des spécialistes en matière de droits des investissements internationaux ? D'autant que, lorsqu'il s'agissait pour la Commission européenne de demander l'avis de la population européenne sur l'arbitrage d'investissement prévu dans le TTIP (**cf infra n. 272 et s.**), les citoyens s'étaient contentés

[459] M-L. MARCEDDU et P. ORTOLANI, « What is wrong with investment arbitration ? Evidence from a set of behavioural experiments », *EJIL* 2020, vol. 31 (2), p. 405-428.

[460] E. VOETEN, « Public opinion and the legitimacy of International Courts », *Theoretical Inquiries in Law*, 2013, vol. 14, p. 411.

de répondre « sans commentaire, nous ne voulons simplement pas de l'arbitrage d'investissement dans le TTIP ». Ainsi, le groupe de travail III aurait pu, avant d'envisager certaines réformes, rappeler les points positifs de l'arbitrage d'investissement et contribuer à une démarche visant à éduquer l'opinion sur l'importance de base de cette justice. Or, souvent, la consultation publique ne laisse place à aucune discussion ni négociation.

155. L'attitude de la CNUDCI sera-t-elle marquée d'efficacité ? La question est légitime, car la CNUDCI n'est pas un règlement international et est fondée sur l'adhésion volontaire des Etats. Or, ce groupe de travail III ne suscite pas l'unanimité de tous les Etats. Pour illustration, des Etats comme Singapour et Israël ont exprimé leurs inquiétudes sur les conséquences qui pourraient ressortir d'une transparence trop accrue. Autrement dit, il ne faudrait pas que, *in fine*, ces efforts de transparence ne finissent par léser les intérêts des Etats en laissant planer la réticence des investisseurs.

156. La CNUDCI craint la possibilité d'un conflit de positions, c'est à dire qu'un arbitre puisse manquer d'indépendance et d'impartialité s'il s'est déjà prononcé sur des questions équivalentes. Or, le postulat est erroné. Ce n'est pas parce que les questions sont comparables que les affaires sont strictement similaires. Une position prise par un arbitre dans le passé n'influencera pas la position qui sera prise dans le futur. Un arbitre prendra toujours position en écoutant les prétentions et arguments des parties. Il ne tranche pas un litige en ayant un jugement déjà arrêté. Ainsi les conflits de position doivent être réglés non pas par un élargissement du domaine de l'obligation de déclaration, mais par un renforcement du contrôle de la motivation des sentences. Autrement dit, lorsqu'un arbitre se prononce sur une affaire présentant d'importantes similitudes avec une autre qu'il a déjà tranchée par le passé, il se doit de fonder sa sentence sur une motivation nouvelle qui puisse répondre aux arguments des parties[461]. Et ce n'est pas

[461] Dans la sentence Astrida, le tribunal arbitral a affiché ses réserves à tout devoir visant à imposer aux arbitres de respecter la règle du précédent. Le tribunal arbitral a estimé qu'il devait plutôt se limiter à un devoir de motivation plus prononcée, dans le cas où il désirerait s'écarter d'une solution dominante (Sent. CIRDI, Astrida Benita Carrizosa c. Colombie, aff. n° ARB/18/5). Cf Y. BANIFATEMI et M. SHELBAYA, *JDI* n° 1, Janvier 2022, chron. 2.

parce qu'un arbitre prendrait une décision identique à celle de sa décision passée, que l'on peut lui reprocher sa cohérence si les arguments qu'il emploie sont sensiblement proches. De plus, il est rare qu'un litige en matière d'investissement soit tranché par un arbitre unique. Le plus souvent, les décisions sont rendues par collégialité et il est abscons de considérer qu'un arbitre puisse influencer tous les autres[462]. En définitive, sans minorer les travaux opérés par la CNUDCI, il semble qu'il soit donné une importance exagérée aux contestations de l'opinion qui se baserait sur un manquement de probité de l'institution arbitrale.

157. De plus, les obligations de déclaration imposées par le Code de conduite conjoint sont trop larges. Un conflit de position résulte de l'hypothèse dans laquelle un arbitre qui se serait déjà prononcé sur une question donnée, à l'occasion d'une autre instance ou dans une communication au sein d'un article, d'un ouvrage, d'une conférence, d'un cours, serait inapte à se prononcer sur cette même question dans une affaire future[463]. Le Code exige alors de cet arbitre la déclaration de toutes les instances saisies (article 5.2 c et d) et de toutes ses publications ayant trait à cette question. A demander autant de révélation aux arbitres, ce Code risque de condamner des oublis tolérables et de mettre à mal la pérennité des instances arbitrales. L'article 5 pourrait donc nuire à l'efficacité des instances arbitrales. De plus, l'article 5 contient en lui-même une propre contradiction, puisqu'il impose des obligations de déclaration aux arbitres sans exiger pour autant la déclaration des informations dénuées d'importance ou « triviales » (article 5.4). Comment condamner la position d'un arbitre qui n'aurait pas révélé une information qu'il a estimé futile ? En réalité, cet article 5.4 est bienvenue, car il faut encadrer les informations devant être déclarées. Indéniablement, « trop d'informations tuent l'information ». Autrement dit, « à trop étendre le champ des informations à déclarer, on prend le risque que les parties soient noyées dans un flot d'informations qu'elles ne sont pas en mesures de traiter correctement »[464].

---

[462] « CIRDI - Chronique des sentences arbitrales », B. REMY, *JDI* 2021.1, chron. 2.

[463] *Ibid.*

[464] *Ibid.*, p. 288.

158. Renforcer l'intégrité de l'institution d'arbitrage peut paraître être une solution rationnelle et proportionnée aux contestations touchant l'arbitrage d'investissement. Il ne peut pas en être voulu à la CNUDCI de se prononcer avec autant d'ardeur sur les conflits de position, car depuis 2020, ces conflits sont à l'origine de très nombreuses demandes en récusation des arbitres[465]. Pour autant, peu de ces demandes ont abouti. De multiples raisons laissent aussi penser que les principales réformes envisagées aujourd'hui, par le CIRDI ou la CNUDCI, manquent leur cible. Réformer la procédure de l'arbitrage d'investissement en se penchant sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres et sur un Code de conduite est entendable pour satisfaire la pression de l'opinion. Mais le cœur du sujet est ailleurs. Des garanties existaient déjà en faveur de la probité des arbitres qui, dans le fond, n'a été que très peu de remise en cause dans des sentences ou jugements définitifs. En réalité, la remise en cause de l'arbitrage d'investissement touche ici l'institution de l'arbitrage, l'intégrité de sa procédure, mais se fonde également sur des motifs purement politiques, notamment de la part de l'Union européenne ayant fait entendre sa voix à ce groupe de travail III de la CNUDCI. Or, les principales réformes qu'il convient d'envisager ont davantage trait à l'équilibre des traités d'investissement, afin d'obtenir de la part des tribunaux arbitraux des sentences plus acceptées.

159. En définitive, viser une parfaite indépendance et impartialité d'une justice, quelle qu'elle soit, relève plus d'un idéal que d'un objectif concret. La CNUDCI et le CIRDI devraient l'accepter, car « on ne naît pas nu, délesté de tout… On arrive au monde tout habillé, avec toutes les couches plus ou moins secrètes de l'histoire familiale et même nationale qu'on porte sur les épaules comme un gros manteau (…) »[466]. Il ne peut pas être fait totale abstraction de l'influence que peut avoir sur un juge, arbitral ou national, son éducation, sa culture, sa formation.

---

[465] Cf notamment sent. CIRDI, *Nizar Raja c. Koweït*, 2 janvier 2020, aff. n° ARB/19/20 ; sent. CIRDI, *Canepa Green Energy c. Espagne*, 10 février 2020, aff. n° ARB/19/4 ; sent. CIRDI, *KS Invest et TLS Invest c. Espagne*, 15 mai 2020, aff. n° ARB/15/25 ; sent. CIRDI, *SAPEC c. Espagne*, 25 juin 2020, aff. n° ARB/19/23.

[466] A. MIZUBAYASHI, *Un amour de mille ans*, Gallimard, 2017, p. 34. Cf C. KESSEDJIAN, Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 42, 2020, p. 348.

160. Sans doute que le système des obligations de révélation à la charge des arbitres appelait des réformes pour éluder tout risque de conflits d'intérêts. Il s'agira toujours, à propos de l'intégrité d'une justice, d'un besoin constant d'évolution, de performance, qui impliquera souvent des réformes signifiantes. Est-ce que les Codes de conduite d'hier permettent de se satisfaire des conditions actuelles ? Aujourd'hui, les règles institutionnelles et les règles de conduite font penser que non, de par leur caractère imprécis et non contraignant[467]. En conséquence de cela, les problèmes se posent ensuite devant des juridictions nationales. Or, les juridictions nationales ne sont pas totalement équipées pour gérer les questions de révélation des arbitres, car elles ont un rôle limité dans le contrôle des sentences arbitrales. Le Code de conduite conjoint sera-t-il alors à même de répondre pleinement aux attentes ? Probablement que non. L'objet de ce renforcement des obligations imposées aux arbitres dans ce Code conjoint vise à contrecarrer les objections sur le fameux « club des arbitres » et d'adjoindre plus de transparence à la justice arbitrale en octroyant davantage d'options pour une partie de remettre en cause la compétence d'un arbitre. En réalité, l'arbitrage d'investissement contient déjà un socle de garanties considérables. Même dans l'hypothèse où il existerait un « club des arbitres », soit un cercle limité d'arbitres, ce serait tout simplement dû au fait que la spécialisation de certains arbitres est telle qu'elle n'est pas remplie par tous, de sorte que seuls les arbitres les plus expérimentés seront privilégiés par les parties.

En tout état de cause, devant les difficultés pratiques et les perplexités de constituer des Codes de conduite contraignants à la charge des arbitres, une autre piste est proposée, afin de garantir une conduite adéquate de ces derniers au cours de l'instance.

[467] H. LAL BENG et B. CASEY, « Non-discretionary arbitrator disclosure obligations in international commercial arbitration : a path forward ? », *International arbitration law review*, 2021, vol. 24 (3), p. 208-230 et spéc. p. 208.

§2 : L'intelligence artificielle au soutien de la légitimité des sentences arbitrales

161. La justice étant l'affaire des Hommes, sa faillibilité en est la résultante inéluctable. Dès lors, il conviendrait de penser à l'essor d'une autre forme de justice, caractérisée par le développement d'une aide offerte aux arbitres, leur permettant d'administrer leur justice de la plus juste des manières. Une « robotisation » de certaines justices a pu s'observer ces dernières années, marquée par la mise à la disposition des juges d'un algorithme capable d'assurer la prévision et la prédictibilité des jugements. A titre d'illustration, R. Keown s'était essayé, en 1980, à construire un modèle mathématique pour prédire les décisions de justice[468]. J.A Seagal avait usé de la méthode des probabilités[469], tandis que S. Nagel avait utilisé la technique des corrélations[470]. Le modèle mathématique de Josh Blackman permet également de prédire les décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis, avec un taux de fiabilité de 75 %[471]. La dernière manifestation concrète est récente. Le 24 octobre 2016, des chercheurs américains, de l'Université de Pennsylvanie, et britanniques, des universités de Londres et de Sheffield, ont publié les résultats de leurs travaux ayant pour optique la création d'une intelligence artificielle (IA), dont la programmation donnerait la capacité de prédire les décisions de justice[472]. Spécialistes en sciences de l'information, en droit, en informatique ou encore ou psychologie positive pourraient s'unir. Naturellement, il conviendrait de s'interroger sur l'efficacité de cette IA. En ce sens, l'article « Prédire les décisions judiciaires de la Cour européenne des droits de l'homme: perspective du traitement du langage naturel »[473]

---

[468] R. KEOWN, « Mathematical Models for Legal Prediction », *Computer/LJ* 1980, p. 829 et s.

[469] J. A. SEAGAL, « Predicting Supreme Court Cases Probabilistically : The Search and Seizure Cases (1962-1981) », *APSR* 1984, p. 891 et s.

[470] S.S. NAGEL, « Applying correlation analysis to case prediction », *TLR* 1963, p. 1006 et s.

[471] A. AFT, J. BLACKMAN, C.M. CARPENTER, « FantasySCOTUS : Crowdsourcing a Prediction Market for the Supreme Court », *Nw. J. Tech. & Intell. Prop*. 2012, n° 10, p. 125 et s.

[472] Ainsi, un individu fut récemment condamné à six ans de prison par un algorithme, dans l'Etat du Wisconsin, un logiciel ayant évalué comme hautement probable le risque de récidive de ce dernier (OCDE, *Artificial Intelligence in Society*, OECD Publishing, Paris, 2019, https://doi.org/10.1787/eedfee77-en).

[473] Cf N. ALETRAS, V. LAMPOS, D. TSARAPATSANIS, D. PREOTIUC-PIETRO, « Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : A Natural Language Processing Perspective », *Peer Journal of Computer Science*, 24 octobre 2016.

peut faire écho à l'arbitrage international. A sa lecture, il ressort que sur 600 espèces dont a eu connaissance la CEDH, l'algorithme a retenu huit fois sur dix une solution identique à celle des juges. Et ce, alors même que les magistrats de la CEDH ont pour habitude d'accorder une grande place à la casuistique et de prendre en considération la situation de chaque Etat, en mettant parfois de côté une application trop stricte du syllogisme.

162. Une telle approche pourrait-elle s'appliquer dans l'arbitrage d'investissement ? La réponse est négative, en tout cas pas dans ces extrémités. La marge d'erreur pointée dans les affaires de la CEDH tranchées par l'IA existe et demeure considérable. Jamais elle ne pourra être tolérée par les parties à l'arbitrage d'investissement. De plus, le Doyen Carbonnier affirmait que « le juge est un homme et non une machine à syllogismes : autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité »[474]. Certes, c'est justement son intuition et sa sensibilité qui ont ouvert les portes des contestations relatives aux défauts d'indépendance et d'impartialité. Or, la robotisation de la justice arbitrale permettrait de mettre fin à toute controverse liée à l'indépendance et l'impartialité des juges. D'ailleurs, il est déjà question de remplacer les secrétariats des arbitres par une IA chargée des recherches juridiques et des soumissions des mémoires ou des résumés des preuves. L'intelligence artificielle étant dénuée de tout sentiment, il n'y aurait plus de subjectivisme dans les appréciations des affaires. L'algorithme appliquerait purement et simplement, ni plus ni moins, la règle de droit aux faits de l'espèce pour parvenir à une solution. Une telle approche doit être écartée, car elle signifie la disparition pure et simple de l'arbitrage.

163. Une telle intelligence artificielle appliquée à l'arbitrage d'investissement serait bien plus onéreuse que le maintien d'un arbitre humain, puisque le coût des arbitres ne constitue pas le poste le plus cher des dépenses arbitrales. De surcroît, l'intelligence artificielle est programmée par une personne humaine. Elle pourrait alors statuer en accord avec les positions du programmeur. Par conséquent, il convient

---

[474] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, p. 23. Cf sur la justice prédictive, S. LEMAIRE, « Justice prédictive et office du juge », dans *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz*, 2018.

d'écarter une telle « robotisation » de l'arbitrage d'investissement et, certaines législations nationales ont déjà anticipé la question en prohibant l'IA officiant en tant qu'arbitre[475]. Plusieurs législations nationales contiennent une référence implicite au fait que l'arbitre doit être une personne humaine[476].

164. En définitive, aujourd'hui, si la place de l'intelligence artificielle dans l'arbitrage peut être tolérée, ce sera uniquement dans les hypothèses dans lesquelles cette intelligence se limitera à assister les arbitres, mais non à les remplacer[477]. L'IA pourrait venir au soutien de l'arbitre qui se ferait une opinion par avance relative à la solution à accorder à l'espèce. Autrement dit, la solution donnée par l'algorithme ne lierait pas l'arbitre. Elle viendrait simplement guider sa réflexion juridique, en lui permettant d'avoir une vision sur la solution objective qui pourrait être apportée au litige. L'arbitre doit ensuite rester libre de moduler cette solution objective, selon les appréciations qu'il se sera fait de l'espèce. Serait-il intéressant de faire connaître aux parties la vision objective retenue par l'IA ? D'un côté, cela permettrait de réduire les contestations liées à la solution retenue en conformité de celle de l'IA. D'un autre côté, publier la solution retenue par l'algorithme reviendrait finalement à lier et obliger l'arbitre, qui ne pourrait plus aller en contradiction avec celle-ci, si ce n'est à faire revivre le spectre du défaut d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre.

165. Enfin, l'IA pourrait également remplir deux autres rôles. En premier lieu et comme l'a fait remarquer le Professeur Boris Barraud, « les services dits de 'justice prédictive' peuvent également constituer des aides à la défense et au conseil juridique en permettant à tout justiciable de mesurer la probabilité de

---

[475] C'est d'ailleurs le cas du Code civil français (article 1450 du Code de Procédure civile : « (L)a mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage »).

[476] Cf article 13, Arbitration Law of the People's Republic of China : « (L)es membres d'une commission d'arbitrage sont choisis parmi les personnes justes et loyales » ; cf également UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), article 11(1) : « (A)ucune personne ne peut, en raison de sa nationalité, faire office d'arbitre, sauf convention contraire des parties ».

[477] Cf J. KWAN, J. NG et B. KIU, « The use of artificial intelligence in international arbitration : where are we right now ? », *Int. Arbitr. Law Rev*. 2019, p. 1-5.

remporter un éventuel procès »[478]. Par conséquent, l'intelligence artificielle en matière d'arbitrage pourrait permettre de réduire le temps des procédures et les coûts de l'arbitrage pour les parties ; d'une part parce que les parties pourraient, non pas remplacer, mais réduire le rôle attribué à leurs conseils, à condition que l'algorithme se démocratise, se libéralise et devienne financièrement accessible aux justiciables ; d'autre part parce que les parties ne se lanceraient pas dans des procédures arbitrales longues et onéreuses, dès lors qu'elles savent que l'algorithme ne leur donne que très peu de chances voire aucune chance de succès[479].

166. En second lieu, Outre des avantages sur les temps de procédure, il pourrait être proposé de tester l'algorithme *a posteriori*, sur des sentences arbitrales déjà publiées et surtout sur celles ayant fait l'objet de plus de controverses. Ce faisant, il serait alors possible d'avoir une vision objective, celle de l'algorithme, sur l'espèce jugée. Et dans l'hypothèse où l'intelligence artificielle, prenant en compte les faits, les arguments des parties et le droit applicable, rendrait une solution qui corroborerait celle retenue par les arbitres, alors les critiques liées aux manquements d'indépendance et d'impartialité devront cesser. Par conséquent, à l'instar de ce que l'algorithme avait fait à propos des 600 décisions de la CEDH, il conviendrait de réitérer l'expérience à propos des sentences arbitrales les plus discutées[480]. Le fait que les chercheurs aient décidé de tester leur modèle d'algorithme sur les décisions rendues par la CEDH n'est pas anodin, puisque ces décisions sont souvent très longues et contiennent de nombreuses références aux faits de l'espèce et aux règles de droit applicables. Dès lors, cet algorithme serait parfaitement adapté aux sentences arbitrales, réputées pour les mêmes attributs.

---

[478] B. BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les Cahiers de la Justice* 2017/1 (N° 1), p. 121-139.

[479] « Certainement savoir ce que les juges feront de leurs cas personnels et non savoir ce que les lois prévoient en des termes généraux et impersonnels est-il ce qui intéresse en premier lieu les justiciables » (*ibid*., p. 122).

[480] *Ibid*.

167. En définitive, la question d'un arbitrage totalement rendu par une intelligence artificielle est une question de plus en plus abordée par la doctrine récente et contribuerait à amoindrir les coûts de la procédure arbitrale et garantirait sa rapidité[481]. Cependant, une telle intelligence artificielle nécessiterait un accès à une vaste quantité de données. Plus les bases de données sont étendues et plus la précision de l'intelligence artificielle sera concrète. Or, l'arbitrage d'investissement pâtit encore d'un certain degré de confidentialité et toutes les sentences ne sont pas publiées. De surcroît, l'absence de *stare decisis* dans l'arbitrage d'investissement conduit parfois à l'adoption, par les arbitres, de sentences différentes sur des faits similaires. L'arbitrage d'investissement ne paraît pas être la plus à même de devenir une justice parfaitement prédictive.

Conclusion sous-section II : En définitive, il pourrait être convenu de calquer la méthode utilisée par le Conseil consultatif des Juges Européens. A l'occasion de son dixième anniversaire et lors de sa onzième réunion plénière à Strasbourg les 17 et 19 novembre 2010, le Conseil consultatif des Juges Européens, qui relève du Conseil de l'Europe, a adopté une *Magna Carta* des juges, autrement dit des principes fondamentaux, faisant la synthèse et codifiant les principales conclusions des avis préalablement adoptés. Cette *Magna Carta* a posé pour exigences que l'indépendance du juge soit statutaire, fonctionnelle et financière et que les décisions sur la sélection et la nomination des juges soient fondées sur des critères objectifs et prises par une instance chargée de garantir l'indépendance. Une véritable *Magna Carta* des arbitres, universelle et contraignante, pourrait être envisagée et le Code de conduite conjoint de la CNUDCI et du CIRDI va dans ce sens.

Aujourd'hui, la désignation des arbitres par les parties constitue une forme éloquente de « forum shopping ». Le phénomène des « repeat players » serait anticipé par les parties, les arbitres nommés sur des affaires jugeraient de la même manière aux affaires similaires ultérieures et le système de désignation risquerait de conduire à des délibérations « pathologiques » au sein du tribunal arbitral[482]. Si nous avons

[481] I. KWAN, J. NG et B. KIU, « The use of artificial intelligence in international arbitration : Where are we right now ? », *International arbitration law review* 2019, vol. 22 (1), p. 22-27.

[482] En pratique, il n'existe pas plus belle éloge à la réputation d'un président du tribunal arbitral que de rendre une sentence à

contesté de tels préjugés, nous avons rappelé la force des devoirs d'indépendance et d'impartialité des arbitres et relativisé les nécessités de codes de conduite contraignant. La « robotisation » de la justice arbitrale en matière d'investissement pourrait, quant à elle, atténuer les controverses. Cependant, une telle « robotisation » ne peut venir qu'en soutien des arbitres et au soutien de la légitimité du prononcé de leurs sentences et non remplacer les fonctions des tribunaux arbitraux. En effet, l'intelligence artificielle n'est pas dotée d'une fiabilité parfaite et demeure soumise à son programmeur.

Conclusion section II : En pratique, les arbitres sont fortement incités au plus grand professionnalisme. Plusieurs efforts ont récemment été entrepris, pour toujours plus de transparence dans l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage d'investissement est le nerf de problématiques liées à l'intérêt général, de sorte que, comme cela fut rappelé, le caractère secret de l'institution ne se justifie pas autant que dans l'arbitrage commercial. La non-permanence de l'arbitre, la publicité des sentences, la réduction des devoirs de confidentialité, la possibilité des opinions dissidentes, l'étendue des devoirs de révélation des arbitres sont autant de moyens visant à remettre sans cesse en jeu la réputation des arbitres et à conforter la transparence.

Outre l'atteinte à sa réputation, pour qu'un arbitre puisse être sanctionné en cas de violations de normes déontologiques, encore convient-il qu'il ait accepté de se contraindre à leur respect, ce qui suppose alors une contractualisation des règles déontologiques. Lorsqu'un arbitre consent à respecter les normes insérées dans un Code d'éthique comme celui de la CNUDCI et du CIRDI, il engage sa responsabilité contractuelle en cas de non-respect de celles-ci. Pour autant, une autre approche existe[483], celle de considérer que les devoirs éthiques des arbitres (devoirs d'indépendance, d'impartialité, de probité, de droiture …) préexistent au contrat d'arbitre et sont consubstantiels à l'acte même de juger. Pour intégrer une liste

---

l'unanimité, dénuée de toute opinion dissidente. Un arbitre désigné par une partie peut jouer sur ce levier en tentant de convaincre le tribunal arbitral de réduire le montant d'une compensation ou de statuer en faveur d'une prétention particulière, en contrepartie de se joindre au tribunal arbitral dans le prononcé d'une sentence unanime (Y. DERAINS, « Fifth Annual International Commercial Arbitration Lecture : The Arbitrator's Deliberation », *Am. U.Int'l. Rev*. 2012, vol. 27, p. 911, 913-919.

[483] M. HENRY, *op. cit*., n° 42, p. 543.

d'arbitres, les arbitres sont amenés à consentir par avance au respect des devoirs déontologiques, tels que les devoirs d'indépendance et d'impartialité. Ces devoirs sont antérieurs au contrat d'arbitre. Etant préalables au contrat d'arbitre, le manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité des arbitres engagerait leur responsabilité délictuelle, plutôt que leur responsabilité contractuelle. Cependant, en cas de violation aux exigences éthiques des arbitres, les tribunaux continuent de rechercher la responsabilité contractuelle d'un arbitre.

D'autres progrès, technologiques, auraient pu être privilégiés, afin d'offrir une assurance aux parties d'être jugées d'une manière potentiellement plus « juste ». Mais à l'heure actuelle, l'intelligence artificielle ne peut prédire les sentences arbitrales en matière d'investissement en toute fiabilité. De plus, c'est l'humanité des arbitres qui fait la richesse de l'institution de l'arbitrage et pas seulement sa faiblesse. Les traités d'investissement sont souvent si imprécis, que les intelligences artificielles ne doivent pas pouvoir être en mesure de se comporter en « automates » qui ne « s'intéresse(nt) pas à (la) conscience »[484]. Si cette piste avait été concrètement abordée, elle aurait surtout dû être envisagée au soutien des arbitres.

Conclusion chapitre I : Les Etats consentent librement à l'énonciation, au sein de leurs accords internationaux, d'une offre publique d'arbitrage. Nul ne les y contraints. Pour éviter d'être attraits devant les tribunaux arbitraux, il leur revient de conditionner leur consentement dissocié par des clauses supplémentaires (clause d'épuisement des voies de recours internes, clause de déni des avantages …). En tout état de cause, les Etats qui ne parviendraient pas à s'extraire d'une demande d'arbitrage enclenchée ne se trouvent pas démunis de garanties procédurales, ils peuvent s'opposer à la double assignation et s'appuyer sur la clause « fork-in-the-road ». De surcroît, les arbitres sont assujettis à une large manne de *corpus* de règles précisément destinées à garantir l'équilibre du procès arbitral et la neutralité de celui-ci. Les sentences arbitrales sont généralement publiées et les arbitres incités à rendre la sentence la plus juste possible, pour conforter leur bonne réputation et se prémunir d'une exclusion du cercle des arbitres par la pratique. Concrètement, le seul inconvénient demeure dans le fait que la grande majorité des règles

[484] A. GARAPON, J. ALLARD, F. GROS *op. cit.*, p. 2.

auxquelles les arbitres sont soumis appartiennent à de la « soft law », officiellement non-contraignante. Mais dans les faits, outre l'arrivée d'un Code de conduite multi-institutionnel contraignant, les arbitres ont tout intérêt à préserver leur réputation ainsi qu'à se plier aux exigences mentionnées dans les *corpus* déjà existants et, le plus souvent, dans les contrats d'arbitres.

En définitive, il faut retenir la mainmise des Etats dans l'énoncé des garanties procédurales. Les Etats, signataires des traités d'investissement, fondent l'étendue des attributions des arbitres. Dès lors, il leur revient de borner avec précision les opérations qui seront couvertes par le traité (compétence *ratione materiae* des arbitres) et les opérateurs qui seront susceptibles d'actionner une offre publique d'arbitrage (compétence *ratione personae* des arbitres). Même attraits devant une justice arbitrale (ce qui n'est pas une étape garantie pour les investisseurs, les Etats étant libres de conditionner leurs offres d'arbitrage), les Etats disposent de garanties suffisantes pour ne pas craindre d'une partialité de celle-ci. Les tribunaux arbitraux veillent à assurer une procédure équitable pour les parties, en s'astreignant à des obligations visant à préserver la neutralité de l'instance arbitrale. Pour autant, toutes ces controverses, relatives à la neutralité de l'instance, ont influencé sa condamnation par les institutions européennes et l'insertion d'un nouveau projet procédural dont les cadres, s'ils restent encore à définir, conviennent d'être traités avec la plus grande des prudences.

Chapitre II : Union européenne et arbitrage, une lutte confirmée

L'Union européenne a acquis, depuis 2009 et l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, une compétence exclusive pour conclure des accords internationaux en matière d'investissement direct étranger. La compétence exclusive, résultant d'un transfert de compétences, a eu pour effet que « seul l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »[485]. Depuis cette date, la confrontation entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement a pris une tournure plus agressive, car le traité de Lisbonne a permis à la Commission européenne de développer une politique globale relative aux investissements internationaux et destinée à remplacer, à terme, les traités d'investissement des Etats membres. Une relation conflictuelle s'est aiguisée et les nouveaux traités de libre-échange, envisagés et adoptés, en témoignent. L'arbitrage d'investissement s'est alors retrouvé sur le banc des accusés, devant les juridictions européennes[486]. L'arbitrage d'investissement se trouve à une période charnière de son histoire, puisque l'accord de libre-échange du CETA, signé entre deux des plus grandes puissances commerciales au monde, l'Union européenne et le Canada, a prévu son remplacement.

De coutume, des Etats avaient déjà tenté de faire annuler une sentence arbitrale prononcée en leur défaveur en contestant la compétence d'un tribunal arbitral, estimant que leur adhésion à l'Union européenne et à ses traités rendait caducs leurs TBI. Leurs voix n'étaient pas entendues devant les tribunaux arbitraux eux-mêmes[487] et jamais la CJUE n'avait encore été saisie sur la question. Impuissants, les juges européens n'attendaient qu'une chose, que la question se pose devant eux et tel a été le cas dès l'arrêt Achmea

[485] Article 2 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

[486] Cf J. BERGER, *International investment protection within Europe. The EU's assertion of control*, London, Routledge, 2020.

[487] Cf *Eastern Sugar B.V (Netherlands) c. République tchèque*, aff. SCC n° 088/2004, Sentence partielle du 27 mars 2007, § 142-172.

du 16 mars 2018[488]. D'autres arrêts suivront et un traité portant extinction des TBI intra-UE sera même signé (Section I). En parallèle de la jurisprudence de la CJUE, l'Union européenne a fait le choix de recourir à un système juridictionnel d'investissement (SJI), après avoir opéré une consultation publique qui s'est avérée défavorable au mécanisme de l'arbitrage d'investissement[489]. A la suite de cette consultation, le rapporteur Lange a recommandé de remplacer ce mode de règlement des différends par un retour au « système de règlement des différends entre États et de recours aux tribunaux nationaux », qui serait « les outils les plus appropriés pour régler les différends relatifs aux investissements»[490]. Son opinion n'a pas été retenue, au contraire de celle de Cecilia Malmström qui a énoncé qu' « un développement qui institutionnaliserait encore plus l'ISDS (Investor-State dispute settlement) (ou RDIE) consiste à créer un véritable tribunal permanent des investissements avec des juges titulaires. Poursuivre un tel tribunal des investissements pour chaque accord européen incluant l'ISDS présente des défis évidents, techniques et organisationnels »[491]. Elle a proposé l'instauration d'un SJI, destiné à prendre le relai du mécanisme de l'arbitrage d'investissement (Section II).

---

[488] CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, *AJDA* 2018.1026, chron. P. BONNEVILLE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE et C. GÄNSER ; *D.* 2018 560 ; cf également *JDI* 2018.903, note Y. NOUVEL ; S. LEMAIRE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb*. 2018.4024 ; P. PINSOLLE, I. MICHOU, « Arbitrage : l'arrêt *Achmea*, la fin des traités d'investissements intra-UE ? », *Dalloz actualité*, 7 mars 2018 ; D. SIMON, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea », *Europe*, n° 5, 2018, p. 5-9 ; J. CAZALA, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2019 ; A. PINNA « The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union law », *Cah. arb*. 2018.73 ; B. HESS, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, mars 2018. Sur l'ensemble de la question, les rapports très complets de P. PASCHALIDIS, V. SKOURIS et M. PAPARINSKIS, « EU Law and International Investment Arbitration, *IAI Series on International Arbitration », 2018*, n° 11. Cf également les conclusions de l'avocat général Wathelet qui n'ont pas été suivies par la Cour (ECLI:EU:C:2017:699).

[489] P. COLLET, « The current European Union investor-state dispute settlement reform : A desirable outcome for investment arbitration ? », *N.Y.U.J.INT'L.&Pol.* 2021, vol. 53, p. 689.

[490] B. LANGE, « Report containing the European Parliament's recommendations to the European Commission for the negotiations on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) », *Committee on International Trade*, 1er juin 2015.

[491] C. MALMSTRÖM, « Investments in TTIP and beyond – the path for reform, Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court », mai 2015.

Section I : La fin annoncée de l'arbitrage d'investissement intra-européen

La CJUE et l'Union européenne ont procédé par étapes progressives pour amoindrir, puis exclure les arbitrages fondés sur des TBI intra européens. La restriction de la possibilité de l'arbitrage d'investissement fondé sur un TBI intra-UE a d'abord été consacrée dans l'arrêt Achmea et confirmée dans la saga Micula (Sous-Section I). Puis, la CJUE a étendu la portée de cet arrêt aux arbitrages ad hoc et aux arbitrages intra-UE enclenchés sous le fondement du TCE et, l'Union européenne a conduit 23 de ses Etats membres à conclure un traité, en 2020, portant extinction de l'ensemble des TBI intra-UE et ainsi de toutes les clauses d'arbitrage contenues dans ces TBI (Sous-Section II).

Sous-Section I : L'arrêt Achmea et la saga Micula

L'arrêt « Achmea » a opposé la République slovaque à Achmea, une entreprise qui appartenait à un groupe d'assurances néerlandais. À la suite de leur litige, la Cour fédérale de justice allemande avait introduit une demande de décision préjudicielle, à laquelle la CJUE a répondu dans son arrêt C-284/16 du 16 mars 2018. Cet arrêt a marqué une profonde défaveur à l'encontre de l'arbitrage d'investissement que la Cour a tenté de justifier. Les justifications apportées ne sont pas convaincantes, la solution demeure particulièrement discutable et ses effets pervers sont attendus (§1). Pour autant, si des raisons d'espérer d'une portée limitée de cet arrêt subsistaient, la jurisprudence Micula a éteint les espoirs (§2).

§1 : Un arrêt Achmea aux justifications éminemment contestables

Après être revenu sur les faits de l'arrêt Achmea (1), il conviendra de débattre sur les justifications bancales apportées par la CJUE (2).

1) Les faits de l'arrêt

168. En l'espèce, en 2004, la Slovaquie avait décidé d'ouvrir son marché national aux opérateurs d'assurances nationaux et étrangers offrant des prestations d'assurance maladie privées. Suite à cette ouverture, l'entreprise Achmea avait obtenu l'agrément d'organisme d'assurance maladie et avait créé une filiale en Slovaquie en lui apportant des capitaux. L'entreprise Achmea avait investi plus de 70 millions d'euros dans le secteur de l'assurance. Le 25 octobre 2007, l'Etat slovaque avait adopté une loi prohibant, notamment, l'intervention de courtiers ou encore la vente de portefeuilles d'assurance. Ce faisant, cette loi visait à interdire toute distribution de bénéfices créés par les activités d'assurances maladie privées. Cette loi prenait sa source dans un changement de gouvernement opéré en 2006 et sera déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle de la République slovaque par un arrêt du 26 janvier 2011 et abrogée par une loi du 1er août 2011. Malgré tout, cette législation avait été appliquée pendant près de quatre ans. Par conséquent, l'entreprise Achmea avait intenté une procédure arbitrale contre la Slovaquie, en considérant que cette nouvelle loi lui avait causé préjudice, en se fondant sur le TBI conclu entre la Slovaquie et les Pays-Bas en 1991. Le tribunal arbitral avait reconnu sa compétence en application de l'article 8 § 2 du TBI et un siège allemand avait été désigné.

Devant le tribunal arbitral, l'investisseur Achmea avait fait état de l'article 4 du TBI qui prévoyait, pour les investisseurs néerlandais, un libre transfert des paiements relatifs aux investissements. Le droit aux bénéfices, intérêts et autres dividendes était consacré. Face à cette prétention, l'Etat slovaque avait aussitôt contesté la compétence du tribunal arbitral, relevant d'une incompatibilité avec le droit de l'Union européenne. La Slovaquie estimait que la sentence arbitrale n'était dotée d'aucune valeur juridique, puisqu'un tribunal arbitral ne relevait pas du système juridictionnel de l'Union européenne. Dans une sentence avant dire droit prononcée le 26 octobre 2010, le tribunal arbitral avait rejeté cette exception d'incompétence. L'Etat slovaque avait effectué des recours en annulation auprès des juridictions allemandes sans obtenir gain de cause. C'est ainsi que le 7 décembre 2012, le tribunal arbitral avait rendu sa sentence et condamné la Slovaquie à accorder 22 millions d'euros à titre compensation à l'investisseur. L'Etat refusant de payer, la saisie d'actifs de plus de 30 millions se trouvant dans les banques centrales locales avait été ordonnée. L'Etat slovaque avait effectué un nouveau recours en annulation auprès des

juridictions allemandes de première instance. Ses demandes avaient été écartées par le tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main. Un pourvoi avait été formé par l'Etat slovaque auprès de la Cour fédérale de justice allemande. Les juges allemands avaient fait porter l'affaire devant la CJUE.

Si les conclusions de la Cour fédérale de justice allemande et de l'avocat général ne donnaient pas faveur aux prétentions de l'Etat slovaque sur le caractère incompatible de la convention d'arbitrage avec le droit de l'Union européenne, la CJUE prononcera pourtant la nullité de la convention d'arbitrage en se fondant sur les articles 19 § 1, alinéa 2, 267 et 344 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[492].

2) Les arguments erronés de la CJUE

La CJUE a justifié son rejet des traités d'investissement intra-UE. Ces derniers couvriraient les mêmes problématiques que le droit de l'Union européenne (a). De plus, la CJUE a argué que l'arbitrage d'investissement devait être écarté, dès lors que les tribunaux arbitraux « pouvaient » être amenés à interpréter le droit de l'Union européenne, par crainte d'une application non-uniforme de celui-ci. Un tel argument n'est pas recevable, les faits de l'espèce ne faisant pas mention d'interprétation ou d'application du droit de l'Union par les arbitres (b). L'argument tenant à la qualité des juridictions des Etats membres, rendant dépassé l'arbitrage d'investissement, doit aussi être rejeté, les systèmes judiciaires des Etats membres n'étant pas exempts d'incertitudes (c).

[492] Point 60 de l'arrêt Achméa.

a. Des TBI intra-UE sans objet, une identité de « subject matter » inexacte

La CJUE a écarté la légitimité de l'arbitrage d'investissement en considérant que les traités d'investissement intra-européens ne contiendraient pas de disposition substantielle de protection qui ne serait pas déjà énoncée par le droit matériel européen. Qu'en penser ? Comment cela peut-il être vérifié et démontré ? (a.1). En réalité, il est faux d'estimer qu'il existe systématiquement une identité de « subject matter » entre le droit de l'Union européenne et les dispositions présentes dans les TBI intra-UE (a.2).

a.1. La protection équipollente des accords européens

169. La principale raison d'être des traités d'investissement serait de rétablir et garantir la confiance aux investisseurs, en leur ouvrant les portes d'une justice privée. Leur source originelle ne serait pas de s'appliquer entre Etats développés. Seules les méfiances d'un investisseur envers les comportements et les juridictions d'un Etat en développement ou peu développé seraient légitimes. Dans l'arrêt Achmea, la CJUE a rappelé que, comme l'énonce l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), chaque Etat membre de l'Union partage des valeurs communes, ce qui doit conduire à une confiance mutuelle dans la reconnaissance et dans le respect de ces principes et de ces valeurs[493]. Le principe de confiance mutuelle se fonde sur les critères de Copenhague, critères que les nouveaux Etats membres ont dû remplir lors de leur intégration à l'Union européenne. Ces critères imposent notamment aux Etats candidats d'atteindre un certain niveau de stabilité institutionnelle permettant de garantir la démocratie, l'Etat de droit,

[493] Point 34 de l'arrêt Achmea ; cf également l'avis 2/13, 18 décembre 2014, EU :C :2014 :2454, points 166-168, « (…) le droit de l'Union se caractérise par le fait d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des Etats membres (…) ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (…). Ces caractéristiques essentielles du droit de l'Union ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses Etats membres, ainsi que ceux-ci entre eux, lesquels sont désormais engagés, comme il est rappelé à l'article 1er, deuxième alinéa, du TUE, dans un « processus créant une Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Une telle construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque Etat membre partage avec tous les autres Etats membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE. Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les Etats membres dans la reconnaissance de ces valeurs, et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre ».

le respect des droits de l'homme et la protection des minorités. Si des TBI ont pu être conclus entre des Etats du continent européen, ils n'étaient utiles que lorsque l'un de ces Etats n'était pas encore intégré à l'Union, ou lorsque l'Union européenne n'avait pas achevé son processus de communauté de valeurs[494].

170. Dès lors, il n'y aurait dans les traités d'investissement intra-européens aucune disposition substantielle de protection qui ne serait pas déjà prévue par le droit matériel européen. Les droits substantiels issus d'un TBI intra-européen ne diffèrent pas de ceux déjà envisagés par le droit européen, qu'ils s'agissent de la protection contre toute discrimination (article 18 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)) ou encore de la garantie du libre transfert des bénéfices résultant de l'investissement (article 63 § 1 du TFUE). Concernant le droit à un traitement juste et équitable, plusieurs dispositions européennes peuvent parvenir à sa protection globale, comme l'obligation de vigilance et de protection, l'obligation de diligence ou encore les luttes contre le déni de justice et l'arbitraire. Tous ces droits sont prévus par le droit international coutumier ou par le droit matériel de l'Union, de sorte qu'ils ne nécessitent pas un traité d'investissement intra-UE pour être respectés. L'Union européenne et les TBI intra-UE couvriraient les mêmes domaines. « Tant les TBI que l'ordre juridique de l'UE régissent la libre circulation des capitaux selon des principes uniformes de non-discrimination et de traitement, avec une reconnaissance constante des droits de propriété. Ainsi, ils traitent du même sujet, même si le champ d'application du droit de l'Union est beaucoup plus large, et remplissent donc les conditions requises pour l'application préliminaire des tests d'incompatibilité énoncés dans les principes du droit international aux articles 59 et 30 (…) de la Convention de Vienne sur le droit des traités »[495].

171. Par conséquent, s'il est admis que le droit de l'Union européenne offrirait les mêmes garanties que celles insérées dans les TBI intra-UE, alors la seule motivation du maintien de ces TBI intra-UE serait le

---

[494] Cf T. L. BOECKESTEIN, « Making do with what we have : on the interpretation and enforcement of the EU's founding values », *German L.J.* 2022, vol. 23, p. 431. Cf également S. CENTENO HUERA et N. KUPLEWATZKY, « Achmea. The autonomy of Union law, mutual trust and what lies ahead », *Eur. Papers* 2019, vol. 4, p. 61-68.

[495] M. CLODFELTER, « The Future Direction of Investment Agreements in the European Union », *Santa Clara J. Int'l L.* 2013, vol. 12, p. 159-178.

recours à l'arbitrage investisseur-Etat. Or, comme l'a souligné le rapport explicatif de la convention de Washington, « (l)a création d'une institution destinée à faciliter le règlement des différends entre les Etats et les investisseurs étrangers peut être une étape majeure vers la promotion d'une atmosphère de confiance mutuelle stimulant un flux plus conséquent de capitaux privés internationaux dans les pays qui souhaitent les attirer »[496]. L'arbitrage d'investissement ne serait qu'un mécanisme fondé sur le besoin d'établir un cercle de confiance entre les investisseurs et les Etats. Les opposants à l'arbitrage d'investissement intra-UE arguent que cette nécessité s'éteint au sein de l'Union européenne, en application du principe de confiance mutuelle qui, s'il peut ne pas s'appliquer toujours en fait, s'applique au moins en droit. Les jugements circulent d'ailleurs entre les Etats européens sur la base de ce principe de confiance mutuelle. De tels raisonnements doivent pourtant être débattus.

a.2. TBI intra-UE et droit de l'Union européenne, des « subject matters » éloignés

172. Comment apprécier le fait que les TBI intra-UE et le droit de l'Union européenne couvriraient les mêmes problématiques ? Sur ce point, la vision d'un auteur est éclairante. « Adoptant une définition large de la notion de 'même objet', en ce sens que deux traités ont le même objet dans la mesure où 'le respect des obligations découlant d'un traité affecte l'accomplissement de l'obligation d'autrui', on peut certainement affirmer que les TBI intra-UE couvrent le même sujet que les traités de l'UE, dans la mesure où de tels conflits se produisent. Cependant, même si une définition étroite du 'même objet' était adoptée, les TBI intra-européens peuvent toujours être considérés comme ayant le même objet que le droit de l'UE (…) Le droit de l'Union prévoit des règles relatives au traitement et à l'exploitation des investissements étrangers après leur établissement, le transfert d'actifs et l'imposition de limitations aux droits des personnes résultant des mesures prises par l'UE ou les États membres. Par conséquent, les TBI intra-UE et les traités de l'UE traitent des activités d'investissement étranger et prévoient des règles pour les mêmes aspects de la réglementation de l'investissement étranger, à savoir leur traitement et leur exploitation

[496] CH. SCHREUER, *The ICSID Convention – a Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 5.

après établissement, leurs mouvements/transferts de capitaux et les limitations des droits de propriété privée »[497].

173. En réalité, il n'existe pas systématiquement de « subject matter » similaire entre le droit de l'Union européenne et les dispositions des TBI intra-UE. C'est à juste titre que de nombreux tribunaux arbitraux ont estimé que, s'il existait des similarités de matières entre les deux, les acquis du droit européen ne vont pas aussi loin que ceux des TBI, puisque le TFUE ne contient, *stricto sensu*, aucune disposition expresse relative au traitement juste et équitable ou encore à l'expropriation[498]. Et ce n'est pas parce que les TBI intra-UE conféreraient davantage de protection que les acquis communautaires qu'ils en deviendraient incompatibles avec le droit de l'Union européenne. Si les acquis communautaires sont moins protecteurs, c'est parce que les objectifs du TFUE ne sont pas les mêmes que ceux des TBI. Le TFUE vise essentiellement à garantir l'accès aux marchés européens et s'intéresse à la phase du préétablissement, là où les TBI se penchent essentiellement sur la phase post-investissement et veillent au respect de la liberté d'établissement des investisseurs déjà établis dans un Etat. L'Union européenne n'offre pas la même efficience de protection que celle octroyée par les TBI intra-UE et ce n'est pas le rôle de l'Union européenne de remplir les fonctions des TBI. Par ailleurs, les TBI ont un champ d'application bien plus précis que celui du droit de l'Union européenne, de sorte que le principe de spécialité doit s'appliquer. Si l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'en cas de traités successifs, le dernier traité abroge le premier en application de l'adage *lex posterior derogate legi priori*, les TBI sont spéciaux par rapport au droit de l'Union européenne et le spécial déroge au général[499].

---

[497] A. DIMOPOULOS, « The validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States under EU and International Law », *Common Mark. Law Rev*. 2011, vol. 48, p. 63 et p. 73-74.

[498] Cf T. NELSON, « Human Rights Law and BIT Protection : Areas of Convergence », *J. World Inv. & Trade* 2011, vol. 12(1), p. 27.

[499] Sent. CIRDI, *Ioan Micula, Viorel Micula and others c. Roumanie* [II], aff. n° ARB/14/29, § 294. Cf S. LEMAIRE, note sous Arbitrage CIRDI. Affaire Ioan Micula et autres c/ Roumanie, CIRDI, ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, Rev. arb. 2013, n°2, p. 455-466.

174. Implantés dans l'Union européenne, les investisseurs voient dans les TBI intra-UE le socle juridique de base de protection de leurs droits humains[500]. Les acquis communautaires doivent cohabiter avec les acquis offerts par les TBI intra-UE. Aucune incompatibilité ne peut être relevée si les obligations du TBI peuvent être respectées sans porter atteinte aux acquis communautaires. La CJUE s'est exclusivement focalisée sur la clause d'arbitrage, sans même clarifier quand, en quoi et en quelle proportion les dispositions insérées dans un TBI intra-UE, tel que le TBI conclu entre la Slovaquie et les Pays-Bas, étaient contraires avec le droit de l'Union européenne. De surcroît, aucun acquis communautaire ne vient interdire l'arbitrage entre investisseur-Etat, d'autant qu'aucun acquis communautaire ne contient de disposition visant le règlement des litiges[501].

175. Ainsi, « les traités bilatéraux d'investissement intra-UE et les traités d'adhésion à l'UE de nouveaux membres ne concernent pas la 'même matière'. Le traité d'adhésion à l'Union européenne (…) prévoit une union économique hautement intégrée reposant sur une union douanière et s'enrichissant d'un vaste ensemble de politiques communes supplémentaires, alors que les accords bilatéraux d'investissement prévoient un nombre limité de normes très spécifiques en matière de protection des investissements, qui peuvent être appliquées, entre autres, mais surtout, par arbitrage direct investisseur-État. Il peut y avoir un certain chevauchement partiel entre les TBI et le droit de l'UE, mais cela ne change rien au fait qu'ils traitent de sujets différents »[502]. La sentence Eastern Sugar c. République Tchèque a témoigné de cette

[500] Cf conclusions de l'avocat général Wathelet, § 180 : « (J)e ne sais pas ce que la Commission entend par 'protection totale', mais une comparaison entre le traité bilatéral d'investissement et les traités UE et FUE montre que la protection accordée aux investissements par ces traités est encore loin d'être 'complète'. Selon moi, les TBI intra-UE, et plus particulièrement le TBI en cause au principal, établissent des droits et obligations qui ne reproduisent ni ne contredisent les garanties de la protection des investissements transfrontaliers offerte par le droit de l'Union ».

[501] Cf *Eureko BV c. Pologne*, IIC 98 (2005), 19 août 2005, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL) et *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) c. République Tchèque*, SCC aff. n° 088/2004, 27 mars 2007.

[502] A. REINISCH, « Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action : The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations », *Legal Issues of Econ. Integration* 2012, vol. 39, p. 157 et p. 167-172.

approche[503]. En l'espèce, un investisseur néerlandais estimait que la République Tchèque avait contrevenu à la clause du traitement juste et équitable, prévue dans le TBI conclu entre la République Tchèque et les Pays-Bas, par l'adoption de trois décrets. L'Etat tchèque énonçait que ces trois décrets devaient être adoptés pour se mettre en conformité avec les acquis communautaires et que les acquis communautaires primaient sur les dispositions des traités d'investissement. De plus, la République Tchèque attestait que le TBI ne pouvait plus être applicable à cause de son adhésion à l'Union européenne en 2004 et du fait que le TBI traitait des mêmes sujets que le TFUE.

Dans une lettre adressée à la République Tchèque, la Commission européenne avait déclaré que « lorsque le traité CE ou le droit dérivé est en conflit avec certaines dispositions de ces TBI (…), la législation communautaire prévaudra automatiquement sur la disposition non conforme des TBI » et que « les TBI intra-UE devraient être résiliés dans la mesure où les questions relevant des accords relèvent de la compétence communautaire »[504]. En application de l'article 59 de la convention de Vienne, l'Etat tchèque estimait que les acquis communautaires devaient être prioritaires et que seules les clauses d'arbitrages contenues dans les TBI conclus avant l'accession à l'Union européenne pourraient être respectées. Le tribunal arbitral a rejeté toutes ces prétentions en estimant notamment que l'article 59 de la convention de Vienne sur le droit des traités ne pouvait pas s'appliquer, car les traités (TBI et TFUE) ne traitaient pas des mêmes sujets ni n'étaient incompatibles entre eux. L'article 59 de la convention de Vienne sur le droit des traités pose des conditions et prérequis à l'abrogation des TBI antérieurs au TFUE[505]- toutes les parties au traité antérieur doivent avoir conclu le traité postérieur ; les parties doivent avoir exprimé leur intention de soumettre la matière du traité antérieur au nouveau traité ; ou les dispositions de ces

---

[503] *Eastern Sugar B.V. c. République Tchèque préc*.

[504] *Ibid*., § 119.

[505] L'article 59 de la Convention de Vienne qui dispose que : « 1. Un traité est considéré comme terminé si toutes ses parties concluent un traité ultérieur portant sur le même sujet et que: a) les parties ont voulu que la question soit régie par le traité ultérieur ; ou b) si les dispositions des traités sont si incompatibles que les deux traités ne peuvent pas être appliqués simultanément ». De même, l'article 70 énonce qu' « (A) moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, sa résiliation (…) conformément à la présente Convention: b) ne porte pas atteinte aux droits, obligations (…) des parties créés (…) avant son expiration ». Or, l'article 13 (3) du TBI énonce qu' « en ce qui concerne les investissements effectués avant la date de résiliation du présent Accord, les articles précédents du présent Accord resteront en vigueur pendant une nouvelle période de quinze ans à compter de cette date ».

deux traités doivent être si incompatibles qu'il est impossible de les faire cohabiter et de les appliquer simultanément-. Un traité antérieur sera considéré comme éteint si les parties concluent, ultérieurement, un nouveau traité couvrant les mêmes problématiques que le premier et entrant en conflit avec celui-ci ou si les parties énoncent leur intention de mettre fin au premier traité. Or, si les arbitres ont constaté de nombreuses similitudes entre les traités TBI/TFUE, ils ont déclaré qu'il existait des différences, puisque les dispositions majeures du TBI, à savoir celles ayant trait au traitement juste et équitable, aux compensations issues des expropriations ou au règlement des différends n'étaient pas prévues dans les acquis communautaires[506]. Enfin, le tribunal arbitral a estimé que le TFUE ne donnait pas le monopole de la compétence à la CJUE et qu'il n'énonçait pas que les acquis communautaires devaient primer sur les dispositions provenant du TBI.

176. Dans la sentence Eureko c. Slovaquie, la Slovaquie avait repris les mêmes arguments que ceux émis par la République Tchèque sur des faits similaires[507]. Le tribunal arbitral a rejeté les prétentions de l'Etat, en estimant qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre le TFUE et le TBI, que ces traités ne couvraient pas les mêmes problématiques, puisque la protection offerte par le TBI était censée couvrir « au moins potentiellement, des acquis plus large que ceux disponibles dans l'acquis de l'UE (ou, en fait, dans la législation de tout État membre de l'UE) »[508]. Probablement que les TBI ne seraient plus à leur place dans un système fédéral dans lequel les droits humains, sociaux et environnementaux seraient protégés par une Constitution fédérale. Mais l'Union européenne n'est pas un système fédéral et n'a pas de Constitution européenne, rejetée par référendum en 2004. Il n'existe pas d' « European Bill of rights », parce que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'applique pas de force aux Etats

---

[506] Cf C. CREPET DAIGREMONT, « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », *in Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, coll. Cahiers européens, 2012, p. 171 et s. ; cf *Eureko BV c. République slovaque préc*., § 268 et s. et § 278 et s.

[507] *Eureko BV c. Pologne préc.*

[508] A. GHOURI, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, p. 165-166 ; sent. Eureko BV c. République Slovaque *préc*, § 245.

membres[509], sauf si ces derniers se comportent comme des agents de l'Union européenne[510]. De même, dans la sentence Theodoros c. Chypre, le tribunal arbitral a énoncé qu'il n'existait pas de « subject matter » similaire, car le TBI « prévoit spécifiquement une alternative à la compétence des juridictions nationales. En outre, le tribunal a déclaré qu'il existe un critère différent de conflit de normes en vertu du droit de l'UE et du droit des traités »[511]. Cependant, il ne faut pas faire l'économie d'une opinion dissidente, à l'image de celle de l'arbitre Marcel G. Kohen, pour qui il existe désormais un conflit de normes en vertu duquel « des dispositions permettant aux ressortissants d'un État d'intenter une action contre un autre État en vertu d'un TBI empêchent les traités de l'UE de fonctionner de la manière dont ces traités ont été envisagés »[512]. Mais en dépit de quelques opinions dissidentes, l'arrêt Achmea n'a eu que très peu d'incidence sur les sentences arbitrales prononcées et publiées après mars 2018[513]. Les arbitres se refusent à être liés par les décisions de la CJUE et ils refusent de renoncer à leur compétence[514], à l'inverse de ce qui a été fait dans l'affaire Mox Plant[515].

La CJUE a ensuite rejeté l'arbitrage d'investissement, par crainte que celui-ci ne conduise à une interprétation non uniforme du droit de l'Union européenne.

---

[509] CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11.

[510] Cf notamment P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *Common Mark. Law Rev.* 2002, vol. 39, p. 945 et p. 958-969. En ce sens, dans un arrêt *Siragusa* de la CJUE, un propriétaire s'était vu exproprier de son terrain par son Etat et estimait, devant la CJUE et sur le fondement de l'article 17 de la Charte, que l'Italie avait violé son droit de propriété. La CJUE a rejeté ses prétentions, en estimant que l'Italie n'appliquait pas, en l'espèce, le droit de l'Union européenne et que le propre de la Charte était d'assurer la protection des droits fondamentaux à l'intérieur des sphères des activités de l'Union européenne et ne visait pas à préserver les droits fondamentaux des Etats membres (CJUE, 10e chambre, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13).

[511] Sent. CIRDI, *Theodoros Adamakopoulos et autres c. Chypre*, aff. n° ARB/15/49, 7 février 2020, § 168 et 171.

[512] §39.

[513] Cf également sent. CIRDI, Sodexo Pass International c. Hongrie, aff. n° ARB/14/20, 28 janvier 2019 ou encore Juvel Ltd et Bithell Holdings Ltd c. Pologne, CCI, aff. n° 19459/MHM, 26 février 2019.

[514] Sent. CIRDI, UP et DC c. Hongrie, aff. n° ARB/13/35, 9 octobre 2018 (§276-279).

[515] The Mox Plant Case (Irlande c. Royaume-Uni), PCA, aff. 2002-01, 24 juin 2003.

b. La crainte d'une interprétation non-uniforme du droit de l'Union européenne

Par un émoi injustifié d'une interprétation non-uniforme du droit de l'Union (b.1), la CJUE a adopté une position très possessive de l'interprétation de son droit et de son application (b.2).

b.1. Une inquiétude infondée

177. Que recouvre donc ce principe d'autonomie ? Plusieurs choses. Il permet de faire ressortir une identification séparée des compétences entre l'Union et les Etats membres, puis d'assurer une interprétation uniforme et fixée du droit de l'Union et de figer les questions d'exclusivité de juridiction de la CJUE et des juridictions nationales en vertu de l'article 344 du TFUE. Enfin, le principe d'autonomie est à relier au dialogue préjudiciel prévu à l'article 267 du TFUE. Par conséquent, le principe d'autonomie recouvre un aspect substantiel pour l'interprétation du droit de l'Union européenne et, un aspect procédural pour le partage des compétences entre l'Union européenne et les juridictions des Etats membres.

178. La CJUE a souligné que le droit de l'Union européenne « doit être considéré à la fois comme faisant partie du droit en vigueur dans tout Etat membre et comme étant issu d'un accord international entre les Etats membres »[516]. Si les tribunaux arbitraux l'ont bien intégré[517], ils ne sont ni des juridictions de l'Union européenne, ni des juridictions internes des Etats membres. Les arbitres n'ont pas de for. Dès lors, ils peuvent être amenés à prononcer des sentences qui s'écarteraient du droit de l'Union européenne,

[516] CJUE, gr.ch., 6 mars 2018, *Slovaquie c. Achmea BV*, aff. C-284/16, Rec. numérique, pt 41.

[517] CPA (CNUDCI) 11 octobre 2017, PCA n° 2014-03, Sentence finale, § 178 ; PCA (CNUDCI) 26 octobre 2010, *Achmea BV (anciennement Eureko BV) c. République slovaque*, PCA n° 2008-13, sentence sur la juridiction, l'arbitralibilité et la suspension, § 228 ; CPA (CNUDCI) 22 octobre 2012, *European American Investment Bank AG c. République slovaque*, PCA n° 2010-17, sentence sur la compétence, § 69 ; sent. CIRDI 30 novembre 2012, *Electrabel SA c. Hongrie*, aff. n° ARB/07/19, décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, § 4.117-4.125.

droit que chacun des Etats membres se doit de respecter sous peine de se voir infliger des sanctions européennes. C'est d'ailleurs face à ces risques qu'un considérant 4) a été inséré dans le Règlement européen du 23 juillet 2014, établissant un cadre pour la question de responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et Etats mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie. Ce considérant énonce que « les accords de l'Union devraient offrir aux investisseurs étrangers un degré de protection aussi élevé que celui accordé aux investisseurs issus de l'Union par le droit de l'Union et par les principes généraux communs aux législations des Etats membres, mais non supérieur à celui-ci. Les accords de l'Union devraient garantir que les pouvoirs législatifs et le droit de réglementer dont jouit l'Union sont respectés et préservés »[518]. Le but est d'éviter que les tribunaux arbitraux n'interprètent les normes substantielles de protection trop extensivement et allant au-delà du degré de protection auquel ont droit les investisseurs européens.

179. En réalité, aucune hiérarchie ne doit être affirmée entre le droit de l'Union européenne issu du TFUE et le droit issu des TBI, car aucune hiérarchie ne peut être posée entre deux traités internationaux, à moins que celle-ci ne soit expressément insérée dans les traités[519]. Comme l'avait rapporté le Professeur Emmanuel Gaillard[520], l'avocat général avait conclu que les garanties de protection des investissements introduites par le traité « sont différentes de celles accordées en droit de l'Union sans être incompatibles avec lui »[521]. Pourtant, « (p)our la Cour, une simple éventualité d'interprétation ou d'application du droit de l'Union suffit à déclencher la réaction de l'exclusivité ('autonomie') du droit de l'Union. C'est en cela que sa décision est la plus critiquable ». La CJUE a rappelé que les traités européens ont établi un système juridictionnel autonome, afin de garantir une interprétation et une application uniforme du droit de

---

[518] JO L.267, p. 121.

[519] Cf Sentence partielle, 27 mars 2007, *Eastern Sugar BV c. République Tchèque* sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockolm, § 119 à 128, § 172 et cf V.M. BURGSTALLER, « European Law and Investment Treaties », *Journ. International Arbitration* 2009, p. 181-184 et s. ; Cf J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, Précis Domat, 13e éd., 2019, p. 25 et s. ; P. DAILLIER, M. FORTEAU, Q. D. NGUYEN, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 8e éd., 2009, n° 155.

[520] E. GAILLARD, « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques (CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16) », *Rev. crit. DIP* 2018/3, n° 3, p. 616-630.

[521] Achmea, § 179 à 228.

l'Union européenne. Dans l'arrêt Achmea, la CJUE a condamné l'arbitrage d'investissement, dès lors que les tribunaux arbitraux « peuvent » être amenés à interpréter le droit de l'Union européenne. Le choix du verbe « pouvoir » est important, puisqu'il élargit la condamnation de l'arbitrage d'investissement. Si la CJUE avait opté pour le verbe « avoir » et avait constaté que les arbitres avaient interprété le droit de l'Union européenne, *in casu*, alors l'arbitrage d'investissement aurait pu continuer à être toléré, car aucune interprétation ni même application du droit de l'Union n'a été opérée en l'espèce. La sentence arbitrale n'aurait eu aucune incidence sur le droit de l'Union, puisqu'aucune des deux parties prenantes à l'arbitrage ne s'est fondée sur une disposition du droit de l'Union[522]. Désormais, dès lors que des arbitres peuvent être amenés à interpréter et donc, à appliquer le droit de l'Union européenne, alors leur mission devrait s'éteindre et ce, même si, *stricto sensu*, les arbitres se seraient simplement limités aux termes du TBI.

180. Par crainte d'une interprétation non-uniforme du droit de l'Union, l'Union européenne s'est montré très protectrice et possessive de l'interprétation de son droit et de son application par sa juridiction, la CJUE. La CJUE a déjà déclaré incompatible, dans un avis 2/13 du 18 décembre 2014, le projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La CJUE estimait qu'un tel projet serait entré en contradiction avec l'autonomie du droit de l'Union européenne, car il visait à accorder le contrôle juridictionnel de certains des actes de l'Union à un organe externe, la CEDH. La CJUE ne pouvait que trancher de la même manière pour les tribunaux arbitraux. En définitive, dans l'arrêt Achmea, la CJUE s'est appuyé sur le principe de l'autonomie du droit de l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'une approche novatrice, car elle a déjà été développée dans les décisions historiques Van Gend[523] et de Costa[524]. Par la suite de ces deux arrêts, la CJUE a avancé ce concept pour renforcer les principes d'application directe et de suprématie du droit de l'Union européenne. Enfin, ce principe a été étendu et la CJUE a estimé que celui-

[522] Achmea, § 178.

[523] Affaire 26/62 Van Gend en Loos.

[524] Aff. 6/64, Flaminio Costa c. Enel.

ci devait interdire à ce que tout traité international puisse avoir un impact sur le droit de l'Union européenne, qui est un système « autoréférentiel ».

b.2. Le monopole contestable de la CJUE

181. La CJUE se présente comme l'unique garante de l'uniformité du droit de l'Union européenne. Avec l'arrêt Achmea, nous assistons à ce qui pourrait être qualifié d'une prise de pouvoir, d'une mainmise du règlement des différends entre les Etats et les investisseurs par la CJUE. L'Union européenne a progressivement placé ses pions, afin de s'assurer d'un monopole juridictionnel en la matière. Or, ce monopole ne détient aucun fondement juridique tangible, si ce n'est de s'appuyer sur l'article 344 du TFUE proclamant le principe d'autonomie du droit de l'Union européenne et visant à s'assurer de l'uniformité de son application. Ce faisant, la CJUE prône une impossibilité *prima facie* pour tout organe juridictionnel international de baser ses jugements sur l'application du droit de l'Union. Une telle approche doit être contestée. En quoi les tribunaux arbitraux font-ils courir un risque d'application non-uniforme du droit de l'Union ? Surtout, en quoi ce risque serait-il si grand pour en faire une justice à écarter ? Il n'existe aucune référence au principe de l'autonomie du droit de l'Union européenne au sein des traités européens[525]. En réalité, ce principe n'est que le fruit d'une interprétation particulière et évolutive des traités opérée par la CJUE, qui a voulu s'assurer de la préservation de l'intégrité du droit de l'union face aux interprétations et appréciations divergentes qu'en faisaient les juridictions nationales[526]. Ce processus d'autonomie, de constitutionnalisation du droit de l'Union est issu des arrêts Van Gend en Loos et Costa c. Enel. Dans la première affaire, la CJUE a énoncé que le droit de l'Union est « un nouvel ordre juridique du droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs

[525] Cf M.M. MBENGUE et A. FLOROU, « Evolutionary interpretation in investment arbitraton : About a judicial taboo », *in* G. ABI-SAAB, K. KEITH, G. MARCEAU et C. MARQUET (dir.), *Evolutionary interpretation and international law*, Oxford, Hart, 2019.

[526] J. ODERMATT, « When a fence becomes a cage : The principle of autonomy in EU External relations law », *EUI Working Papers*, 2016/07.

droit souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants »[527]. Dans la seconde affaire, la CJUE est allé encore plus loin, en affirmant le caractère autonome du droit de l'Union par rapport au droit international, jugeant que le traité de la CEE a institué un ordre juridique « propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction »[528].

182. En réalité, des juridictions concurrentes ne remettraient pas toujours en cause une telle uniformité. Comme l'ont énoncé les Professeurs Ch. Hillion et R. Wessel, « le problème semble donc découler du risque que l'application et l'interprétation du droit interne de l'UE (dans les litiges entre États membres entre eux ou entre les États membres et l'Union) soient contournées. Cependant, la question est de savoir à quel point le risque est grand »[529]. Or, le risque est parfois minime, tant le droit de l'Union européenne veille lui-même à sa propre uniformité d'application et cela s'est confirmé dans la manière dans laquelle ont été rédigés certains traités internationaux. Il était donc peu surprenant d'assister à une certaine résistance, y compris de la part des juridictions nationales des Etats membres de l'Union européenne, contre le monopole de la CJUE sur l'uniformité d'interprétation du droit de l'Union. Un tel affront est apparu de la Cour constitutionnelle allemande, contre deux décisions rendues par la CJUE le 6 novembre 2019. Les juges allemands ont tenté de réduire l'autorité de la CJUE. Il n'était pas question de rejeter l'institution, mais de discuter son autorité et ses fonctions. En l'espèce, il était question d'un conflit entre les droits fondamentaux internes et les droits fondamentaux de l'Union européenne, autrement dit d'une application parallèle des droits fondamentaux européens et nationaux.

---

[527] CJCE, 5 février 1963, aff. 26-62, EU :C :1963.1.

[528] CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, EU :C :1964.66.

[529] CH. HILLION et R. WESSEL, « The European Union and International Dispute Settlement : Mapping Principles and Conditions », *in* M. CREMONA, A. THIES et R. WESSEL (eds), *The European Union and International Dispute Settlement*, Hart, 2017, p. 4.

Il s'agissait de deux décisions en rapport avec le « droit à l'oubli » sur les informations personnelles disponibles sur internet[530]. Dans la première affaire, le demandeur avait agi contre un journal hebdomadaire allemand, « Der Spiegel », qui avait publié en 1982 et 1983 deux articles sur son procès, ayant été accusé à l'époque d'homicide volontaire[531]. Ces deux articles demeuraient disponibles dans les archives depuis 1999. Il suffisait d'écrire le nom du demandeur sur internet pour avoir accès, en tête d'affiche des résultats, à ces articles. Selon le demandeur, le droit allemand lui conférait le droit à l'oubli. Le Conseil constitutionnel, sur la base du droit allemand, a répondu favorablement à ses prétentions, malgré le principe de la liberté de la presse et de l'information et l'intérêt du public à avoir connaissance de ces articles. Dans la seconde affaire, le Conseil constitutionnel allemand s'est surtout retranché sur les droits fondamentaux européens de la Charte, à propos d'une émission de télévision téléchargeable en ligne via les archives où le demandeur employeur était identifié par son nom et où il était rappelé son accusation de traitement injuste envers une salariée licenciée[532]. Il suffisait d'écrire le nom de l'employeur sur internet pour avoir accès à l'archive et à l'émission en question. Cette fois ci, le demandeur n'avait pas agi contre l'émission de télévision ni contre la chaine, mais directement contre le moteur de recherche qui refusait de retirer l'émission de la liste de ses résultats. Pour le Conseil constitutionnel allemand, le droit à la vie privée et familiale et le droit à la protection des données personnelles, consacrés aux articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux, l'emportaient, en dépit de la liberté pour Google de gérer son commerce, prévue à l'article 16 de la charte et de la liberté d'expression de la chaine de télévision prévue à l'article 11. Cependant, le Conseil constitutionnel allemand a refusé les prétentions du demandeur, qui avait donné volontairement l'interview, et les juges ont refusé de retirer l'émission qui ne datait que de 2010, soit un temps insuffisamment long pour le droit à l'oubli.

Ces deux affaires ont rapport avec le droit européen sur la protection des données personnelles, le General Data Protection Regulation (GDPR). Dans la première affaire, il a été exclu d'appliquer le droit européen,

---

[530] D. BURCHARDT, « Blacklash against the Court of Justice of the EU ? The recent jurisprudence of the German Constitutionnal Court on EU Fundamental rights as a standard of review », *German L.J.* 2020, vol. 21, p. 1.

[531] Right to be Forgotten I, I BvR 16/13.

[532] Right to be Forgotten II, I BvR 276/17.

alors que l'article 85 de la GDPR imposait aux Etats membres de concilier le droit à la protection des données personnelles avec le droit à la liberté d'expression et d'information. Les juges allemands ont considéré qu'il devaient d'abord se référer au droit interne puis, au droit européen. Ils ont procédé à une application au minimum nécessaire du droit européen. Or, depuis les décisions Melloni et Akerberg Fransson, la CJUE a conféré une large applicabilité de la charte européenne des droits fondamentaux, limitant le champ d'application des droits fondamentaux internes[533]. Et si la CJUE a pu consentir à une application parallèle entre les droits de la charte européenne et les droits fondamentaux internes, c'est seulement sous la condition qu' « il est prévu que le niveau de protection offert par la Charte, tel qu'interprété par la Cour, et la primauté, l'unité et l'efficacité du droit de l'Union européenne ne soient pas compromis »[534]. Cela réduisait ainsi le rôle et l'applicabilité du droit interne en matière de droits fondamentaux.

La CJUE s'est émue de la position allemande avec un communiqué de presse cinglant : « D'une manière générale, il est rappelé que la Cour de justice a jugé de manière concomitante qu'un arrêt dans lequel la Cour rend une décision préjudicielle est contraignant devant le juge national aux fins de la décision à rendre dans l'affaire au principal. Afin de garantir une application uniforme du droit de l'Union, la Cour de justice seule - qui a été créée à cet effet par les États membres - est compétente pour statuer qu'un acte d'une institution de l'Union est contraire au droit de l'Union. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité de tels actes seraient en effet de nature à mettre en péril l'unité de l'ordre juridique de l'Union et à porter atteinte à la sécurité juridique. À l'instar des autres autorités des États membres, les juridictions nationales sont tenues de veiller à ce que le droit de l'Union prenne pleinement effet. C'est le seul moyen d'assurer l'égalité des États membres dans l'Union qu'ils ont créée ». Il s'agit d'un communiqué sans précédent, posant une obligation implicite de primauté du droit de l'Union européenne[535].

---

[533] CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Stephano Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11 ; CJUE, 7 mai 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 : « (L)'applicabilité du droit de l'Union européenne entraîne l'applicabilité des droits fondamentaux garantis par la Charte ».

[534] CJUE, 7 mai 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, *préc.*, § 29.

[535] Bundesverfassungsgericht (BVerfG) (Federal Constitutional Court), Case No. 2 BvR 859/15 (5 mai 2020). Cf J.

Les juges allemands n'ont pas remis en cause la primauté du droit de l'Union européenne, mais la compétence exclusive de la CJUE sur l'interprétation du droit de l'Union européenne. En somme, l'attitude allemande est légitime et a permis aux juridictions suprêmes nationales de faire entendre une voix résonnante dans le système européen de protection des droits fondamentaux. Cette attitude est une invitation à d'autres instances, notamment arbitrales, de se soulever contre l'hégémonie de la CJUE.

La CJUE a ensuite tenu à remettre en question la nécessité des juridictions privées en matière d'investissement, du fait de la présence, au sein de l'Union européenne, de juridictions compétentes et indépendantes.

c. Une fiabilité des juridictions des Etats membres à nuancer

183. Dans l'arrêt Achmea, la CJUE a affirmé que « la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union (…) prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais des Etats membres (…) est de nature à remettre en cause (…) le principe de confiance mutuelle des Etats membres (…) »[536]. La nécessité de juges privés est discutée, étant donné la prétendue qualité de tous les organes juridictionnels des Etats membres de l'Union européenne[537]. Dans l'arrêt Achmea, la CJUE utilise le vocable de « confiance mutuelle ». Mais et comme le dit un auteur,

LINDEBOOM, « Is the primacy of EU Law based on the equality of the member states ? A comment on the CJEU's Press release following the PSPP judgment », *German L.J*. 2020, vol. 21, p. 1032.

[536] Point 58 arrêt Achmea.

[537] Au cours d'un débat au sein du Parlement du Royaume-Uni, Zac Goldsmith, député du parti conservateur, avait demandé à son gouvernement : « (P)ourquoi avons-nous besoin de ces tribunaux dans un pays où l'Etat de droit est respecté, à peu près partout ? ».

« confiance en quoi et entre qui ? »[538]. La CJUE se base sur ce principe pour justifier la nature de l'autonomie du droit de l'Union européenne et comme une précondition à l'effectivité du fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union européenne[539]. Or, le concept de confiance mutuelle est considéré comme l'un des concepts les « plus élusifs » du droit de l'union européenne[540]. De surcroît, l'origine de ce concept est relativement inconnue, il a été créé par la CJUE elle-même dans sa jurisprudence. La CJUE a tenté de définir ce concept sans succès, d'autant qu'il n'est même pas explicitement indiqué dans le droit primaire (sauf quelques exceptions)[541].

La notion de « confiance mutuelle » détient des liens étroits avec les droits fondamentaux. Dès un rapport explicatif a la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne de 1997, il était énoncé que la réduction des motifs de refus d'extradition se justifiait par « les valeurs partagées, les traditions juridiques communes et la confiance mutuelle dans le bon fonctionnement des systèmes de justice pénale des Etats membres de l'Union européenne »[542].

184. Pourtant, les systèmes judiciaires européens ne sont pourtant pas toujours fiables, comme en attestent les Tableaux de bord de la justice dans l'Union européenne[543]. Le respect de l'Etat de droit, de l'indépendance de la justice, n'est pas garanti dans tous les Etats membres, de sorte que les investisseurs peuvent douter de la prise en compte de leurs intérêts en dehors de l'arbitrage[544]. Si l'Union européenne

---

[538] L. BOHACEK, « Mutual trust in EU Law : Trust in what and between whom ? », *Eur.J.LegalL.Stud*. 2022, vol. 14, p. 103.

[539] Opinion 2/13 EU :C :2014 :2454 et cf arrêt Achmea.

[540] M. MORARU, « 'Mutual Trust' from the perspective of National Courts : a test in creative legal thinking », *in* E. BROUWER et D. GERARD (eds.), *Mapping mutual trust : Understanding and framing the role of mutual trust in EU Law*, 2016, p. 38.

[541] A. WILLEMS, « The Court of Justice of the European Union's mutual trust journey in EU Criminal Law : From a presumption to (Room for) rebuttal », *German Law Journal* 2019, vol. 20, p. 468.

[542] Rapport explicatif à la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, texte approuvé par le Conseil le 26 mai 1997, JO, C 191 du 23 juin 1997, p. 13-26.

[543] Cf notamment le « Tableau de bord 2018 de la justice dans l'Union européenne : le rôle majeur des systèmes judiciaires dans la défense de l'état de droit et des valeurs de l'UE », 28 mai 2018, IP/18/3932.

[544] Cf Communiqué de presse, « Etat de droit : la Commission engage une procédure d'infraction en vue de préserver l'indépendance de la Cour Suprême polonaise », 2 juillet 2018, IP/18/4341 ; cf également W. SADOWSKI, « Protection of

est une communauté de valeurs, cela n'exclut pas la possibilité pour un juge national d'être un juge-partisan au profit de son propre Etat ou de son propre ressortissant. La méfiance dépasse la qualité de la justice d'un Etat. La confiance mutuelle dans la justice des Etats membres interroge, notamment si on se penche sur l'actualité. Pour illustration, la Pologne a fait face à un recours en manquement introduit par la Commission européenne, à cause notamment l'adoption d'une dizaine de lois modifiant substantiellement la structure du pouvoir judiciaire, en établissant un une influence des pouvoirs exécutifs et législatifs sur le pouvoir judiciaire. La Hongrie également a fait face à une action de la Commission européenne, alors que le chef d'Etat Victor Orban a annoncé à de multiples reprises son intention d'instaurer une « démocratie illibérale » et alors que la volonté du parti majoritaire de concentrer l'ensemble du pouvoir dans les seules mains du gouvernement est largement réaffirmée[545]. Des réformes sont d'ailleurs en cours pour réduire l'indépendance de la Cour constitutionnelle et du pouvoir judiciaire en général. Dans le cadre de ces deux actions enclenchées, la Commission européenne a mis en cause la dépendance des juges nationaux, et cela sera même consacré dans une résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée[546].

185. La procédure prévue par l'article 7 § 1 du TUE destinée à faire constater par le Conseil l'existence d'un risque clair de violation grave et persistante des valeurs prônées par l'article 2 du TUE contre la Pologne et la Hongrie a été enclenchée, la Commission européenne ayant intenté plusieurs recours en manquement contre ces Etats[547]. Et en 2021, la CJUE a affirmé que les juges polonais de degré supérieur « ne bénéficient pas des garanties et de l'indépendance dont tout juge devrait normalement bénéficier

---

the rule of law, in the European Union through investment treaty arbitration : Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe ? », *Common Mark. Law Rev.* 2018, p. 55.

[545] Cf sur la notion, F. ZAKARIA, « The rise of illiberal democracy », *Foreign Affairs*, 1997, p. 22-43.

[546] S. ADAM et P. VAN ELSUWEGE, « L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit », *Journal de droit européen* 2018, p. 334. Cf CJUE, 18 juin 2020, *Commission c. Hongrie*, aff. C-78/18.

[547] COM (2017) 835 et cf 2017/2131(INL).

dans un Etat de droit »[548]. La CEDH a aussi estimé que la composition du tribunal constitutionnel polonais était frappée de « graves irrégularités »[549]. Pourtant, à suivre le raisonnement Achmea, en cas d'annulation de la sentence arbitrale, l'investisseur devra se présenter devant les juridictions nationales, qui pourraient être les juridictions polonaises ou hongroises. Or peu importe, même la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt Slot, a jugé qu'il ne lui appartenait pas « de tirer unilatéralement des conséquences sur les procédures en cours engagées par l'Union européenne contre la Pologne au titre du respect de ses engagements en tant qu'Etat membre, étant rappelé que le principe de confiance mutuelle entre juridiction des Etats membres, qui consiste pour les juges à accorder confiance et respect des décisions rendues dans les autres Etats membres, doit prévaloir, en l'absence de décisions contraires des autorités compétentes de l'Union européenne » (§ 61)[550]. Dans l'arrêt Strabag la Cour d'appel a ajouté qu'il ne lui incombait pas « d'apprécier les conditions dans lesquelles les investisseurs sont susceptibles d'obtenir devant des juridictions étatique les réparations qu'ils demandent », et qu'il a été rappelé par la CJUE que la protection des droit subjectifs « doit être assurée dans le cadre du système juridictionnel des Etats membres » et qu'il appartient, le cas échéant, à la Commission européenne « d'engager des procédures d'infraction contre les Etats membres qui méconnaitraient les principes et valeur fondamentaux du droit de l'Union, les juridictions nationales n'étant pas juges des manquements qui seraient commis » (§ 93-94)[551]. Les intérêts des investisseurs sont relégués au second plan, devant le sacerdoce de la confiance mutuelle idéale.

186. Ce scepticisme envers les juridictions étatiques s'attache essentiellement au système juridictionnel des Etats nouvellement membres de l'Union européenne et avec qui des TBI intra-UE ont été conclus avant leur adhésion à l'Union. Si les TBI intra-UE ne concernent que 12,8 % du nombre total de TBI conclus par les Etats membres, 75 % des litiges d'investissement en 2014 portaient sur des contentieux

---

[548] CJUE 16 nov. 2021, aff. C-748/19 à C-754/19.

[549] CEDH, 7 mai 2021, n° 4907/18 (*Xero flor w Polsce sp z.o.o c. Pologne*). Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : la Cour de cassation crève l'abcès sur l'ordre public international », *D.* 2022.

[550] CA Paris, 19 avril 2022, n° 20/14581.

[551] CA Paris, 19 avril 2022, n° 20/13085.

entre des investisseurs d'un Etat membre et un autre Etat membre[552]. La quasi-totalité des arbitrages d'investissement ont été dirigés à l'encontre de nouveaux Etats membres. D'ailleurs, la grande majorité des TBI conclus par les Etats membres, comme la France, sont ou ont été conclus avec des Etats nouvellement membres de l'Union. Selon les chiffres, sur les 200 TBI intra-UE, 138 ont été conclus entre un Etat membre de longue date de l'Union européenne et un Etat nouvellement membre. Cinquante-quatre TBI concernent deux Etats membres de longue date de l'Union européenne[553]. Ces informations témoignent du fait que les Etats ont jugé nécessaire de prévoir, au bénéfice de leurs ressortissants, des garanties, en concluant avec ces Etats nouvellement européens des TBI contenant une offre publique d'arbitrage. De surcroît, l'Union européenne avait elle-même encouragé les Etats membres à conclure des TBI avec des Etats du continent européen, afin d'accélérer leur croissance économique, d'aider à leur développement et de leur permettre de « remplir plus vite les conditions de l'adhésion »[554]. Si l'Union européenne a planifié la conclusion de tels TBI, c'est peut-être parce que les droits des investisseurs privés n'auraient pas été effectivement protégés par les tribunaux nationaux au sein de l'Union européenne.

187. En définitive, la communauté de valeurs n'est pas un fait. C'est un idéal. Ce n'est rien d'autre qu'un acquis seulement prétendu. La CJUE considère la communauté de valeurs comme « une affirmation dont on tire une conclusion »[555]. Or, « (l)a confiance mutuelle équivaut à une présomption, plus ou moins absolue, selon laquelle tout Etat membre de l'Union respectent les mêmes valeurs en étant lié par les mêmes obligations internationales notamment dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme, (…) ». Il est erroné de percevoir la confiance mutuelle comme quelque chose de figée. La confiance mutuelle ne se décrète pas, elle se conditionne et se construit dans le temps, elle doit être sans

---

[552] UNCTAD, Investment Policy Hub database.

[553] *Ibid.*

[554] E. GAILLARD « L'affaire Achmea ou les conflits de logiques », *préc.*, p. 622 et cf l'article 72(2) de l'accord européen conclu entre les Communautés européennes et la Hongrie le 16 décembre 1991 (JO 1993, L. 347/2), mais également les accords conclus avec la Pologne en 1991 (JO 1994, L. 348/1), avec la Roumanie (JO 1994, L. 357/2), avec la République slovaque en 1993 (JO 1994, L. 359/2) ou encore avec la Croatie en 2001 (JO 2005, L. 26/3).

[555] A. REY, J. REY-DEBOVE et P. ROBERT (dir.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*

cesse renforcée. « De ce point de vue, la confiance mutuelle ne se présume pas : elle doit être créée (…) La confiance mutuelle (…) constitue un objectif à réaliser pour le législateur de l'Union »[556]. Ainsi, la CJUE a pris en compte les remarques de la Commission européenne qui avait établi l'existence d'un risque réel de violation du droit fondamental à un procès équitable garanti par l'article 47 de la Charte sur les droits fondamentaux, en raison de la défaillance du système juridictionnel polonais et des failles dans l'indépendance du système judiciaire. En condamnant la Pologne, la CJUE a démontré que la confiance mutuelle n'était pas une confiance pouvant être assurée de manière continue, ce qui ne rassurera pas les investisseurs étrangers[557]. Aujourd'hui, la Roumanie[558] et Malte[559] pourraient être les prochains Etats européens à être condamnés sur les mêmes fondements, car ils font l'objet d'une trentaine de recours et de renvois préjudiciels formés sur les thématiques de l'indépendance et de l'impartialité de leur système judiciaire.

En conclusion, en s'attachant à une comparaison infondée entre les traités d'investissements conclus par les Etats membres et les traités de l'Union européenne, la CJUE s'est montrée convaincue d'une protection équivalente rendant l'arbitrage d'investissement désuet. Or, la protection octroyée aux investissements étrangers au sein des traités d'investissement diffère de celle offerte par les traités européens. Les TBI accordent aux investisseurs des droits et des obligations qui ne sont pas les mêmes que ceux prévus par le droit de l'Union, mais qui, pour autant, ne contredisent pas les garanties de la protection des investissements internationaux énoncés par le droit de l'Union. Garante de l'interprétation du droit de l'Union, la CJUE s'est montrée soucieuse de préserver une uniformité d'interprétation de son droit, alors même que cette uniformité n'était pas mise en cause dans les faits de l'arrêt. En réalité, plusieurs pans de l'arrêt interrogent sur la portée à donner à la solution énoncée, pourtant confirmée dans la saga Micula.

---

[556] O. DE SCHUTTER, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », *in* G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Etudes européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 98.

[557] CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18, EU :C :2019.924.

[558] Il s'agit des affaires jointes C-83/19, C-127/19 et C-195/19.

[559] CJUE, *Republika*, C-896/19, 20 avril 2021, EU :C :2021 :311.

§2 : La suite de l'arrêt Achmea et la saga Micula

Dans l'arrêt Achmea, la CJUE semble avoir laissé plusieurs indices laissant envisager des portes entrouvertes à l'arbitrage d'investissement, en limitant notamment sa solution aux TBI intra-UE (1). Pour autant, ces motifs d'espoirs se heurtent à un rejet de l'institution de l'arbitrage, qui s'est aujourd'hui encore accru avec l'assimilation d'une compensation issue d'une sentence arbitrale en « aide d'Etat » (2).

1) Les raisons d'espérer après Achmea

La Commission européenne, dans sa déclaration du 18 juillet 2018 sur la protection des investissements intra-européens, a préconisé de faire table rase de l'ensemble des TBI intra-UE, de remettre en cause des procédures arbitrales en cours et de ne plus reconnaitre des sentences arbitrales déjà prononcées. Cependant, la grande majorité des traités d'investissement contient des clauses de survie, destinées à étendre la protection des investissements jusqu'au terme de ces derniers. Ces clauses de survie auraient pu contribuer à maintenir l'arbitrage d'investissement, même après une abrogation des traités d'investissement (a). De plus, un sursis de l'arbitrage d'investissement peut être espéré, car la solution Achmea devra être exécutée dans les Etats membres ainsi que par les tribunaux arbitraux (b). Enfin, l'omniprésence des traités d'investissement pourrait ne plus être la tendance du second quart du XXI^{e} siècle et la relation contractuelle entre investisseurs et Etats aurait alors pu trouver un véritable terrain d'élection pour faire vivre l'arbitrage. D'ailleurs et comme l'a rappelé la CJUE dans l'arrêt Achmea, les tribunaux arbitraux conserveraient leur office, en matière d'investissement, pour les arbitrages commerciaux (c).

a. Les clauses de survie

188. Les Etats ont très souvent consenti, au sein de leurs traités d'investissement, des clauses dites « zombie », de temporisation ou « sunset clauses ». Ces clauses permettent à un investisseur, même en cas d'abrogation de l'accord d'investissement, d'intenter un recours devant un tribunal arbitral CIRDI contre l'Etat, pour les investissements effectués avant l'abrogation. Dans l'affaire Gavazzi c. Roumanie, un investisseur italien avait été autorisé, en application de la « sunset clause », à enclencher une procédure arbitrale et ce, malgré la résiliation deux ans auparavant par la Roumanie du TBI conclu entre la Roumanie et l'Italie en 1990[560]. Dans le silence des parties, même en cas d'extinction du TBI, la clause de survie aurait pu rester active. Comme l'a affirmé le tribunal arbitral dans l'affaire Eastern Sugar c. République Tchèque, « il ne peut être que rejeté l'argument de la République tchèque selon lequel la résiliation implicite du TBI par l'adhésion a également mis fin aux effets continus expressément garantis par l'art. 13 (3) du TBI »[561].

189. Aujourd'hui et de plus en plus, les Etats tentent de réduire la portée de leurs engagements et veulent se détacher des clauses de survie, qu'ils considèrent comme entrant en conflit avec les démocraties européennes, puisque par supposition, si un accord international prend fin, c'est que le Parlement l'a décidé et a voté en ce sens. Des dénonciations mutuellement consenties des clauses de survies sont à recenser. Des Etats comme l'Indonésie ou le Pérou se sont accordés pour affirmer expressément que l'extinction d'un TBI entrainait avec elle l'extinction des clauses de survie. La Tchéquie a adopté cette position après la dénonciation mutuelle de TBI conclus avec la Slovénie, le Danemark, Malte ou encore l'Estonie. Après tout, les Etats sont les signataires des TBI, ils sont donc en droit de renoncer à une disposition mutuellement consentie.

---

[560] Sent. CIRDI, *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi c. Roumanie*, aff. n° ARB/12/25.

[561] *Eastern Sugar BV Netherlands c. République Tchèque préc*., § 175 et cf C. BINDER, « A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs », *JWIT* 2016, p. 978.

190. La Commission européenne a tenté d'inciter les Etats membres à renégocier leurs TBI intra-UE, pour en éliminer la clause de survie, avant de chercher à annuler le TBI renégocié et délesté de sa clause de survie[562]. Les 15 et 16 janvier 2019, les Etats membres ont émis des déclarations faisant suite à l'arrêt Achmea et à ses conséquences. Les Etats membres ont souligné que le droit de l'Union européenne ne suffira pas à remplacer le contenu des TBI et qu'il conviendra de s'accorder sur un droit européen de l'investissement. En ce sens, aux côtés de l'Allemagne ou encore de l'Autriche, la France a proposé un accord plurilatéral entre les Etats membres ayant conclu des TBI entre eux. Cet accord aurait confirmé la mise au ban des TBI, mais aurait prévu le respect du jeu des clauses protectrices contenues dans ces traités pendant une période minimale de cinq ans et de maintenir les instances en cours. Malgré tout, dans ces déclarations, il était déjà appelé à terme à la neutralisation des clauses de survie des TBI intra-UE. Dans l'hypothèse où le TBI intra-UE serait mutuellement dénoncé par les Etats membres signataires, les investisseurs pourraient potentiellement perdre le bénéfice des clauses de survie[563]. L'article 54 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose que « l'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) Conformément aux dispositions du traité ; ou b) À tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres Etats contractants ». Aujourd'hui, le traité portant extinction des TBI intra-UE de 2020 (**cf infra n. 238 et s**) ne laisse guère de doute sur la mise à l'écart des clauses de survie.

191. Une telle position doit être combattue. La valeur attachée à ces clauses de survie par les investisseurs n'est pas anodine. Ces clauses confèrent des droits à des opérateurs économiques et ont potentiellement été l'une des raisons de leurs investissements opérés dans le territoire de l'une des parties. Une clause de survie doit être considérée comme un droit acquis pour les investisseurs. Il est « bien établi en droit international qu'un État ne peut pas retirer des droits acquis à un investisseur étranger par une législation

---

[562] E. GAILLARD, « L'affaire Achmea ou les conflits de logiques », *préc.*, p. 616 et p. 623.

[563] L'article 70 de la Convention de Vienne, portant sur les conséquences de l'extinction d'un traité, dispose qu' : « 1. (A) moins que le traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, le fait qu'un traité a pris fin en vertu de ses dispositions ou conformément à la présente Convention : a) Libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité ; b) Ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation ni aucune situation juridique des parties créées par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin ». Cf T. VOON, V. MITCHELL, A. MUNRO, « Parting Ways : The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights », *ICSID Rev*. 2014.467.

nationale abrogeant la loi accordant ces droits »[564]. La brutalité est invitée à ne pas accompagner l'arrêt Achmea, autrement dit des mesures transitoires conviennent d'être adoptées, avant de mettre un terme définitif à l'arbitrage d'investissement intra-européen[565].

b. Le sursis des sentences CIRDI

192. Certains auteurs ont tenté de convaincre d'une portée limitée de l'arrêt Achmea. Le Professeur Nouvel a prôné « une lecture minimaliste des conséquences qui découlent de l'arrêt, dans la mesure où il prend appui (…) sur une clause d'une grande spécificité »[566]. A l'inverse, le Professeure Lemaire a indiqué que « (s)'agissant (…) des arbitrages d'investissement intra-européens, il est difficile d'exclure tout impact de l'arrêt commenté. Plusieurs de ses motifs expriment implicitement, mais nécessairement la volonté du juge européen d'aller au-delà de l'espèce qui lui était soumise »[567]. Et il ne fait plus de doute aujourd'hui que les juridictions européennes devront tirer les enseignements de l'arrêt Achmea. Le Professeur Gaillard notait que « (…) le juge allemand (…) pourra difficilement donner effet à un consentement déclaré incompatible avec le droit de l'Union la plus haute autorité de l'Union sans méconnaître l'ordre public de l'Union et, par là même, l'ordre public allemand »[568]. Si les juridictions allemandes ne respectent pas la position de la CJUE, l'Etat allemand s'expose à une action en responsabilité à son encontre, à une action en manquement et en dommages-intérêts[569]. Ainsi, les juridictions allemandes ont

---

[564] Sent. CIRDI, 21 juillet 2008, *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmelteri AS c. République du Kazakhstan*, aff. n° ARB/05/16, § 335.

[565] Aujourd'hui, le nombre de TBI intra-UE qui ont été abolis est estimé à 10 % (UNCTAD, Investment Policy Hub database).

[566] Y. NOUVEL *préc.*, *JDI* 2018.903. Cf également P. PINSOLLE et I. MICHOU, « Arbitrage : L'arrêt *Achmea* la fin des traités d'investissement intra-UE ? », *Dalloz actualité*, 7 mars 2018 et cf B. HESS, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, mars 2018..

[567] S. LEMAIRE, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb.*. 2018.4024.

[568] E. GAILLARD *préc.*

[569] Cf CJUE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *AJDA* 2003.2146, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT.

tiré les conséquence de l'arrêt Achmea. Le 31 octobre 2018, la BGH a considéré que la clause d'arbitrage contenue dans le TBI entre la Slovaquie et les Pays-Bas était incompatible avec le droit de l'Union européenne et que la sentence arbitrale rendue sous le biais de cette clause devait être écartée. Pour ce faire, la BGH s'est fondée sur la Section 1059(2)(a) du Code de procédure civile, qui permet d'écarter une sentence arbitrale rendue sous le fondement d'un accord d'arbitrage invalide[570]. Les juridictions étatiques sont tenues d'appliquer les décisions de la CJUE, lorsque ces décisions répondent à une question préjudicielle, car celles-ci sont rendues *erga omnes*. En définitive, elles s'imposent aussi bien à la juridiction nationale ayant posé la question, qu'aux autres juridictions des Etats membres pour des faits similaires.

193. Dans l'arrêt Achmea, le TBI conclu entre la Slovaquie et les Pays-Bas contenait une clause de choix de loi en faveur du droit slovaque. Le droit européen est partie intégrante du droit national des Etats membres et, en l'occurrence, du droit slovaque. Pour autant, tous les TBI intra-européens ne contiennent pas de disposition relative au droit applicable et certains visent simplement le droit international[571]. « La grande majorité des TBI (…) des pays tels que les États-Unis, le Royaume-Uni, la France ou l'Allemagne ne contiennent pas de clause de droit applicable en matière de différends relatifs aux investissements entre l'un des États contractants et les investisseurs d'autres États contractants »[572]. Dès lors, il aurait pu suffire de soumettre les TBI au droit international. Certes, le Professeur Gaillard avait rappelé que la CJUE a pris soin de relever qu'il suffira que le tribunal arbitral, appelé à se prononcer sur les seules violations de l'accord de protection des investissements, soit invité à « tenir compte **notamment** du droit en vigueur de la partie contractante concernée ainsi que tout accord pertinent entre les parties contrac-

[570] BGH, 31 octobre 2018, I ZB 2/15, ECLJ :DE :BGH :2018 :311018B IZB2.15.0.

[571] Cf par exemple l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements conclu le 6 novembre 1986 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République populaire hongroise qui dispose, à l'article 9(3) que « (l)e tribunal d'arbitrage statue conformément aux dispositions du présent Accord et aux règles et principes du droit international ».

[572] Y. BANIFATEMI, « The Law applicable in Investment Treaty Arbitration », *in* K. YANNACA-SMALL, *Arbitration Under International Investment Agreements : A Guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010, p. 200.

tantes » (point 40), pour que « les foudres de l'exclusivisme (''autonomie'') du droit de l'Union s'abattent sur lui »[573]. Ce faisant, la CJUE a mis un coup d'arrêt à tous les traités intra-UE nés après l'arrêt Achmea ou avant l'arrêt, mais non encore dénoncés et surtout à l'arbitrage même.

194. A cela, il convient de rétorquer. Les arrêts de la CJUE ne sont pas contraignants pour les tribunaux arbitraux. La portée de l'arrêt Achmea aurait dû être relativisée, dès lors que le juge de l'annulation serait un juge tiers à l'Union européenne et favorable au principe de validité de la clause d'arbitrage. Il se poserait seulement la question de l'effectivité de la sentence arbitrale et celle de son exequatur au sein de l'Union européenne. Mais sous quel motif un juge étatique de l'Union européenne pourrait refuser d'appliquer la convention de New-York à une telle sentence ? Le seul moyen serait d'interpréter la jurisprudence Achmea en une « cause objective d'inarbitrabilité »[574]. Or, en aucun cas l'arrêt Achmea ne constitue une cause objective d'inarbitrabilité, puisque ce n'était ni le sujet ni la matière en question qui était inapplicable, mais la capacité de l'Etat européen de soumettre validement son litige à un arbitrage d'investissement qui était en cause. Il s'agit là d'une cause subjective[575]. Par conséquent, l'Etat membre violerait l'article 46 de la convention de Vienne sur le droit des traités en arguant d'une incapacité manifeste qui n'existait pas au moment de l'émission de son offre publique d'arbitrage. Par ailleurs, avec l'arrêt Achmea, l'investisseur peut ne pas rechercher l'exequatur dans un Etat membre de l'Union européenne, mais procéder à une saisie des biens de l'Etat d'accueil et à l'exécution de la sentence arbitrale dans un Etat tiers où l'Etat d'accueil détient des biens saisissables[576].

195. Dans l'arrêt Achmea, la CJUE a implicitement énoncé qu'une sentence arbitrale rendue sur le fondement d'un TBI intra-UE devra faire l'objet d'une annulation dans les juridictions des Etats membres.

---

[573] E. GAILLARD *préc.*

[574] Article V(2)(a) de la Convention de New-York.

[575] Article V(I)(a) de la Convention de New-York.

[576] Cf B. KOVACS, « Watch for the ripples, not just the splash : How the EU position on investment arbitration has affected the enforcement of awards », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 137.

Une telle affirmation revient à ignorer le fait que les parties peuvent conventionnellement exclure le recours en annulation[577]. Les Etats sont également maîtres dans l'appréciation qu'ils donnent à la question de l'ordre public. Si la sentence ne doit pas être « manifestement contraire à l'ordre public international » au stade du recours en annulation ou de l'exequatur[578], les juges du for contrôleront, selon leur propres critères, la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public[579]. Aux yeux de l'Etat français, la contrariété d'une sentence arbitrale à l'ordre public se caractérise par une violation « effective et concrète » de celui-ci[580]. Ne pas annuler une sentence arbitrale fondée sur un TBI intra-UE violerait-il l'ordre public ? La jurisprudence française a estimé que « la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit européen porte atteinte à la conception française de l'ordre public international dès lors que la règle méconnue est impérative et effectivement applicable à la cause »[581]. Par conséquent, il semble bien que le non-respect de l'arrêt Achmea d'un juge national étatique d'un Etat membre viole l'ordre public européen. Nonobstant, la portée de cet arrêt ne semble pas concerner les sentences CIRDI qui doivent être immédiatement exécutées comme s'il s'agissait d'un jugement définitif rendu par un tribunal de cet État. Ainsi, toutes les sentences arbitrales ne seront pas soumises à un recours en annulation ou à une procédure d'exequatur[582]. Le CIRDI se charge lui-même d'édifier les procédures visant à contrôler ses sentences[583]. Si un Etat pourrait se réfugier derrière son immunité d'exécution pour ne pas appliquer une sentence

---

[577] Même si cette possibilité est prohibée en France par l'article 1522 du Code de procédure civile : « (p)ar convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

[578] CA Paris, 12 mars 1985, *Rev. arb*. 1985.299.

[579] J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, p. 563.

[580] Article 1520.5° du Code de procédure civile ; cf également L.G. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005.535 ; cf également Cass. civ. 1re, 4 juin 2008, n° 06-15.320 et Cass. civ. 1re, 11 mars 2009, n° 08-12.149.

[581] CA Paris, 16 avril 1996 et Cass. civ. 1re, 4 juin 2008, n° 06.15-320.

[582] Article 54 de la Convention CIRDI.

[583] Articles 51 et 52 de la Convention CIRDI.

CIRDI interprétant et appliquant le droit de l'Union, le recours à celle-ci ne pourra pas conduire à un contrôle de la sentence CIRDI fondée sur l'ordre public international.

196. En définitive, la CJUE a conféré à son arrêt Achmea une portée générale, en ne la limitant pas aux seuls faits de l'espèce. Cette solution s'étend à toutes les hypothèses de même nature. De surcroît, se pose aujourd'hui la question de l'avenir des sentences arbitrales prononcées à propos d'arbitrage, mais non encore exécutées. Et leur avenir est mal embarqué. Dans l'affaire Dan Cake c. Hongrie, l'Etat hongrois a réclamé l'annulation de la sentence arbitrale CIRDI en se fondant sur l'arrêt Achmea[584]. Pour le moment, les tribunaux arbitraux ont décidé de rejeter les prétentions des Etats membres de l'Union européenne soutenues par la Commission européenne. Egalement, à la suite de l'arrêt Achmea, l'Espagne avait demandé, conformément à l'article 38 du règlement CIRDI, la réouverture de la procédure arbitrale qui l'opposait à l'investisseur Masdar[585]. Le tribunal arbitral a souligné que l'arrêt Achmea ne pouvait pas s'appliquer, puisqu'il avait trait à un TBI intra-UE, alors que l'affaire Masdar reposait sur le traité sur la charte de l'énergie[586]. Les tribunaux arbitraux tentent de résister.

c. La relation contractuelle en substitut des traités d'investissement

197. Le recours aux contrats d'investissement. Même si cela ne sera pas toujours possible, l'arrêt Achmea aurait pu entrainer, progressivement, la substitution des TBI par le recours aux contrats conclus directement entre les Etats d'accueil et les investisseurs privés étrangers[587]. L'Union européenne ne

---

[584] Sent. CIRDI, *Dan Cake c. Hongrie*, aff. n° ARB/12/9. Cf V. KOROM, « The impact of the Achmea Ruling on Intra-EU BIT Investment Arbitration – A Hungarian Perspective », *Hungarian Yearbook of international Law and European law* 2020, vol 8 (1), p. 53-74.

[585] Sent. CIRDI, 16 mai 2018, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, § 669.

[586] *Ibid*. Cf également sent. CIRDI, 31 août 2018, V*attenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co.oHG, and Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co.oHG c. Allemagne*, aff. n° ARB/12/12, Décision sur la question Achmea, § 154 et § 208.

[587] H. REZA YOUNESI, « The implementation of relational contract theory in international investment contracts »,

pourra pas annuler des clauses d'arbitrage, indépendantes du contrat dans lequel elles s'insèrent. Autrement, la CJUE aurait à traiter de la légalité d'un contrat au regard du droit de l'Union (mais l'arrêt PL Holding met à mal cette vision, **cf infra n. 232 et s.**). Son rôle ne peut se cantonner à une telle expertise. L'arrêt Achmea s'est seulement référé aux « international agreements » entre Etats et ne doit donc pas s'appliquer aux contrats internationaux d'investissement contenant une clause d'arbitrage[588]. Les investisseurs de l'Union européenne auraient donc pu tenter de négocier contractuellement avec un Etat membre de l'Union européenne des garanties pour la protection de leur investissement et un arbitrage.

198. A cela, il pourrait être répliqué que contractualiser de manière exclusive ces relations pour en faire une alternative aux TBI ne serait pas viable à terme. Seuls les investisseurs les plus expérimentés et ceux dotés d'un réel pouvoir de négociation parviendraient à conclure des contrats contenant des clauses d'arbitrage, de stabilisation, de traitement juste et équitable voire de la Nation la plus favorisée. Les investisseurs ne sont pas tous en position de force sur les marchés internationaux. Dès lors, soit ces investisseurs en viendront à conclure des contrats parfaitement déséquilibrés avec les Etats d'accueils (rejet des clauses de stabilisation, protection minimale du traitement juste et équitable, refus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée, accroissement des obligations imputables aux investisseurs …) ; soit les investisseurs rechigneront à s'implanter dans un Etat d'accueil et à conclure le moindre contrat avec celui-ci, sachant qu'ils ne seront pas suffisamment protégés. La seconde hypothèse serait désastreuse pour l'Etat d'accueil, qui perdra tous les bénéfices sociaux et économiques de l'implantation d'investisseurs privés étrangers.

199. L'absence de contagion à l'arbitrage commercial. Comme l'a rappelé la CJUE dans l'arrêt Achmea, les tribunaux arbitraux doivent conserver leur office en matière d'investissement pour les arbitrages

---

International trade law & Regulation 2021, vol. 27 (4), p. 256-279.

[588] Cf A. DE NANTEUIL, « L'indifférence comme art majeur : les réactions des tribunaux arbitraux à l'arrêt Achmea », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration* n° 2018/4, p. 787-794 et cf A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit*.

commerciaux. La CJUE a énoncé que « les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales exercé par les juridictions des Etats membres revête un caractère limité, pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puisse être examinées dans le cadre de ce contrôle et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel »[589]. La CJUE a distingué l'offre d'arbitrage contenue dans un TBI « d'une procédure d'arbitrage commercial » qui « trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause »[590]. La position de la CJUE prête à confusion. L'arbitrage commercial peut avoir à rencontrer des questions ayant trait au droit de l'Union. De plus, le contrôle des sentences commerciales et celui des sentences d'investissement rendues en dehors du CIRDI est similaire (**cf infra n. 237.**).

200. Dans des arrêts rendus en 1999 et en 2006, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) s'était déjà prononcée sur la compatibilité de l'arbitrage commercial avec le droit de l'Union européenne[591]. Dans ces arrêts, des requérants estimaient l'arbitrage commercial incompatible avec le droit de l'Union en ce que les tribunaux arbitraux n'étaient pas autorisés à poser des questions préjudicielles à la Cour de l'Union, ce qui risquait de contrevenir avec les nécessités d'une application harmonieuse et uniforme du droit de l'Union européenne. La Cour a rappelé les avantages de l'arbitrage commercial, notamment sa rapidité et ses coûts, et a estimé qu'un contrôle limité des sentences arbitrales se justifiait par l'efficacité de la procédure arbitrale[592]. De même, dans l'arrêt Achmea, la CJUE a énoncé que l'autonomie de la volonté n'était pas de même nature entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement. C'est à tort que la CJUE a considéré que l'arbitrage commercial tient place par l'autonomie de la

[589] Point 54.

[590] Point 55.

[591] CJCE, 1er juin 1999, *Eco-Swiss*, aff. C-126/97, EU :C :1999 :296 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, EU :C :2006 :675.

[592] « Il convient ensuite d'observer que les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance justifiée, que dans des cas exceptionnels » (CJCE, 1er juin 1999 *préc*., point 35).

volonté des parties contrairement à l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage d'investissement est consenti par les Etats signataires des TBI et par les investisseurs privés étrangers qui décident d'accepter l'offre publique d'arbitrage émise[593].

En réalité, si l'hostilité de l'Union européenne à l'encontre de l'arbitrage d'investissement ne se retrouve pas à l'égard de l'arbitrage commercial, ce serait aussi parce que l'arbitrage commercial ne met généralement pas en présence une partie étatique avec une partie privée. Une telle appréciation est erronée et ne prend pas en considération la présence des contrats d'Etat.

Si la CJUE, dans l'arrêt Achmea, semblait laisser des raisons d'espérer à la survie de l'arbitrage d'investissement, les espoirs se sont envolés à travers, notamment, la saga Micula.

2) La compensation assimilée à une aide d'Etat

Les faits de l'affaire Micula ne laissait que peu de doutes à la condamnation, par la CJUE, de l'arbitrage d'investissement (a). Si le fait de considérer une compensation octroyée par un tribunal arbitral comme une aide d'Etat interroge et doit être combattu (b), il rend encore plus délicat l'exécution à l'étranger d'une sentence arbitrale en matière d'investissement (c).

[593] La CJUE a peut-être voulu dire que, si dans l'arbitrage d'investissement, il y a bien un accord de volontés entre les parties aux traités, il n'y a pas d'accord de volonté entre les parties au litige. Mais on ne voit pas en quoi la CJUE est concernée par le fait que la rencontre des autonomies de la volonté diffère de celle présente dans l'arbitrage commercial.

a. Présentation de l'affaire Micula

201. Dans la saga Micula, il était question de savoir si un Etat pouvait justifier la violation d'un TBI pour se conformer à ses obligations européennes ? En l'espèce, des investisseurs suédois avaient investi dans la distribution alimentaire et de boissons. Ces investisseurs arguaient d'une violation du traitement juste et équitable tel que défini par le TBI conclu entre la Suède et la Roumanie en 2003. La Roumanie avait, en 2005 et dans un contexte d'adhésion à l'Union européenne, révoqué un programme mis en place en 1999 destiné à encourager les investissements dans certaines régions pauvres et défavorisées du pays. Les frères Micula avaient investi dans l'une de ces régions. La révocation de ce programme apparaissait, aux yeux des investisseurs, contraire aux engagements pris par le gouvernement roumain en 1999, de maintenir pendant au moins dix ans un tel programme et contraire à leurs attentes légitimes (protégées par l'article 2(3) du TBI). Pour le gouvernement roumain, cette révocation était contrainte par le fait que ce programme était devenu incompatible avec le droit européen. Autrement dit, cette révocation était devenue inévitable, du fait de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne[594]. Le 11 décembre 2013, le tribunal arbitral a condamné l'Etat roumain à verser près de 180 millions d'euros aux investisseurs. Pour le tribunal, il ne pouvait pas être demandé aux arbitres d'avoir connaissance et de respecter toute l'exhaustivité du droit de l'Union européenne, d'autant que le droit européen n'est pas entièrement codifié et résulte aussi de l'appréciation et de la jurisprudence de la CJUE. Le tribunal arbitral a considéré que, s'il convenait de prendre en compte le contexte politique de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, il n'en demeurait pas moins qu'il y a eu violation du traitement juste et équitable contenu dans le TBI et une violation des attentes légitimes des investisseurs privés. Par conséquent, un Etat ne peut pas se fonder sur ses obligations communautaires pour ne pas respecter un TBI. La Commission européenne estimait que, dès lors que les arbitres étaient amenés à interpréter les TBI, ils devaient les interpréter à la lumière du droit communautaire[595].

---

[594] Il est d'ailleurs intéressant de souligner que la Commission européenne, elle-même, était venue participer à la procédure arbitrale en tant qu'amicus curiae, comme elle a l'habitude de le faire (elle l'avait déjà fait dans les affaires *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, sent. CIRDI, aff. n° ARB/07/22 et *Electrabel S.A c. Hongrie*, sent. CIRDI, aff. n° ARB/07/19, sur le fondement du traité sur la chartre de l'énergie).

[595] A l'instar de ce qu'a énoncé la CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Pays-Bas*, aff. C-26/62.

Cette compensation a été versée par la Roumanie. Puis, le 30 mars 2015, la Commission européenne est intervenue et a contesté l'octroi de cette compensation, en voyant dans ce paiement volontaire une aide d'Etat illégale en vertu du droit européen. Pour la Commission européenne, « toute décision rétablissant les privilèges annulés par la Roumanie ou octroyant des compensations aux requérants en arbitrage pour la perte de ces privilèges constituerait une nouvelle aide qui ne serait pas compatible avec le TFUE »[596]. La Commission européenne a alors opéré une procédure formelle d'examen en application de l'article 108 § 2 du TFUE, à la suite d'une exécution partielle de la Roumaine de la sentence arbitrale.

202. Le Tribunal de l'Union européenne a été saisi et, contre toute attente, a annulé la décision de la Commission dans un jugement rendu le 18 juin 2019. Le Tribunal de l'Union européenne a considéré que la Commission européenne avait adopté une approche erronée, consistant à appliquer de manière rétroactive sa compétence à des faits antérieurs à l'accession de la Roumanie au sein de l'Union européenne, accession datant de janvier 2007. Or, la dénommée « aide d'Etat », issue du versement de la compensation prononcée par le tribunal arbitral, tirait sa source de la violation du traitement juste et équitable en 2005. Le Tribunal de l'Union européenne a estimé qu'il n'avait pas à appliquer le droit de l'Union européenne à des faits qui étaient intervenus après l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne[597]. Autrement dit, le droit européen des aides d'Etat n'était pas applicable à l'indemnisation prononcée par les arbitres, car cette compensation ne visait que des faits commis avant cette adhésion. La Commission européenne a formé un pourvoi le 27 août 2019, en estimant que c'était à cause du fait du versement des compensations, que l'aide d'Etat s'était matérialisée. Selon les conclusions présentées le 1er juillet 2021 par l'avocat général Spuznar, il y aurait eu une erreur du Tribunal, car « l'élément déterminant pour établir le moment d'octroi d'une aide supposée est l'acquisition, par le bénéficiaire de la

[596] Arrêt du 18 juin 2019, *European Food c. Commission*, aff. T-624/15, T-694/15 et T-704/15.

[597] Arrêt du Tribunal, point 69, citant l'arrêt du 21 mars 2013, *Magdeburger Mühlenwerke*, aff. C-129/12, points 40 et 41.

mesure en en cause, d'un droit certain à la recevoir et l'engagement corrélatif à la charge de l'Etat d'accorder la mesure »[598]. Or, la Roumanie avait contesté le versement et alors, l'indemnisation n'avait pu être accordée par les arbitres qu'après l'adhésion de la Roumaine à l'Union européenne.

203. La CJUE s'est appuyée sur ces conclusions de l'avocat général, en considérant que « même si, comme l'a relevé le Tribunal à de multiples reprises dans l'arrêt attaqué, l'abrogation, prétendument en violation du TBI, du régime d'incitations fiscales en cause constitue le fait générateur du dommage, le droit à l'indemnisation en cause a été accordé par la seule sentence arbitrale laquelle, ayant accueilli la demande introduite par les requérant en arbitrage, a non seulement constaté l'existence de ce droit, mais en a également quantifié le montant »[599]. Ainsi, l'aide d'Etat était présente et les règles européennes sur ce sujet devait s'appliquer[600]. De surcroît, la CJUE a même estimé que le Tribunal avait eu tort de considérer que l'arrêt Achmea n'était pas pertinent, car « dès lors que, à compter de l'adhésion de la Roumanie à l'Union, le système des voies de recours juridictionnel prévue par le TUE et le TFUE s'est substitué à cette procédure d'arbitrage, le consentement à cet effet donné par cet Etat est désormais dépourvu de tout objet »[601]. Finalement, la CJUE s'est fait l'écho de sa jurisprudence Achmea, en estimant que la compétence de la Commission européenne était valide et que dès lors, l'article 108 du TFUE lui octroyait le droit de contrôler les aides de la Roumanie depuis son adhésion à l'Union européenne. Ce faisant, la CJUE a tenu à rappeler que les aides d'Etat doivent être appréciées comme ayant été attribuées, en application de l'article 107 (1) du TFUE, à la date à laquelle le droit de la percevoir est conféré au bénéficiaire en vertu de la législation nationale applicable. Et cette date est à relier à celle du prononcé de la sentence arbitrale en 2013. Or, cette date est postérieure à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne. Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne devra rejuger l'affaire et, cette fois, prendre en considération la jurisprudence Achmea.

---

[598] *Commission c. European Food*, aff. C-638/19 P.

[599] *Commission c. European Food*, aff. C-638/19 P, 25 janvier 2022, point 125.

[600] Cf sous l'arrêt, L. IDOT, « Aides d'État - Date d'octroi de l'aide et sentence arbitrale », *Europe* 2022, n° 3, comm. 84.

[601] Point 145.

b. Une qualification d'aide d'Etat à contester

204. La CJUE a annulé la décision du tribunal qui avait estimé que la Commission européenne ne détenait pas la compétence *ratione temporis* pour affirmer que la compensation allouée aux investisseurs par le gouvernement roumain, à la suite de la sentence arbitrale, était une aide d'Etat. La CJUE a estimé qu'à compter de l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, son consentement à l'arbitrage contenu dans un TBI intra-UE était dépourvu de tout objet.

205. Juridiquement, s'agissait-il réellement d'une aide d'Etat ? L'article 107 § 1 du TFUE dispose que « sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etats sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Par conséquent, une aide d'Etat est caractérisée lorsque la mesure contribue à donner un avantage économique sélectif à un investisseur ; si la mesure provient d'un Etat ou de ses ressources ; si la mesure fausse ou risque de fausser la concurrence et ; si la mesure atteint les échanges commerciaux entre les Etats membres[602]. La Commission européenne a estimé qu'en exécutant la sentence et en octroyant la compensation, la Roumanie avait donné un avantage économique en accordant un montant qui correspondait exactement au montant des incitations fiscales dont les investisseurs auraient pu prétendre à bénéficier entre l'abrogation de celles-ci et la date d'expiration initialement prévue de ces incitations (2005 pour l'un, 2009 pour l'autre). Ensuite, la Commission européenne a estimé que ce versement de la compensation entraînait une sélectivité, car le TBI n'accorde de droit d'indemnisation qu'aux investisseurs suédois. De plus, le versement de cette compensation faisait intervenir des ressources de l'Etat et, enfin, portait atteinte à la concurrence en ce que ce versement accordait des avantages supplémentaires par rapport aux concurrents.

[602] Point 121.

206. En réalité, c'était à raison que le Tribunal de l'Union européenne avait estimé que conformément à la jurisprudence Asteris, la réparation d'un préjudice subi ne peut pas être assimilée à une aide d'Etat, sauf si elle conduit à réparer le retrait d'une aide illégale ou incompatible en vertu du droit de l'Union européenne[603]. Or, cette exception n'était pas présente dans l'affaire, car le droit de l'Union n'était pas applicable, en tout cas pour la période antérieure à l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne. En droit européen, une aide d'Etat est caractérisée si les avantages sont « imputables à l'Etat ». C'est la CJUE elle-même qui l'a affirmé en 2021[604]. En l'espèce, il ne s'agit pas d'un avantage imputable à la Roumanie, car ce n'est pas la Roumanie qui a décidé de verser la compensation financière, l'Etat roumain a simplement été forcé d'exécuter la sentence arbitrale afin de ne pas enfreindre ses obligations qui lui sont imposées en application du TBI et de la convention CIRDI.

207. En définitive, une telle assimilation de la sentence en aide d'Etat est intolérable et constitue un cas grave et extrême de spoliation envers l'investisseur qui sera d'ailleurs doublement spolié (à la fois par l'Etat et puis, par la justice). De surcroît, même si la compensation octroyée par les Etats aux investisseurs en application d'une sentence arbitrale est requalifiée en aide d'Etat par la CJUE, il ne sera pas aisé pour ces Etats de récupérer le montant versé, les procédures étant longues. De plus, les investisseurs peuvent contester la décision d'assimiler une compensation issue d'une sentence arbitrale en aide d'Etat par la Commission européenne et faire traîner l'affaire jusqu'à la saisine de la CJUE. Et même si la CJUE requalifie cette compensation en une aide d'Etat, si l'investisseur refuse de reverser les sommes qui lui ont été octroyées, une nouvelle saisine de la CJUE sera nécessaire et, si l'investisseur rechigne toujours à verser ces sommes, les Etats membres qui n'arriveraient pas à récupérer le montant d'une aide d'Etat risqueront une pénalité.

---

[603] CJCE, *Asteris AE et autres et République hellénique contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-97/86.Cf G. CROISANT et X. TATON, « L'affaire 'Micula' : quand le droit européen (des aides d'Etat) rencontre la protection internationale des investissements », *Journal de droit européen* 2020, p. 2. Cf également G. CROISANT, « Arrêt 'Commission c. European Food (Micula)' : droit des aides d'Etat, arbitrage d'investissement et renvoi devant le Tribunal de l'Union européenne », *Journal de droit européen* 2022, p. 111-114.

[604] CJUE, 3 mars 2021, aff. C-434/19 et C-435/19, *Poste Italiane SpA*.

208. Dans un arrêt BTS rendu en 2022, la CEDH a reconnu la qualification de bien, de « possession » (en anglais) de la créance figurant dans une sentence arbitrale[605]. Si cette solution n'est pas nouvelle[606], elle est fondamentale car elle confirme qu'une sentence arbitrale octroyant une réparation doit être protégée par l'article 1er du protocole 1er additionnel à la Convention, dès lors que la créance est « suffisamment établie pour être exécutoire ». La CEDH a examiné si le refus d'exécution de la sentence arbitrale par la Slovaquie portait une atteinte au respect du droit des biens et, la CEDH a considéré que les motifs utilisés pour refuser l'exécution sortaient des conditions fixées par le droit interne et la Convention de New-York. Par conséquent, la CEDH a été amenée à contrôler la motivation du refus d'exécution par le juge étatique et à contrôler la proportionnalité de ce non-respect (même fondé sur l'intérêt général). Ainsi, il faut jouer sur ce levier et il faut que les investisseurs saisissent la CEDH en estimant que si un Etat considère que les arrêts Achmea et Micula font primer l'intérêt général de l'Union européenne sur le consentement des parties à l'arbitrage et sur les intérêts des investisseurs, alors cet Etat doit être condamné.

c. Le sort de l'exécution de la sentence Micula

209. Il était déjà complexe pour les investisseurs européens d'exécuter une sentence arbitrale avant l'arrêt Achmea (**cf infra n. 594 et s.**) Désormais, ce devrait être encore pire, car les Etats membres résisteront davantage à son exécution, sous peine de contrevenir à l'interdiction européenne des aides d'Etat. A s'y attendre, des juridictions européennes ont refusé d'exécuter la décision du tribunal arbitral dans l'affaire

[605] J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *D.* 2022, note sous *BTS Holding*, CEDH 30 juin 2022, n° 55617/17.

[606] CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, *AJDA* 1995.124, chron. J-F. FLAUSS ; *RDT civ*. 1995.652, obs. F-ZENATI et *RDT Civ*. 1996.1017, obs. J-P. MARGUENAUD.

Micula. La Chambre des saisies du tribunal de première instance francophone de Bruxelles en Belgique[607], mais aussi les juridictions luxembourgeoises et suédoises s'y sont refusées[608]. Pour autant et toujours à propos de la sentence Micula, un commencement d'exécution a pu être constaté au Royaume-Uni, où la Cour suprême ne s'est pas opposée à son exécution, alors que la Cour d'appel avait adopté une position différente. La Cour suprême a considéré que le Royaume-Uni avait même l'obligation de l'exécuter et a estimé que l'article 351 du TFUE préservait la mise en jeu de la Convention CIRDI et en s'appuyant sur la décision du Tribunal de l'Union européenne. Or, ce qui est intéressant de souligner ici, c'est que la position de la Cour suprême fut prononcée au moment où le Royaume-Uni était encore membre de l'Union européenne[609]. De même, certaines juridictions européennes ont tenté de résisté, à demi-mesure, en suspendant seulement l'exécution de la sentence arbitrale à la procédure d'annulation formée par la Commission européenne. Ce fut notamment le cas de la Cour d'appel de Bruxelles, saisie d'un appel de la décision précitée de la Chambre des saisies[610].

210. L'exécution de la sentence arbitrale sera *a priori* moins complexe en dehors des frontières de l'Union européenne, c'est-à-dire dans des Etats comme le Royaume-Uni, la Suisse, les Etats-Unis ou encore l'Australie. Mais, l'efficacité de l'exécution de la sentence reste toujours subordonnée à l'existence de biens saisissables de l'Etat défaillant au sein de ces territoires. En mai 2020, les juridictions américaines ont validé la procédure d'exécution de la sentence Micula, en considérant qu'une « Cour fédérale n'est pas autorisée à examiner le bien-fondé d'une sentence CIRDI, sa conformité au droit international ou la compétence du tribunal CIRDI pour rendre la sentence » et que la Cour fédérale « ne peut

[607] Civ. Bruxelles. Sais., 25 janvier 2016, R.G., n°15/7241/A.

[608] G.A. BERMANN, « Understanding ICSID Article 54 », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2020, vol. 35 (1-2), p. 311-344.

[609] S. GASPAR-SZILAGYI, « Does Brexit mean Brexit ? The enforcement of intra-EU investment awards in the Post-Brexit era », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 75.

[610] CA Bruxelles, 12 mars 2019, R.G., n° 2016/AR/393 et 2016/AR/394.

faire plus qu'examiner l'authenticité du jugement et faire respecter les obligations imposées par la sentence »[611]. De même, à propos de l'exécution de la sentence Antin c/ Espagne[612], la demande d'exécution a été validée aux Etats-Unis et en Australie[613]. Pour autant, l'inquiétude est plus grande depuis que la CJUE a assimilé le prononcé de la compensation octroyée par une sentence arbitrale comme une aide d'Etat. Cette assimilation risque de conduire certains Etats tiers à ne pas exécuter une sentence contrevenant au droit européen. A ce propos, concernant la sentence Micula, les juges américains ont validé son exécution en se référant à la vision selon laquelle il ne s'agissait pas d'une aide d'Etat. La Commission européenne va certainement se saisir de la perche tendue par la CJUE et réclamer que soit assimilée le prononcé d'une sentence arbitrale en aide d'Etat, comme elle le fera à propos de l'affaire Antin c. Espagne. C'est tout le droit de l'exécution qui est désormais en danger, au sein de l'Union européenne, mais également au-delà.

211. En définitive, avec l'arrêt Micula, dès lors qu'un Etat membre exécute une sentence arbitrale fondée sur un TBI intra-UE, la compensation qu'il versera sera perçue comme une aide d'Etat. La CJUE a alors étendu l'arrêt Achmea à toutes les sentences qui ne sont pas encore exécutées. Dès lors, la Commission européenne, le 19 juillet 2021, a ouvert une enquête sur la sentence arbitrale condamnant l'Espagne à plusieurs centaines de millions d'euros à des investisseurs luxembourgeois[614] et, le 5 novembre 2021, la Commission européenne a publié une « invitation à présenter des observation en application de l'article

[611] Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia, aff. n° 17-cv-02332 (APM), Ioan Micula et al. c. Roumanie, p. 14.

[612] Sent. CIRDI, Infrastructure Services Luxembourg Sarl et Energia Termosolar BV c. Royaume d'Espagne, aff. n° ARB/13/31.

[613] Cf en ce sens le jugement de la Cour fédérale australienne du 25 juin 2021, PCAFC 112.

[614] Sent. CIRDI, *Infrastructure Services Luxembourg Sarl et Energia Termosolar c. Espagne*, aff. n° ARB/13/31, 15 juin 2018.

108 § 2 du TFUE », à la CJUE[615]. Ce faisant, le sort des sentences arbitrales en matière d'investissement dans l'Union européenne est plus que menacé[616].

Conclusion sous-section I : L'arrêt Achmea était déjà contestable par les arguments énoncés par la CJUE, qui a voulu instaurer une comparaison injustifiée entre les traités d'investissements conclus par les Etats membres et les traités de l'Union européenne. Les TBI consacrent aux investisseurs des droits et des obligations qui diffèrent de ceux prévus par le droit de l'Union, tout en ne déniant pas les garanties de la protection des investissements internationaux affichées par le droit de l'Union.

Dans l'arrêt Achmea, la CJUE a censuré l'arbitrage d'investissement au motif qu'il s'agissait d'un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union. Ainsi, il aurait pu être proposé de créer un organisme qui s'intégrerait dans le système juridictionnel de l'Union. En ce sens, la CJUE a mentionné l'arrêt C-377/13 dans lequel elle a admis la compétence d'un tribunal arbitral reconnu comme une « juridiction d'un des Etats membres », puisque celui-ci était prévu par la Constitution du Portugal[617]. Il « suffirait » que les tribunaux arbitraux en matière d'investissement soient reconnus comme des juridictions au sein des Etats membres. Enfin, il pourrait être discuté de créer une Cour européenne d'arbitrage *sui generis*. En ce sens, il s'agirait d'imiter le modèle de la juridiction unifiée des brevets et d'envisager la création d'une nouvelle juridiction européenne spécialisée dans les litiges entre les investisseurs et les Etats et qui serait intégrée dans le système juridictionnel de l'Union européenne.

---

[615] JOUE n° C 450, 5 novembre 2021, p. 5-25. Cf M. AUDIT, « Arbitrage d'investissement - La qualification par la Cour de justice d'aide d'État prohibée de l'exécution d'une sentence arbitrale d'investissement », *JDI* 2022, n° 3, comm. 18, sous CJUE, gde ch., 25 janv. 2022, aff. C-638/19 P, *Comm. c/ European Food e.a*.

[616] Cf le communiqué de presse de la Commission européenne du 19 juillet 2021, « Aides d'Etat : la Commission ouvre une enquête approfondie sur une autre sentence arbitrale imposant à l'Espagne de verser une indemnisation à Antin ».

[617] « Dans l'affaire au principal, il ressort des indications fournies dans la décision de renvoi que les tribunaux arbitraux en matière fiscale ont une origine légale. Les tribunaux arbitraux figurent, en effet, sur la liste des juridictions nationales, à l'article 209 de la Constitution de la République portugaise. (…) Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'organisme de renvoi présente tous les éléments nécessaires pour être qualifié de juridiction d'un Etat membre, au sens de l'article 267 du TFUE » (CJUE, 12 juin 2014, *Ascendi Beira Litoral et Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, aff. C-377/13, EU :C :2014 :1745, points 24 et 34).

Si nous avons tenté d'élucider quelques raisons d'espérer à un sursis de l'arbitrage d'investissement, force est de constater que la CJUE a désormais imposé aux Etats membres de l'Union européenne une ligne de conduite claire : la condamnation de l'arbitrage d'investissement intra-UE[618], en assimilant la compensation issue d'une sentence arbitrale à une aide d'Etat, interdite par le droit européen.

Sous-Section II : La large portée donnée à la prohibition de l'arbitrage d'investissement

La portée de l'arrêt Achmea a largement influencé la « Saga Micula ». Désormais, une compensation financière octroyée par un Etat membre en application d'une sentence arbitrale sera assimilée à une aide d'Etat et condamnée par la CJUE. L'arrêt Achmea a déclaré incompatible avec le droit de l'Union européenne les clauses des traités « conclu(s) entre les Etats membres ». Or, le traité sur la charte de l'énergie (TCE) a été conclu par l'Union européenne, des Etats membres de l'Union européenne et des Etats tiers. La solution prononcée dans l'arrêt ne devrait donc pas être transposable à ce traité. Cependant, la réaction des institutions européennes, couplée à celle des Etats à la suite de l'arrêt Achmea, s'est opposée à cette vision. Etendue au TCE, la prohibition de l'arbitrage d'investissement a ensuite été étendue aux conventions d'arbitrage ad hoc conclues entre un Etat membre et un investisseur européen (§1). Aujourd'hui, l'accord portant extinction des TBI intra-UE ne laisse guère d'espoirs à la survie de l'arbitrage d'investissement intra-européen, malgré les possibilités de restructuration des investissements par les investisseurs européens (§2).

[618] J. CAZALA, « Fin de partie pour TBI intra-euro ? », *JDI* 2020, vol. 3, p. 855.

§1 : La contagion aux arbitrages intra-UE dans le TCE et aux arbitrages *ad hoc*

L'arbitrage intra-UE qui tire sa source du TCE a subi la même condamnation par la CJUE que celle ayant touché les TBI intra-UE dans l'arrêt Achmea (1). La CJUE a ensuite étendu l'interdiction de l'arbitrage intra-européen, y compris lorsque l'origine de l'arbitrage provient d'un accord conventionnel entre l'investisseur européen et un Etat membre de l'Union européenne (2).

1) TCE et arbitrage intra-UE, une remise en cause résonnante par la CJUE

Si des motifs laissaient espérer d'une résistance de l'arbitrage d'investissement à propos du TCE et pour les litiges faisant intervenir un Etat membre (a), la CJUE a rapidement coupé court à cette possibilité (b).

a. Les raisons laissant présager d'une survie de l'arbitrage

212. Le premier argument de l'arrêt Achmea, pour écarter l'arbitrage d'investissement intra-UE, résidait dans le principe de confiance mutuelle existant entre les Etats membres. Cet argument ne peut pas être repris pour censurer les traités d'investissements extra-européens. Les Etats tiers n'ont pas à accorder leur confiance aux valeurs européennes de l'Etat membre, ni aux dispositions présumées protectrices du droit européen. Le second argument de l'arrêt Achmea a trait à la « préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel »[619]. Ce second argument pourrait être appliqué dans les TBI extra-UE, dès lors que les arbitres seraient incidemment amenés à interpréter le droit de l'Union, en tant qu'élément factuel. Or, ne pouvant poser de questions préjudicielles à la CJUE, ils seraient susceptibles de porter atteinte à l' « autonomie du droit de l'Union ». Dès lors, ce

[619] Point 37.

serait plus de 1300 TBI extra-UE qui seraient menacés d'extinction. Pour autant et comme l'avait souligné le Professeur Gaillard, « le coup serait si dur pour les investisseurs européens que le caractère téléologique du raisonnement de la Cour pourrait ici jouer en faveur d'une attitude plus modérée »[620]. Par conséquent, les TBI extra-européens ne doivent pas pouvoir être remis en cause.

213. Le TCE a été signé à Lisbonne le 17 décembre 1994 et est en vigueur depuis avril 1998. Il s'agit d'un accord multilatéral et contraignant, destiné à la promotion et la protection des investissements. Ce traité avait été sollicité par le premier ministre des Pays-Bas, M. Lubbers, lors du Conseil européen à Dublin le 25 juin 1990. Il vise à protéger les investissements directs étrangers en fixant un cadre pour des questions spécifiquement dédiées à l'énergie. La richesse du territoire russe et des pays d'Europe de l'Est en énergie, combinée avec l'inquiétude des investisseurs de l'Europe de l'Ouest d'y investir, a en partie expliqué la signature de ce traité. De plus, à la fin du XX^{e} siècle, un besoin de diversification des sources et de l'origine de l'énergie se faisait sentir. Le traité vise à optimiser la production, la distribution, le transport, la consommation et le transfert de l'énergie. Ce traité consacre une coopération transfrontalière dans les secteurs de l'énergie, du commerce, du transit et de l'investissement. Il emprunte aux TBI de nombreux points. La définition abstraite et large des investissements est reprise, tout comme la notion du traitement juste et équitable (article 10 alinéa 1er), de la clause de la nation la plus favorisée (article 10 alinéa 3), des indemnisations pour expropriation (article 13) … Ce traité lie les Etats membres de l'Union européenne, l'Union européenne et des Etats tiers comme le Japon et l'Australie et prévoit un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des contentieux. L'article 26 de ce traité permet à un investisseur d'engager une action arbitrale contre tout Etat, membre de l'Union ou tiers à l'Union, dès lors que l'Etat attaqué est partie au traité[621].

---

[620] E. GAILLARD *op. cit.,* p. 630.

[621] Cf sentence, 21 janvier 2016, *Charanne BV Construction Investments SARL c. Espagne*, aff. SCC n° 062/2012, § 433-438. Ainsi et comme l'énonce l'article 26.3 du traité sur la charte de l'énergie : « (c)haque Partie contractante donne par la présente son consentement inconditionnel à la soumission d'un différend à l'arbitrage international ou à la conciliation conformément aux dispositions du présent article ».

214. L'arrêt Achmea ne doit pas avoir d'influence sur la charte de l'énergie[622]. La CJUE a déjà reconnu ne pas avoir de juridiction pour les Accords mixtes conclus avec des Etats hors-UE[623]. Et comme l'a rappelé la CJUE, les tribunaux arbitraux conserveront leur office en matière d'investissement pour les arbitrages d'investissement qui ne sont pas internes à l'Union européenne et pour les arbitrages d'investissement impliquant l'Union européenne comme partie prenante[624]. Or, le traité sur la charte de l'énergie n'est pas un traité intra-UE, puisqu'il a été conclu entre l'Union européenne, les Etats membres et vingt-cinq Etats tiers[625]. Il serait « hautement incorrect » pour l'Union européenne que d'imposer à des Etats tiers le caractère éventuellement incompatible du TCE par rapport au droit de de l'Union européenne[626].

215. Par conséquent, dans une sentence CIRDI Masdar c. Espagne rendue le 16 mai 2018, les arbitres ont estimé que l'arrêt Achmea ne s'étendait pas aux traités multilatéraux auxquels l'Union européenne était partie[627]. De même, dans la sentence Vattenfall c. Allemagne 31 août 2018, les arbitres ont conclu

---

[622] « Le Jugement Achmea ne prend pas en considération et ne peut donc pas être appliqué aux traités multilatéraux, tels que le TCE, auquel l'UE elle-même est partie. Le Tribunal conclut que le jugement Achmea n'a aucune incidence sur sa détermination des questions en litige dans le présent arbitrage (…) » (sent. CIRDI, 16 mai 2018, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Espagne*, aff. n° ARB/14/1, § 679-683). Cf A. DASHWOOD, « Article 26 ECT and intra-EU disputes – the case against an expansive reading of Achmea », *European Law Review* 2021, vol. 46 (4), p. 415-434.

[623] Cf CJCE, 15 juin 1999, *Ulla-Brith Andersson and Susannne Wåkerås-Andersson c. Suède*, aff. C321/97. Cf également CJCE, 15 mai 2003, *Salzmann*, aff. C-300/01.

[624] Point 54 Achmea.

[625] C'est ce qu'avait souligné l'avocat général Wathelet dans l'arrêt Achmea et la CJUE n'avait pas rejeté cet argument. Cf CJUE, 25 mars 2020, *Sun Reserve Lusco c. Italie*, aff. C-132/2016, § 428 ; *Greentech Energy System c. Italie*, SCC aff. n° 2015/095, § 398 et cf § 58 de l'arrêt Achmea.

[626] Sent. CIRDI, 30 novembre 2018, *REEF c. Espagne*, aff. n° ARB 13/30, § 211 et cf sent. CIRDI, 15 juin 2018, *Auto-Infrastructures Service Luxemburg c. Espagne*, aff. n° ARB 13/31, § 224.

[627] En 2020, il était dénombré sept affaires arbitrales sur le fondement du TCE et toutes concernaient des Etat membres de l'UE entre eux. Dans toutes ces affaires, une objection des Etats membres à l'arbitrage était unanimement constatée, sur les mêmes arguments que ceux de l'arrêt Achmea. Toutes les actions des Etats, sur cette période, ont échoué. Cf the *PV Investors c. Espagne*, PCA aff. n° 2012-14, 28 février 2020 ; sent. CIRDI, 18 décembre 2020, *RWE Inn ogy Gmbh and RWE Aersa c. Espagne*, aff. n° ARB 14/34 ; sent. CIRDI, 9 mars 2020, *Hydro Energy and Hydroscan Sweden c. Espagne*, aff. n° ARB 14/42 ; sent. CIRDI, 21 janvier 2020, *WAITKINS Holding c. Espagne*, aff. n° ARB 15/44 ; sent. CIRDI, 4 septembre 2020, *ESKOSOL c. Italie*, aff. n° ARB 15/50 ; sent. CIRDI, 14 septembre 2020, *ESF Beteiligungs ESPF Nr2 Austria Beteinlings and Infraless Energie SV c. Italie*, aff. n° ARB 16/5 ; CJUE, 25 mars 2020, *Luxco c. Italie*, aff. C-132/2016.

à la survie du traité par application de la convention de Vienne, en considérant que son article 30(4) (a) était subsidiaire au traité sur la charte de l'énergie. Dès lors et même si droit de l'Union européenne interdit à un Etat membre d'énoncer une offre publique d'arbitrage dans un traité d'investissement, le TCE primera, l'article 16 de ce traité accordant primauté aux règles les plus favorables aux investisseurs. Or, le spécial déroge au général, en application du principe de la *lex posterior* de l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités[628]. Revenir en arrière violerait le droit international des traités. Comme le dispose l'article 31(1) de la convention de Vienne sur le droit des traités, le traité « doit être interprété de bonne foi selon le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Or, l'article 26 du TCE ne fait pas de mention spécifique à l'arbitrage intra-UE. Si l'investisseur actionne un arbitrage contre un Etat membre et non contre l'Union européenne, il agit directement contre cet Etat membre en particulier et non contre l'Union européenne[629].

216. Enfin, l'arrêt Achmea n'aurait pas dû être transposable au TCE, car ce traité ne fait pas référence au droit des parties contractantes. L'article 26-6 prévoit que le tribunal statue sur les question litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes de droit international, sans viser expressément le droit des parties contractantes. Et la référence du « droit international » n'englobe pas le droit de l'Union européenne[630].

217. Toutefois, l'avenir de l'arbitrage au sein du traité sur la charte de l'énergie était suspendu aux questions préjudicielles transmises à la CJUE sur ce point[631]. Et une Communication de la Commission européenne du 19 juillet 2018 avait énoncé que « l'arrêt Achmea est également pertinent pour le mécanisme

---

[628] Cf *LBBW*, aff. n° ARB 15/45, préc., § 177 et § 183 et cf sent. CIRDI, 31 juillet 2019, *Sol Es Bodajoz c. Espagne*, aff. n° ARB/15/38, § 250 et cf *Vattenfall*, aff. n° ARB 12/12 préc., 18 aout 2018, § 217.

[629] *Ibid*., § 96 124-127 reprenant CJUE, 14 novembre 2018, *Foresight c. Espagne*, aff. C-2015/150, § 211.

[630] Cf sent. *Greentech préc*., § 397. Position différente dans la sentence *Electrabel préc.*, où la référence au droit international contenait le droit de l'UE, le droit de l'UE faisant partie « des règles et principes de droit international applicables aux parties contractantes en vertu de l'article 26-6 du traité sur la Charte de l'énergie » (§ 4.195).

[631] Comme le souligne E. GAILLARD *préc*. Si les Cours nationales suédoises ont rejeté deux requêtes de l'Espagne issues de sentences arbitrales et ont refusé transmettre une question préjudicielle à la CJUE (affaire *Foresight* et affaire *Noenergia*

d'arbitrage investisseur-État établi à l'article 26 du traité sur la charte de l'énergie en ce qui concerne les relations intra-UE ». Si un déni de justice pourrait ressortir d'une telle communication, la Commission européenne s'en est défendue en arguant que « (l)es États membres assureront une protection juridique efficace conformément à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, du TUE, sous le contrôle de la Cour de justice, contre les mesures étatiques qui font l'objet d'une procédure d'arbitrage d'investissement intra-UE en cours ». Les institutions de l'Union européenne ont affiché leur volonté de transposer l'arrêt Achmea au TCE, si bien que l'avenir d'une trentaine d'instances en cours contre des Etats membres de l'Union européenne sur le fondement de ce traité est en suspens.

b. La condamnation de l'arbitrage intra-UE fondé sur le TCE

Dans l'arrêt Komstroy, la CJUE ne s'est pas prononcée sur la possibilité pour les parties d'avoir recours à l'arbitrage d'investissement sur la base d'un contrat ou d'une loi nationale, mais en application de l'article 26 § 2 b) du TCE, qui dispose que « l'investisseur (…) peut choisir (…) de soumettre le différend en vue de son règlement (…) conformément à toute procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue » (b.1). Refusant tout arbitrage intra-UE fondé sur le TCE, des critiques de l'arrêt doivent être relevées (b.2).

b.1. Présentation de l'arrêt Komstroy

218. A chaque arbitrage fondé sur le TCE et concernant des Etats membres défendeurs, la Commission européenne et les Etats membres affirmaient qu'avec le traité de Lisbonne, les conflits intra-UE devaient être déconnectés du TCE et devaient rester en dehors de l'article 26. D'ailleurs, il a toujours été considéré

préc., sur l'application de l'arrêt Achmea au Traité sur la Charte de l'énergie et cf *SVEA*, Court of Appeal Decision, 26 octobre 2020, Cast T1626-19), ces requêtes ont été acceptées dans les affaires *Italie c. Atheena Investments*, T3229-19 du 11 février 2021 et *Pologne c. PL Holding*, Supreme Court of Sweden, T1569-19, 4 février 2020.

que les Etats membres n'avaient jamais eu l'intention de créer des obligations entre eux[632]. Suite à la Communication de la Commission européenne du 19 juillet 2018, la Déclaration des représentants des gouvernements des Etats membres, des 15 et 16 janvier 2019, a énoncé que l'arrêt Achmea devait s'étendre au TCE, qui « serait incompatible avec les traités de l'Union européenne, et son application devrait dès lors être écartée ». Le conditionnel est important, car la déclaration a attesté qu' « il serait inapproprié, en l'absence d'arrêt spécifique sur cette question, de se prononcer sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'application intra-UE du traité sur la charte de l'énergie »[633]. En ce sens, dans l'affaire Rockhopper, l'Italie avait estimé que les Etats signataires de cette déclaration désiraient attendre un prononcé de la CJUE sur cette question, d'autant que cette déclaration n'a aucune valeur obligatoire[634]. Elle n'est que politique[635]. Il était compréhensible que les tribunaux arbitraux ne suivent pas la déclaration des vingt-deux Etats membres, puisque n'ayant pas été signée par tous les Etats membres, la déclaration était « une fondation trop fragile sur laquelle construire un accord entre les États contractants du TCE »[636].

Puis la Belgique a fait une requête auprès de la CJUE au début de l'année 2021, sur la compatibilité de l'arbitrage d'investissement intra-UE du traité sur la charte de l'énergie avec le droit de l'Union européenne. Et cette question s'est posée devant les juridictions françaises.

---

[632] Cf § 283 sent. *Greentech préc*.

[633] Certains Etats membres faisaient de la résistance. Cf la Hongrie, la Finlande, le Luxembourg, Malte, la Slovénie, la Suède (*Declaration of the representatives of thoughts of the member states of 16 January on the enforcement of the judgment of the court of justice in achmea and on investment protection in the EU,* p. 3), considérant que l'arrêt Achmea restait silencieux sur la question de la transposition de sa solution au TCE.

[634] La déclaration ne pouvait pas être assimilée comme une déclaration d'interprétation au sens du droit général international (sent. CIRDI, 29 juin 2019, *Rockhopper c. Italie*, aff. n° ARB 17/14, § 129 et § 195).

[635] Cf sent. CIRDI, 7 mai 2019, *Eskosol in liquidazione SA c. Italie,* aff. n° ARB/15/50, § 219 et cf B. REMY, « CIRDI : Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2019.271.

[636] Cf *The PV Investors c. Espagne préc.*, § 549 et *LBBW préc.*, § 166.

219. La Cour d'appel de Paris a été saisi sur le paiement d'une dette liée à un contrat de vente d'électricité et a refusé de traiter de la sentence arbitrale, car il n'était pas question d'un investissement au sens de l'article 16 du TCE[637]. Dans cette affaire, les deux parties aux litiges n'étaient ni un Etat membre (Moldavie), ni un investisseur d'un Etat membre (Ukraine), mais le siège de l'arbitrage était fixé à Paris, donnant au litige une dimension avec le droit de l'Union européenne. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel, tout en utilisant l'article 267 TFUE, lui permettant de poser une question à la CJUE sur l'interprétation d'un acte légal même pour les accords internationaux conclus entre Etats membres ou avec des Etats tiers[638].

220. Finalement, l'arrêt rendu par la CJUE le 2 septembre 2021[639] est venu sonner le glas de l'arbitrage d'investissement fondé sur le TCE, en estimant incompatible au droit de l'Union européenne l'application intra-européenne de la clause d'arbitrage contenue dans l'accord. L'arbitrage d'investissement a été déclaré incompatible avec l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. La réaction de la Direction générale du trésor a été immédiate et, le 3 septembre 2021, elle a déclaré aux investisseurs français opérant dans le marché intérieur et aux investisseurs européens en France qu'aucune nouvelle procédure d'arbitrage ne sera possible contre un Etat membre[640]. Cet arrêt de la CJUE fait suite à l'accord

---

[637] CA Paris, 1re Ch, 24 septembre 2019, n° 18/14721. Pour la Cour d'appel « le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent, en recherchant tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage. Il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, les arbitres sont saisis sur le fondement TCE ». Cf Affaire Plateau de pyramides, CA Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c. SPP, Rev. arb.* 1986.75, *JDI* 1985.129, note B. GOLDMAN. Confirmée par Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, *Rev. arb.* 1987.469, note P. LEBOULANGER.

[638] Sur le fondement de l'article 267 TFUE, la CJUE s'est estimé « compétente pour interpréter les actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union, or il ressort d'une jurisprudence constante qu'un accord conclu par le Conseil, conformément aux article 217 et 218 TFUE, constitue, en ce qui concerne l'Union, un acte pris par l'une de ses institutions, que les dispositions d'un tel accord forment partie intégrante (…) de l'ordre juridique de l'Union et que (…) la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel de cet accord » (§ 22 et 23). Elle a ajouté que même si l'Union européenne est partie au traité, cela n'excluait pas sa compétence (§ 24) et que les investissements relevaient de la compétence de l'Union européenne (§ 26).

[639] Arrêt *Moldavie c. Komstroy préc*. Cf A. DE NANTEUIL, « Confirmation of the incompatibility of arbitration on the basis of the Energy Charter Treaty with EU Law », *IBLJ* 2021, vol. 6, p. 811-817. Cf également A. DASHWOOD, « Republic of Moldova v. Komstroy LCC : arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum », *E.L.Rev*. 2022, vol. 47(1), p. 127-140.

[640] Déjà dans communiqué du 28 août 2021, la direction générale du trésor, représentant de la France dans la négociation de l'accord, a souligné que s'il y avait bien des discussions sur l'avenir du TCE, « aucune nouvelle procédure de règlement des

organisant la fin des TBI intra-UE entré en vigueur en France le 28 août 2021 (**cf infra n. 238 et s.**), après ratification par le Parlement le 11 juin 2021. Cet accord marque la fin de douze TBI (conclus avec la Belgique, la Croatie, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, Malte, la Pologne, la Slovaquie et la Slovénie[641]).

221. L'Union européenne et ses Etats membres sont les seuls aujourd'hui à réclamer la fin de l'arbitrage d'investissement au sein du TCE[642] et ont, au cours du second cycle de négociation du 7 au 21 septembre 2020, en vain tenté d'obtenir un consensus sur une réforme structurelle de l'arbitrage d'investissement contenu dans le TCE, avec l'idée d'une Cour multilatérale d'investissement. L'avenir même du traité sur la charte de l'énergie est aujourd'hui débattu. Avec les Accords de Paris sur le climat, le TCE répondrait moins aux objectifs contemporains de l'Union européenne. Le TCE avait été adopté pour faire la transition des pays anciennement soviétiques vers l'économie de marché[643]. Aujourd'hui, ce traité ne poursuivrait plus suffisamment les objectifs environnementaux, écologiques. La Commission européenne l'a d'ailleurs affirmé le 2 décembre 2020 : « Si les objectifs de l'UE, y compris l'alignement sur l'accord des parties, ne sont pas atteints dans un délai raisonnable, la Commission peut envisager de proposer une autre option, y compris le retrait du TCE ». Or, se fonder sur un tel argument pour justifier d'une prochaine sortie du TCE (et donc, incidemment, se délier de l'arbitrage d'investissement) est fallacieux. Le TCE contient déjà des dispositions relatives aux préoccupations environnementales. Son article 19 s'intitule « aspects environnementaux » de l'énergie et le TCE intègre en son sein le « Protocole de la charte de l'énergie sur l'efficacité énergétique et les aspects environnementaux connexes »[644]. Comme le souligne son article 18.1, « (l)es parties reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur

différends investisseurs-Etats ne devrait être engagée par des investisseurs d'un Etat membre contre un autre Etat membre de l'UE en application du TCE ».

[641] Concernant les TBI conclus avec la Roumanie et la Tchéquie, il faudra attendre qu'eux même aient ratifié cet accord.

[642] Council of the EU Negotiating Directives for the Modernisation of the ECT, 15 juillet 2019, 10745/19.

[643] Cf article 3 avec l'idée de « développer un marché ouvert et concurrentiel de l'énergie », « à faciliter les transactions énergétiques » entre les opérateurs.

[644] Cf article 19.3 du TCE et article 2.4 du Protocole visant à limiter les impacts environnementaux de l'énergie, à s'impliquer sur « les activités liées à la prospection, à l'exploration, à la production, à la conversion, au stockage, au transport, à la distribution et à la consommation des différentes formes d'énergie, le traitement et l'élimination des déchets, ainsi que le

les ressources énergétiques ». Les Etats peuvent donc opter pour une énergie renouvelable et moins polluante. Et l'article 18.2 dispose que « chaque Etat conserve en particulier le droit (…) de régir les aspects environnementaux (…) de l'exploration, (…) de l'exploitation et (…) la mise en valeur dans sa zone ». Ainsi, il suffira simplement d'opérer une modification du TCE pour inclure des objectifs nouveaux, tout en gardant à l'esprit que le texte proclame déjà un principe d'état de nécessité pour motifs d'intérêt public à l'article 13, autorisant des mesures restrictives notamment en cas de réchauffement climatique[645].

Si l'article 19.1 du TCE consacre un volet répressif en exhortant les parties à « convenir que le pollueur opérant dans leurs zones (…) supporte (…) le coût de cette pollution, y compris la pollution transfrontalière, dans le respect de l'intérêt public et sans que soient faussés les investissements dans le cycle énergétique ou le commerce internationale » (principe du « pollueur payeur »), il lui manque simplement un vocabulaire plus contraignant et incisif[646].

222. En tout état de cause, la CJUE a rendu un avis le 16 juin 2022 sur le projet de modernisation du TCE. Cet avis avait été réclamé par la Belgique, qui avait saisi la CJUE notamment sur l'article 26.3 portant sur l'arbitrage, car cet article n'avait pas été mentionné sur la liste des domaines ouverts à révision du TCE. La CJUE a estimé que cette demande d'avis était « prématurée », car les négociations étaient en cours et que cette demande d'avis avait été lancée avant l'arrêt Komstroy[647]. Or, cet arrêt conduira peut-être des Etats tiers à ouvrir des négociations sur la clause de règlement des litiges. De plus, la CJUE

---

déclassement, la cessation ou la clôture de ces activités, l'impact nuisible pour l'environnement devant être réduit à un minimum ».

[645] Or, l'article 42 du TCE se dit ouvert à des « amendements », à des révisions.

[646] « Si l'on peut dire que le TCE se préoccupe de la durabilité de l'énergie, il ne fait jamais plus que sa promotion », B. LE BAUT-FERRARESE, « Le TCE au défi de la transition énergétique », *Energie Environment infrastructure*, février 2012, étude 2.

[647] D. BOUVIER, « Irrecevabilité d'une demande d'avis sur la compatibilité d'un accord international », *Europe* 2022, n° 8-9, comm. 272.

a souligné qu'elle a déjà restreint la notion d'investissement et donc, qu'elle a réduit les risques d'arbitrage pour les investissement intra européens.

223. Le TCE est aujourd'hui contesté pour contenir une clause d'arbitrage. Ce faisant, ce traité est accusé d'être « le garde du corps de l'industrie des combustibles fossiles »[648], car les menaces d'action arbitrale des investisseurs inciteraient les Etats à adopter des mesures défavorables à la protection environnementale ou défavorables à la fermeture d'industries polluantes comme les mines à charbon. A propos de cette affaire Komstroy, les juges français se doutaient qu'en transmettant une question préjudicielle à la CJUE, la pertinence de l'arbitrage d'investissement serait remise en cause. Dès lors, les juges français risquent, par leurs attitudes, de faire perdre à Paris sa place privilégiée en arbitrage. Ainsi, « avec Komstroy, la force de la place de l'arbitrage à Paris est menacée », alors que « depuis plusieurs années, Paris est choisi comme siège de l'arbitrage pour la résolution de litiges d'investissements à défaut de compétence des tribunaux CIRDI », le droit français étant très favorable à l'arbitrage international (règle matérielle d'arbitrabilité, principe de compétence-compétence, etc.)[649]. Cet élément, parmi bien d'autres, témoigne de nombreuses critiques pouvant être adressées à l'arrêt Komstroy. D'ailleurs, cet arrêt doit être placé dans son contexte. Il a été rendu dans un contexte politique et environnemental particulier au sein de l'Union européenne, dans une période où les critiques adressées à l'encontre de l'industrie fossile étaient de plus en plus résonnantes. Les actions des investisseurs et le prononcé de sentences arbitrales condamnant les Etats à des centaines de millions d'euros de compensation ont conduit la CJUE à rendre un arrêt « orienté » par des considérations politiques et par un activisme environnemental influent et partisan[650].

---

[648] Cf L. YUAN, « 'Bodyguards' or 'Police', who can escort us to a more sustainable future ? A deep dive into 'elite eight' in 2021 international energy arbitration », *ITA Rev*. 2022, vol. 4, p. 65.

[649] J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : Après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *D*. 2021.

[650] S.K. SCHMIDT, *The European Court of Justice and the policy process : The shadow of Case Law*, Oxford University Press, 2018.

b.2. Appréciation critique de l'arrêt

224. A titre préliminaire, l'arrêt Komstroy pose des questions procédurales de taille. Il s'agissait d'un litige entre un investisseur venant d'Ukraine, Etat tiers à l'Union européenne, et la Moldavie, également Etat tiers à l'Union européenne. La CJUE a toujours affirmé qu'elle n'est pas compétente ni pour interpréter un accord international applicable dans un différend qui ne relevait pas du droit de l'Union européenne, ni pour des litiges portant sur des périodes antérieures à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne. Pour autant, cela n'a pas empêché la CJUE de s'estimer compétente à régler le différend, au seul motif principal que le siège de l'arbitrage avait été fixé à Paris. Cette fixation du siège rendait alors compétent le droit français dans le cadre d'un recours en annulation et impliquait donc, en conséquence, le droit de l'Union européenne. Cet argument ne convainc pas. Comme le souligne le Professeur Arnaud de Nanteuil, il s'agit là d'une justification secondaire, la CJUE mettant surtout en avant que « lorsqu'une disposition d'un accord international peut s'appliquer à la fois à des situations relevant du champ d'application du droit de l'Union et à des situations ne relevant pas du champ d'application de ce droit, il existe un intérêt certain de l'Union à garantir que, afin d'éviter de futures divergences d'interprétation, cette disposition fasse l'objet d'une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles cette disposition est appelée à s'appliquer »[651].

225. Le TCE faisant partie intégrante de l'ordre juridique européen[652], la compétence de la CJUE était-elle pour autant légitime ? La CJUE a considéré que le seul fait que l'Union européenne soit partie au traité suffisait pour que le traité intègre l'ordre juridique de l'Union européenne, permettant alors à la CJUE de l'interpréter. La CJUE a considéré que « (l)a fixation du siège de l'arbitrage sur le territoire d'un Etat membre, en l'occurrence la France, entraine l'application, pour les besoins de la procédure

---

[651] A. DE NANTEUIL, « Confirmation of the incompatibility of arbitration on the basis of the Energy Charter Treaty with EU Law », *IBLJ* 2021, vol. 6, p. 811-817 et spéc. p. 813. Cf également M. AUDIT, « Extension de la solution de l'arrêt Achmea à l'arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur la Charte de l'énergie », *JDI* 2022, n° 1, comm. 7 et M. BARBA et C. NOURISSAT, « Mon maître et mon vainqueur… - Neutralisation de la clause d'arbitrage du TCE pour les litiges opposant un investisseur d'un État membre à un autre État membre », *JCP G* 2021, n° 41, act. 1066.

[652] Cf CJCE,30 avril 1974, *R. & V. Haegeman c. Belgique*, aff. C-181/73.

ouverte sur le territoire de cet Etat membre, du droit de l'Union, dont la juridiction saisie a l'obligation d'assurer le respect, conformément à l'article 19 TUE »[653]. Cette position doit être contestée, car le TCE s'inscrit avant tout dans un ordre juridique international[654]. En effet, le TCE a été signé par des Etats membres, mais aussi par des Etats tiers. Le TCE n'est pas un instrument de droit européen primaire ou dérivé.

226. La transposition de l'arrêt Achmea au sort de l'arbitrage d'investissement contenu dans le traité sur la charte de l'énergie est contestable. Le 3 mars 2021, l'avocat général de la CJUE Maciej Szpunar, dans son Opinion sous l'arrêt, a conclu que l'arbitrage d'investissement prévu à l'article 26 du TCE était incompatible avec le droit de l'Union européenne. L'avocat général a totalement occulté que l'Union européenne est partie au TCE, lorsqu'il a demandé à la CJUE de se prononcer sur l'applicabilité des dispositions du TCE dans l'ordre juridique de l'Union[655]. Il a réclamé à la CJUE d'autoriser l'Union européenne de violer ses obligations internationales du fait de la prévalence du droit de l'Union, de faire appliquer une primauté de ce droit sur les engagements internationaux de l'Union européenne.

Selon lui, les litiges en rapport avec ce traité peuvent « se rapporter à l'interprétation du droit de l'UE »[656], sans que le tribunal arbitral n'ait la possibilité de poser une question préjudicielle à la CJUE. S'il a déjà existé des précédents de questions préjudicielles sur des traités conclus par l'Union européenne[657],

---

[653] *Ibid*., § 34.

[654] PH. COLEMAN, « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n°2, p. 581.

[655] *Ibid*., § 62 : il n'est pas admis que « les Etats membres puissent soustraire au système juridictionnel de l'Union, par l'intermédiaire d'un engagement international, de façon systématique, un semble de litiges portant sur l'interprétation ou l'application du droit de l'Union » ou § 65 « c'est précisément parce qu'il est admis et reconnu, dans l'ordre juridique de l'Union, que les Etats membres respectent un ensemble de valeurs et de droits, au titre desquels l'état de droit et le droit à un recours effectif énoncé, qu'il est également garanti que les investisseurs des Etats membres sont, de façon certaine, suffisamment protégés dans l'ordre juridique de l'Union, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un système extérieur aux système juridictionnels des Etat membres ».

[656] CJUE, *Moldavie c. Komstroy*, aff. C-741/19, § 75.

[657] Cf Accord de partenariat dans le secteur de la pêche entre la Commission européenne et le Royaume du Maroc et cf CJUE, 27 février 2018, *Western Sahara Company UK*, aff. C-266/16.

il ne s'agissait pas d'apprécier la compatibilité entre un traité conclu par l'Union européenne et le droit européen. L'atteinte à l'autonomie du droit de l'Union européenne serait effective.

227. Dans cette affaire, le droit européen était exclu des débats. La CJUE aurait dû rejeter sa compétence. A la différence de l'arrêt Achmea, l'article 26 (b) du TCE dispose qu' « un tribunal établi en vertu du § 4 tranche les questions au litige conformément au présent traité et aux règles et principes applicables du droit international ». Aucune référence à la loi en vigueur dans l'Etat partie n'est opérée, aucun rôle pour le droit de l'Union européenne n'est consacré et cet article ne fait pas référence à d'autres dispositions relevant d'accords internationaux entre Etats, à savoir les traités de l'Union européenne. La formulation « règles et principes applicables du droit international » n'englobe pas le droit de l'Union européenne. Or, l'avocat général a estimé qu'au regard de la « nature et des caractéristiques du droit de l'Union, ce droit peut être considéré comme (…) faisant partie du droit en vigueur dans chaque État membre, et étant issu d'un accord international entre les États membres »[658]. Il s'agit d'un non-sens absolu. L'intention des rédacteurs du TCE doit être recherchée et appréciée dans le contexte de la conclusion du TCE[659]. Or, « l'expression 'règles et principes du droit international' ne peut être interprétée comme englobant le droit de l'UE, qui est un système juridique régional et non mondial »[660]. Si un tribunal arbitral pourrait en venir à interpréter le droit de l'Union européenne, ce serait simplement « as a matter of fact »[661].

228. Ce qui ne peut pas être nié, c'est que l'Union européenne est membre du TCE. Elle a donc nécessairement un intérêt lorsque son droit est susceptible d'être interprété. Pour autant, la CJUE n'est en aucune manière légitime à se positionner comme la seule interprète officielle des dispositions du TCE. L'article 26 du TCE accorde une compétence au tribunal arbitral et, surtout, lui confère un monopole

---

[658] *Ibid*., § 75.

[659] Cf article 31 (1) Convention de Vienne sur le droit des traités : « (u)n traité doit être interprété de bonne foi selon le sens ordinaire comme étant une opinion sur les termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

[660] Sent. *Eskosol préc*., § 121.

[661] *Ibid*., § 123.

pour interpréter les dispositions du TCE, conformément au principe de compétence-compétence. C'est pourquoi le Professeur Arnaud de Nanteuil n'hésite pas à parler de position hégémonique assumée par la CJUE qui, si elle se comprend d'un point de vue du droit de l'union européenne, perd tout son sens du point de vue du droit international[662]. La CJUE s'est positionnée en donnant une définition très restrictive de la notion d'investissement, limitant alors drastiquement la compétence *ratione materiae* d'un arbitre saisi sur le fondement du TCE. Les Etats signataire au TCE ont librement consenti à ce que l'interprétation de ce traité soit opérée par les tribunaux arbitraux. La CJUE n'avait donc aucune légitimité à interpréter la notion d'investissement[663]. Les tribunaux arbitraux saisis sur le TCE ne doivent pas se trouver liés à cette définition[664]. La seule manière possible pouvant conduire des arbitres à suivre le raisonnement énoncé dans l'arrêt Komstroy serait de modifier le TCE et d'y intégrer les arguments et la position de la CJUE. Aujourd'hui, une réforme du TCE a été enclenchée, mais il sera délicat de convaincre les Etats tiers de se soumettre à une hégémonie de la CJUE. C'est pour cela que certains Etats membres, comme la France, ont préféré sortir du traité, pour ne pas se mettre en porte-à-faux avec l'Union européenne.

229. L'arrêt Komstroy ne mettra pas nécessairement un terme aux arbitrages intra-UE. D'ailleurs, dans l'arrêt Komstroy, la CJUE ouvre elle-même la voie à des contournements, en indiquant à plusieurs reprises la possibilité de jouer sur le siège de l'arbitrage[665]. La CJUE énonce que « la fixation du siège de l'arbitrage sur le territoire d'un Etat membre, en l'occurrence la France, entraîne l'application, pour les besoins de la procédure ouverte sur le territoire de cet Etat membre du droit de l'Union, dont la juridiction saisie a l'obligation d'assurer le respect, conformément à l'article 19 du TUE »[666]. Ainsi, la CJUE permet

---

662 A. DE NANTEUIL, « Confirmation of the incompatibility of arbitration on the basis of the Energy Charter Treaty with EU Law », *IBLJ* 2021, vol. 6, p. 811-817.

663 « On peut faire la parallèle avec un contrat classique dans lequel les parties insèrent une clause compromissoire. Ce faisant, elles soumettent à un arbitre la résolution de leur litige, à l'exclusion des juges étatiques. Il serait alors choquant qu'un tribunal étatique préempte *a posteriori* le droit de trancher ce litige. C'est pourtant ce qu'a fait la Cour de justice » (J. JOURDAN-MARQUES, « Arbitrage et question préjudicielle », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 2, p. 595).

664 J. JOURDAN-MARQUES, « Arbitrage et question préjudicielle », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 2, p. 595.

665 J. JOURDAN-MARQUES, « Arbitrage et question préjudicielle », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 2, p. 595.

666 § 34.

donc implicitement aux parties de fixer le siège de l'arbitrage hors de l'Union européenne, afin de pouvoir bénéficier de la clause d'arbitrage du TCE[667]. La CJUE a énoncé que le contrôle de la sentence doit se faire dans les limites de ce que prévoit le droit national du siège. Il faut donc que le droit français du siège adopte une position de souplesse dans l'intensité du contrôle de la sentence arbitrale ou réduise la possibilité de l'annulation de la sentence qu'aux hypothèses de particulière gravité. Pour que Paris puisse rester une place privilégiée, les juges français sont invités à ne pas prendre en considération la définition particulièrement restrictive retenue par la CJUE de la notion d'investissement. La CJUE a considéré qu'un investissement international « implique l'immobilisation de ressources à l'étranger qui ne peuvent être généralement facilement rapatriées en cas de litige » et que la créance en cause « trouve son origine dans (….) le contrat de fourniture d'électricité conclu entre Moldantransceo et Derimen » et que ce contrat « ne concernait que la fourniture d'électricité, cette électricité étant produite par d'autres acteurs ukrainiens qui se limitaient à la vendre à Derimen ». Or, pour la CJUE, « un simple contrat de fourniture est une opération commerciale qui ne saurait, en tant que telle, constituer un investissement au sens article 1er point 6 du TCE ». Si les juges français retiennent une telle définition, ils réduiront considérablement la compétence *ratione materiae* de l'arbitre. Et ce n'est ni au juge national ni au juge européen de fixer la compétence d'un arbitre en donnant la définition d'un investissement. Comme l'énonçait le Professeur Emmanuel Gaillard, c'est « dans le droit spécial des traités qu'il y a lieu de rechercher le sens de la notion utilisée par chaque instrument pour définir son champs d'application *ratione materiae* »[668]. En définitive, il faut que les juges français ne fassent, en tant que juge du siège, qu'un simple contrôle de la motivation de la sentence arbitrale, pour ainsi éviter d'appliquer la solution de la CJUE[669].

---

[667] M. BARBA et C. NOURISSAT, note sous CJUE, 2 septembre 2021, *JCP G* 2021.1066.

[668] *JDI* 2019, comm. 6.

[669] Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : Après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », D. 2021. Cf également T. CLAY, *D.* 2008, obs. sous Cass. civ. 1re, 6 octobre 2010, *Abela*.

230. Des arrêts de la Cour d'appel permettent d'espérer, notamment les arrêts Nurol[670] et Aboukhalil[671]. Dans ces arrêts, les juges du fond ont refusé de contester la compétence des arbitres. Ils ont considéré que le contrôle de la compétence des arbitres fondé sur les TBI doit être le même que le contrôle qui serait effectué sur la base d'une clause compromissoire insérée dans un contrat. Autrement dit, il s'agit là d'une position ancienne selon laquelle « il n'en va pas différemment lorsque les arbitres sont saisis sur le fondement d'un traité »[672]. Les juges du fond ont appliqué à l'arbitrage d'investissement la jurisprudence Plateau des Pyramides[673]. Surtout, à l'instar de l'arrêt Gosset[674], la Cour d'appel a estimé que « lorsque la clause d'arbitrage résulte d'un TBI, l'offre permanente d'arbitrage est autonome et indépendante de la validité de l'opération qui a donné naissance à l'investissement ou qui la soutient »[675]. Les Cours d'appel ont opéré une transposition de l'autonomie juridique de la clause compromissoire. La volonté des parties est bien de soumettre l'investissement à une exigence de légalité et non de conformité[676]. Ainsi, comme dans les arrêts Hecht[677] et Galakis[678], les juges du fond ne souhaitent pas faire dépendre la notion de l'investissement du droit interne (et donc du droit européen). Enfin les juges du fond se sont appuyés sur la jurisprudence Dalico[679], car le contrôle de la compétence du tribunal arbitral en matière d'investissement est une question de fait et s'opère après analyse du seul traité concerné[680].

---

[670] CA Paris, 28 septembre 2021, n° 19/19834. Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D.* 2021.

[671] CA Paris, 12 octobre 2021, n° 19/21625.

[672] § 22 de l'arrêt *Nurol*.

[673] CA Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c. SPP*, *Rev. arb*. 1986.75.

[674] Cass. civ. 1re, 7 mai 1963, *Bull. civ*. I, n° 246.

[675] § 55 de l'arrêt *Aboukhalil* et § 57 de l'arrêt *Nurol*.

[676] § 76 de l'arrêt *Nurol*.

[677] Cass. civ. 1re, 4 juillet 1972, n° 70-14.163.

[678] Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, Bull.civ. n° 256.

[679] Civ. 1re, 20 déc. 1993, n° 91-16.828.

[680] Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D.* 2021. Enfin, dans Aboukhalil, la Cour d'appel a, à de nombreuses reprises, cité le TBI et a même reproduit des passages de la sentence arbitrale, dans le dernier paragraphe de son arrêt. La symbolique « est d'autant plus remarquable que la Cour d'appel utilise la formule

231. Comme cela fut énoncé dans les développements précédents, pour la CJUE, le TCE est un texte de l'ordre juridique européen et, par conséquent, elle a compétence pour l'interpréter. Une telle prétention revient à occulter le consentement des Etats à la clause d'arbitrage insérée au sein du TCE. Ce faisant, la CJUE est venue placer les Etats membres dans une position délicate, car en n'exécutant pas la sentence arbitrale, ils violent alors leurs engagements internationaux et peuvent engager leur responsabilité internationale devant la CEDH, les investisseurs pouvant arguer d'un déni à l'accès de la justice arbitrale ou d'un refus d'exécuter[681]. Les investisseurs des Etats membres pourront agir devant la CEDH contre leurs Etats membres, en demandant à ce que soit respecté leur droit à l'exécution des décisions de justice[682]. En effet, depuis un arrêt Regent rendu par la CEDH en 2008, ce droit concerne aussi le droit à l'exécution des sentences arbitrales[683].

De plus et à la différence de l'arrêt Achmea, l'arrêt Komstroy a trait à un arbitrage fondé sur le TCE. Or, l'Union européenne étant partie au TCE, elle pourra être attraite devant les tribunaux arbitraux par des investisseurs des Etats membres qui se verraient priver de l'accès à l'arbitrage. A ce propos, l'attrait de l'Union européenne dans une instance arbitrale en tant que défendeur pourrait un jour être réaliste. Il existe, en ce moment, une cinquième série d'amendements au règlement CIRDI, dont les négociations ont débuté dès 2016. Ces amendements confirment que l'Union européenne n'est pas membre du CIRDI et ne le sera pas, car cela impliquerait des modifications considérables à la convention CIRDI et nécessiterait la ratification de tous les Etats parties. Pour autant, il semble aujourd'hui que l'Union européenne puisse intervenir comme partie défenderesse à la place d'un Etat membre dans le cadre du mécanisme supplémentaire du CIRDI, établi par une décision du conseil administratif en 1978 pour trancher les

---

'a pu', ce qui, dans le langage de la Cour de cassation, renvoie à un contrôle léger ». La novation est à signifier, puisqu'en principe, la Cour d'appel n'a presque jamais fait de référence à une sentence arbitrale.

[681] L'arrêt *Monster Energy Company* (CA Paris, 19 octobre 2021, n° 18/01254) a confirmé l'arrêt Subway (CA Paris, 2 juin 2020), les juges énonçant que « l'accès à la justice en ce qu'il permet de garantir l'effectivité des droits, relève de l'ordre public international ». Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D.* 2021.

[682] Y. NOUVEL, note sous CJUE, 6 mars 2018, JDI 2018.903. Cf également I. MICHOU, « Les conflits de normes en arbitrage d'investissement », *Trav. comité fr. DIP* 2018-2020, p. 257.

[683] aff. *Regent Company c. Ukraine*, req. 773/03.

litiges entre investisseurs et Etats non-membres du CIRDI. En effet, en 2021, une proposition du secrétariat du CIRDI a annoncé la possibilité d'étendre ce mécanisme supplémentaire aux « organisations d'intégration économique régionale »[684] et, en application de l'article 6 de la Convention CIRDI, il faudra pour cela l'approbation des deux tiers des membres du CIRDI. Or, les Etats membres de l'Union européenne soutenant cette proposition étant nombreux au sein du CIRDI, cette proposition détient des chances de se matérialiser concrètement.

Si les investisseurs des Etats tiers ne sont pas concernés par cet arrêt, des préoccupations peuvent surgir à propos la survie de l'arbitrage d'investissement au sein du TCE, depuis un arrêt Eurus energy. En l'espèce, alors que le Japon est un Etat tiers à l'Union européenne, il a été considéré qui puisque l'investisseur japonais avait établi ses activités au sein de l'Union européenne, il demeurait soumis à des régimes établis par des traités européens et que, par conséquent, le droit de l'Union européenne était en partie applicable[685]. La condamnation de l'arbitrage d'investissement par l'Union européenne est de plus en plus étendue et atteint même l'arbitrage ad hoc.

2) La remise en question des arbitrages intra-UE ad hoc

232. Dans l'affaire PL Holdings, il s'agissait d'un investisseur luxembourgeois qui accusait la Pologne d'avoir violé ses obligations issues du TBI du 19 mai 1987 conclu entre le Luxembourg et la Belgique[686]. La Pologne estimait que le TBI était contraire au droit de l'Union européenne. Dans une sentence rendue en 2017, le tribunal arbitral s'est dit compétent et, le 28 septembre 2017, avant l'arrêt Achmea, a condamné l'Etat polonais. Un recours en annulation fut formé et était toujours pendant au moment où l'arrêt

[684] Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Document de travail n° 5, 15 juin 2021, not. Art. 3 § 1 du Règlement du Mécanisme supplémentaire.

[685] Sent. CIRDI, Eurus Energy Holdings Corporation and Eurus Energy Europe B.V. c. Espagne, aff. n° ARB/16/4.

[686] CJUE, 26 octobre 2021, aff. C-109/20, *PL Holdings*.

Achmea était rendu. Au prononcé de la décision relative au recours en annulation, l'arrêt Achmea avait été rendu et le traité portant extinction des TBI intra-UE était entré en vigueur. Selon l'article 1er, alinéa 4 de ce traité, la procédure arbitrale n'est pas terminée, sauf si aucun recours formé est en cours après l'arrêt Achmea[687]. Or un recours en annulation avait bien été enclenché, cette affaire devenait alors soumise à l'article 7 du traité portant extinction des TBI intra-UE, qui exige des Etats membre d'annuler ou de refuser d'exécuter une sentence arbitrale fondée sur un TBI intra-UE. Pour autant, la Cour d'appel de Stockolm avait considéré que, même si la clause d'arbitrage d'un TBI est invalide, cette invalidité n'empêchait pas un Etat membre et un investisseur d'un autre Etat membre de conclure un accord d'arbitrage ad hoc, afin de régler le différend en présence. Ainsi, les juges suédois ont refusé d'annuler la sentence arbitrale, en se fondant sur le droit interne suédois (et plus particulièrement sur l'article 34 de la loi suédoise sur l'arbitrage et sur les travaux préparatoires de cette loi) et sur l'*obiter dictum* de l'arrêt Achmea. Même si l'arbitrage était, en l'espèce, fondé sur un TBI, les juges suédois ont considéré qu'en application de l'article 34 de la loi suédoise sur l'arbitrage, la Pologne avait accepté l'offre d'arbitrage et devait s'y soumettre, tel un accord de volonté. Ce raisonnement un peu alambiqué a permis de faire jouer l'*obiter dictum* de l'arrêt Achmea, en considérant que l'arbitrage tirait avant tout son origine d'un accord de volonté entre les parties et pas uniquement du TBI[688].

233. L'arrêt de la Cour d'appel suédoise a fait l'objet d'un recours devant la Cour suprême suédoise, qui a décidé de poser une question préjudicielle à la CJUE. L'arrêt PL Holdings apporte des éclaircissements sur la portée de la jurisprudence Achmea[689]. En l'espèce, les juridictions suédoises se demandaient s'il y avait toujours un intérêt à opérer une distinction entre les arbitrages issus d'un TBI et les arbitrages provenant d'un accord de volonté entre les parties. Cette interrogation ne coulait pas de source, car dans

---

[687] L'article 1.4 de l'Accord définit une « procédure d'arbitrage achevée » comme « toute procédure d'arbitrage ayant abouti à un accord de règlement transactionnel ou à une sentence finale rendue avant le 6 mars 2018 lorsque : a) la sentence a été exécutée avant le 6 mars 2018 et aucune contestation, demande de réexamen, action en annulation, procédure d'exécution et aucun contrôle ou autre procédure similaire se rapportant à cette sentence finale n'était en cours au 6 mars 2018 ou b) la sentence a été annulée avant l'entrée en vigueur de l'Accord (le 29 août 2020) ».

[688] B. REMY, « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 1, p. 79.

[689] CJUE, 26 octobre 2021, aff. C-109/20, *PL Holdings*.

l'arrêt Achmea, la CJUE avait opéré une telle distinction dans un *obiter dictum*. Pourtant, la CJUE, dans cet arrêt, est revenue sur sa position et a donné à sa jurisprudence Achmea une large portée. Sa volonté est assumée, celle de condamner le plus largement tout arbitrage d'investissement intra-UE et de s'assurer d'une efficacité permanente du droit de l'Union européenne. Par son arrêt PL Holdings, la CJUE a énoncé que le droit de l'Union européenne prohibait la conclusion par un Etat membre d'une clause d'arbitrage contenant les même dispositions d'une clause d'arbitrage d'un TBI. Ce faisant, la CJUE a planté « un autre clou dans le cercueil de l'arbitrage intra-UE entre investisseurs et États »[690].

234. La CJUE a considéré que « les articles 267 et 344 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale permettant à un Etat membre de conclure avec un investisseur d'un autre Etat membre une convention d'arbitrage ad hoc rendant possible la poursuite d'une procédure d'arbitrage engagée sur le fondement d'une clause d'arbitrage de contenu identique à cette convention, figurant dans un accord international conclu entre ces deux Etats membres et nulle en raison de sa contrariété avec ces mêmes articles ». Sur un point précis, la position de la CJUE peut s'entendre, car il est vrai que l'arbitrage était surtout fondé sur un TBI et non sur un contrat. La position consistant à dire que l'arbitrage tirait d'abord sa source d'un accord de volonté ne pouvait pas tenir devant la CJUE, qui montre « qu'elle n'est pas dupe de cette requalification » par les juges suédois[691]. Le cœur de l'arrêt est ailleurs. La CJUE dit surtout que, peu important l'origine de la procédure d'arbitrage, que ce soit un arbitrage accepté par un Etat ou imposé par un TBI intra-UE, elle sera frappée de nullité. La CJUE a estimé que « permettre à un Etat membre, qui est partie à un litige susceptible de porter sur l'application et l'interprétation du droit de l'Union, de soumettre ce litige a un organisme arbitral ayant les mêmes caractéristiques que celui prévu par une clause d'arbitrage nulle contenue dans un accord international tel que celui visé au point 44 du présent arrêt, par la conclusion d'une convention d'arbitrage ad hoc de même contenu que cette

[690] D. DOZSA, « The protection of intra-EU investment after PL Holdings. C'est la vie ? », consultable sur le lien https://eulawlive.com/op-ed-the-protection-of-intra-eu-investment-after-pl-holdings-cest-la-vie-by-daniel-dozsa/

[691] B. REMY, « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 1, p. 79.

clause, entrainerait en réalité un contournement des obligations découlant pour cet Etat membre des traités et, tout particulièrement, de l'article 4 § 3 du TUE ainsi que des articles 267 et 344 du TFUE, tels qu'interprétés dans l'arrêt Achmea »[692].

235. La position de la CJUE interroge. Il s'agissait d'un litige entre un Etat membre et une personne privée tranchée sous le fondement d'une convention d'arbitrage directement conclue par eux. Il s'agissait donc d'un arbitrage fondé sur une convention ad hoc et non sur une clause d'un traité, ce qui rapprochait alors l'espèce d'un arbitrage commercial. Or, dans l'arrêt Achmea, la CJUE avait bien énoncé qu'une « procédure d'arbitrage, telle que celle visée par l'article 8 du TBI, se distingue d'une procédure d'arbitrage commercial. En effet, alors que la seconde trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties en cause, la première résulte d'un traité, par lequel des Etats membres consentent à soustraire à la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voie de recours juridictionnel que l'article 19 § 1 alinéa 2 du TUE leur impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union »[693]. Ainsi et en principe, une convention d'arbitrage ad hoc était censée se trouver dans le joug de protection énoncée par la CJUE dans l'arrêt Achmea. Pourtant, la CJUE a considéré que sa position est « confirmée par (…) l'accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement (…). Cette règle est applicable *mutadis mutandis* à une situation dans laquelle la procédure d'arbitrage originellement initiée sur le fondement d'une clause d'arbitrage nulle du fait de sa non-conformité au droit de l'Union et poursuivie sur le fondement d'une convention d'arbitrage ad hoc conclue par les parties conformément au droit national applicable et dont le contenu serait identique à celui de cette clause »[694]. Autrement dit, la CJUE a estimé que le traité de 2020 entraine l'extinction rétroactive des clauses d'arbitrage des TBI, mais aussi l'extinction de toute convention d'arbitrage ad hoc même antérieure. Pour se justifier, la CJUE a ajouté que « toute tentative d'un Etat membre de remédier à la nullité d'une clause d'arbitrage au moyen d'un contrat avec un investisseur d'un autre Etat membre irait à l'encontre de

---

[692] § 47.

[693] § 55 de l'arrêt *Achmea*.

[694] § 53.

l'obligation du premier Etat membre de contester la validité de la clause d'arbitrage et serait ainsi susceptible d'entrainer l'illégalité de la clause même de ce contrat, dès lors qu'elle serait contraire aux dispositions et principes fondamentaux régissant l'ordre juridique de l'Union »[695]. Cette solution est très préoccupante en ce qu' « elle fragilise l'arbitrage bien au-delà du droit des investissements ». Pour s'en convaincre, il suffit de se pencher sur le § 49 de l'arrêt, qui énonce que « l'approche juridique envisagée par PL holdings (si elle était retenue) pourrait être adoptée dans une multitude de litiges susceptibles de concerner l'application et l'interprétation du droit de l'Union, portant ainsi atteinte de manière répétée à l'autonomie de ce droit »[696]. Par conséquent, cette prohibition à l'arbitrage pourrait même concerner tout arbitrage avec une personne publique ou entre personnes privées qui exigerait l'application du droit de l'Union européenne.

236. Dans son arrêt PL holdings et au point 55, la CJUE demande au juge national d'annuler les sentences rendues sur le fondement d'une convention ad hoc. A notre désarroi, dans l'arrêt Strabag, la Cour d'appel a affirmé qu'elle ne se souciait pas du fait qu'il puisse exister un accord ad hoc de recourir à l'arbitrage. En ce sens, elle a énoncé que « la nullité d'une clause d'arbitrage ad hoc s'entend de toute clause ou convention qui viendrait en substitution de la clause nulle, tout en conservant les mêmes effets, sans qu'il puisse être tiré argument d'une absence d'identité desdites clauses, le fait qu'elles aient les mêmes effets étant suffisant pour en prononcer la nullité, aucune condition n'imposant de rechercher si le contenu est identique à l'offre d'arbitrage qui figure dans le traité » (§ 64). Ainsi, la Cour d'appel a repris la position retenue par la CJUE, en établissant une interdiction générale de recourir à l'arbitrage d'investissement intra-UE. Pour éluder l'arrêt PL holdings, il faudrait que les parties rédigent une convention arbitrage qui ne soit pas identique à celle du traité. Et ce n'est pas tout. Dans l'arrêt Strabag, la Cour d'appel a également ajouté que « la primauté du droit de l'Union s'impose à tous les Etats de l'Union européenne et le recours à la Convention de Vienne sur le droit des traités ou au besoin à la règle matérielle du droit international de l'arbitrage pour prétendre de l'existence d'un consentement valide est inopérant à cet égard » (§ 90). Autrement dit, la primauté du droit de l'Union européenne fait s'effacer à la fois cette

[695] § 54.

[696] J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D.* 2021.

Convention de Vienne, mais aussi les règles matérielles d'arbitrabilité. Sur ce point, les juges du fond sont allés en contradiction avec l'arrêt Komstroy, dans lequel la CJUE avait pourtant affirmé que le contrôle devait toujours se réaliser « dans les conditions et limites prévues par le droit du siège ».

237. L'arbitrage commercial est désormais dans la ligne de mire de la CJUE. D'ailleurs, dans l'arrêt London Steam du 20 juin 2022, la CJUE a cherché à étendre l'arrêt Achmea à l'arbitrage commercial et « s'octroie le droit de vie et de mort sur l'arbitrage »[697]. Dans cet arrêt, la CJUE a considéré qu'il était du rôle des juges anglais saisis en vue de rendre un arrêt reprenant des termes d'une sentence arbitrale de vérifier la compatibilité des dispositions et des objectifs fondamentaux du Règlement Bruxelles I, notamment ceux relatifs à l'effet relatif de la clause compromissoire et aux règles de litispendance. Or, les juges anglais n'avaient pas procédé à une telle vérification et la CJUE a alors considéré que l'arrêt rendu, intégrant les termes d'une sentence arbitrale, ne constituait pas une décision au sens de l'article 34 § 3. L'absence de vérification par les juges anglais entraîne alors l'hypothèse du refus de l'exécution de la sentence par les juridictions.

L'arbitrage commercial survivra-t-il malgré tout ? En apparence, il devrait subsister, au motif que le contrôle opéré par les juges nationaux peut conduire à l'annulation d'une sentence arbitrale contraire aux dispositions européennes d'ordre public. En ce sens, l'arrêt Eco Swiss a énoncé que les juridictions nationales peuvent contrôler la sentence au regard de l'ordre public européen. Ainsi, une piste pourrait être creusée ici. Il faudrait réconcilier l'arbitrage d'investissement et l'Union européenne en accordant une

---

[697] J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *D.* 2022, note sous CJUE, 20 juin 2022, aff. C-700/20, *London Steam-Ship*. Dans cet arrêt, « (e)n déplaçant la discussion, la CJUE tend un piège à l'arbitrage. L'inclusion des arrêts anglais d'incorporation de la sentence parmi les 'décisions' susceptibles de faire échec à la circulation des jugements sur le fondement du Règlement conduit, *de facto*, à placer le débat sur le règlement. Cette forme de faveur – presque de bienveillance, vis-à-vis de ces arrêts d'incorporation, que l'on accepte d'intégrer parmi les 'décisions', permet à la CJUE de refermer son piège ». Autrement dit, « (p)uisque les arrêts d'incorporation des sentences font partie du règlement, on en déduit que la question relève du règlement (européen). De la sorte, la CJUE a la possibilité, d'une part, d'imposer ses conditions à la mise en œuvre du règlement et, d'autre part, d'interdire de s'abstraire du règlement. Surtout, la CJUE a étendu de façon considérable le champ d'application de ses règlements ». Cf J. HEYMANN, « De nouveaux rapports tumultueux entre le droit de l'Union et l'arbitrage . - L'impérialisme revendiqué du règlement dit « Bruxelles I », *JCP G* 2022, n° 35, act. 972 ; comm. L. IDOT, « Règlement « Bruxelles I » - Décisions inconciliables et arbitrage », *Europe* 2022, n° 8-9, comm. 309.

place plus importante au contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public européen[698]. Or, ce contrôle existe déjà à propos de l'ordre public international[699]. En tout état de cause, l'arbitrage d'investissement intra-UE semble tout de même largement condamné et le récent traité portant extinction des TBI intra-UE en est le témoin.

§2 : La fin annoncée de l'arbitrage intra-UE par l'accord portant extinction des TBI intra-UE

Dans la continuité de l'ensemble de ces arrêts de la CJUE, en 2020, un accord portant extinction des TBI entre 23 Etats membres, excluant l'Irlande (qui avait déjà éteint ses TBI intra-UE), la Suède, l'Autriche, la Finlande et le Royaume-Uni[700], a été signé. Cet accord exige des signataires qu'ils notifient aux tribunaux arbitraux et aux juridictions nationales que les clauses d'arbitrage contenues dans les TBI intra-UE ne sont plus valides pour les nouveaux arbitrages et pour ceux en cours. Si cet accord pose plusieurs interrogations (1), il pourrait inciter les investisseurs étrangers à procéder à un « nationality planning », autrement dit à restructurer leurs investissements (2)

1) Les problématiques posées par l'accord

238. Il s'avère que les tribunaux arbitraux, dans leur grande majorité, n'ont pas tiré les conséquences de l'arrêt Achmea[701]. Confrontés à l'attitude peu coopérative des tribunaux arbitraux, les Etats ont tenté de

---

[698] CJCE, *Eco Swiss Time c. Benetton International*, aff. C-126/97, 1er juin 1999. Cf également PH. COLEMAN, « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n°2, p. 581.

[699] X. BOUCOBZA, « Variations sur Achmea, Le droit de l'arbitrage à l'épreuve du droit européen », *Cahiers de l'arbitrage* 2019, n°1, p. 21. Cf également CA Paris, 16 janvier 2018, n°15/21703, *D*. 2018.1635, note M. AUDIT, *Gaz. Pal*. 2018, n°11, p. 25, obs. D. BENSAUDE et *JDI* 2018, note S. BOLLEE.

[700] CH. A. MOARBES, *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the member states of the European Union*, Cambridge University Press, 21 janvier 2021.

[701] Ainsi, dans la sentence UP and C.D. Holding c. Hongrie, les arbitres ont estimé que « dans la présente sentence, le tribunal ne considère pas qu'une discussion détaillée de la substance d'Achmea soit nécessaire, car la présente affaire diffère par des

les influencer en signant, le 5 mai 2020, un traité portant extinction des TBI intra-UE. Cet accord pose plusieurs interrogations. Quid des arbitrages rendus avant l'arrêt Achmea mais non encore exécutés ? Sont-ils valides ? L'investisseur ayant remporté un arbitrage avant l'arrêt Achmea ne détient-il pas là un droit spécifique protégé par le droit international ?

Le traité portant extinction des TBI intra-UE concerne les TBI intra-UE en vigueur et aussi ceux unilatéralement dénoncés et éteints mais comportant une clause de survie les rendant toujours applicables[702]. Sur ce point, cet accord entre en contradiction avec la Convention de Vienne sur les traités. Cet accord est entré en vigueur alors qu'il n'a bénéficié que d'une seconde ratification, ce qui est peu commun dans les traités multilatéraux. Cela s'explique par la volonté de l'Union européenne d'éluder toute zone de flottement ou période de latence.

239. L'accord de 2020 met expressément fin aux clauses d'arbitrage des TBI intra-UE[703]. En cas de procédure pendante, les parties doivent avertir les arbitres en s'appuyant sur l'Annexe C de l'accord, des « conséquences juridiques de l'arrêt Achmea telles quelles sont décrites à l'article 4) ». C'est notamment ce que dispose l'article 7.a de l'accord de 2020, c'est-à-dire que la clause d'arbitrage est contraire au TUE et ne peut pas s'appliquer, rendant la procédure arbitrale « sans fondement juridique » (article 4.1). Cet accord prévoit même l'obligation de demander au juge, y compris d'un Etat tiers, d'annuler la sentence rendue ou de refuser de l'exécuter (article 7.b). Avec cet accord portant extinction des TBI intra-

---

aspects déterminants de l'affaire d'Achmea ». Les arbitres ont estimé que le contentieux en présence tirait son origine de la Convention CIRDI (ARB/13/27). De même, dans l'arrêt Magyar c. Hongrie, il a été considéré l'adhésion à l'Union européenne rendait le consentement à la clause d'arbitrage issue du TBI conclu avec le Royaume-Uni inapplicable. Pour autant, le tribunal arbitral, qui a pris acte de cet argument, refuse d'y voir une révocation rétroactive du consentement sous peine de léser injustement les intérêts des investisseurs. Autrement dit, les tribunaux arbitraux refusent de considérer l'arrêt Achmea comme valant révocation rétroactives de toutes les clauses d'arbitrage contenues dans des TBI conclus antérieurement (sent. CIRDI, Magyar Farming Company et autres c. Hongrie, aff. n° ARB/17/27, 13 novembre 2019 (§170-174 et § 223-224).

[702] Cf par exemple le cas de la Pologne qui, en 2018, a dénoncé 15 TBI intra-UE.

[703] A noter que si l'Autriche, l'Irlande, la Finlande et la Suède sont les quatre seuls Etats membres à ne pas avoir signé l'accord de 2020, ils n'ont signé que peu de TBI intra-UE.

UE, les Etats membres sont dans l'obligation de s'assurer que leur ordre national soit en concordance avec les exigences droit de l'Union européenne. Cet accord d'extinction est-il pour autant constitutionnel ? La question est légitime et s'est d'ailleurs posée, récemment, devant la Cour constitutionnelle de Hongrie.

En l'espèce, un conflit est né entre un investisseur français et l'Etat hongrois. L'investisseur s'est fondé sur le TBI conclu entre la France et la Hongrie en 1986 et a enclenché un arbitrage CIRDI. L'investisseur s'est plaint de la nouvelle législation hongroise qui conduit, selon lui, à la constitution d'une expropriation indirecte. Dans une sentence prononcée le 28 janvier 2019, soit après l'arrêt Achmea, le tribunal arbitral a répondu favorablement aux prétentions de l'investisseur français, en constatant une expropriation indirecte sur le fondement de l'article 5 § 2 du TBI. Il a alors prononcé une compensation de plus de 70 millions d'euros. En application de l'article 52 § 1 de la Convention CIRDI, la Hongrie a formé une demande en annulation de la sentence, demande ayant conduit au rejet de ses arguments en mai 2021[704]. Au cours de la procédure en annulation, l'investisseur français s'est appuyé sur les articles 53 et 54 de la Convention CIRDI, afin de demander l'exécution de la sentence arbitrale devant les juridictions hongroises. Les juridictions de première instance s'y sont refusées et, en 2020, la Cour municipale de Budapest s'est fondée sur les conséquences qu'elle devait tirer de l'arrêt Achmea pour refuser d'exécuter la sentence arbitrale. Un appel été formé par l'investisseur français et, la Cour d'appel de Budapest s'est référée quant à elle à l'accord portant extinction des TBI intra-UE. L'investisseur français a alors agit devant la Cour suprême de Hongrie et devant la Cour constitutionnelle.

240. La Cour constitutionnelle a suspendu sa décision à celle de la Cour suprême. Si la procédure est actuellement en cours, elle témoigne des « dilemmes constitutionnels concernant la relation entre l'accord de résiliation et les garanties constitutionnelles inscrites à la fois dans les constitutions nationales comme la loi fondamentale de Hongrie et dans l'ordre juridique de l'UE »[705]. L'investisseur français considère

[704] Sent. CIRDI, *Sodexo Pass International SAS c. Hongrie*, aff. n° ARB/14/20.

[705] Cf notamment L. SANDOR, « The Constitutional dilemmas of terminating intra-EU BITS », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 177.

que l'accord portant extinction des TBI intra-UE ne peut pas s'appliquer rétroactivement aux procédures arbitrales en cours et aux sentences prononcées avant son entrée en vigueur. Le principe de non-rétroactivité ou *ex post facto* est d'ailleurs prévu par la Constitution hongroise, mais aussi par les Constitutions de tous les Etats membres et est même prévu par le droit de de l'Union européenne qui prohibe toute application *ex post facto* d'un traité. Selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour constitutionnelle hongroise, l'article B) de la Fundamental law exige de la prévisibilité juridique, ce qui interdit la rétroactivité. Or, ce traité, s'il est rétroactif, viendrait priver les investisseurs étrangers de leurs droit substantiels présent dans les TBI intra-UE.

241. Pour autant, si cette affaire entre la Hongrie et l'investisseur français est révélatrice de bien des choses, on pourrait considérer que, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les investisseurs doivent se douter que les TBI intra-UE sont destinés à s'éteindre. En réalité, l'investisseur français a peu de chances de voir sa sentence arbitrale être exécutée en Hongrie, car le traité portant extinction des TBI intra-UE reprend les mêmes argumentaires de l'arrêt Achmea (autonomie du droit de l'Union européenne etc). Il y a de fortes chances que la Cour suprême hongroise en vienne à transmettre la question à la CJUE et la position de la CJUE ne fera guère de doutes et s'imposera ensuite aux juridictions nationales hongroises, même à la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle allemande elle-même a dû prendre acte de l'arrêt Achmea. De surcroît, il convient de souligner que même la Cour constitutionnelle hongroise a déjà admis que le principe de non-rétroactivité n'était pas absolu et pouvait comporter des exceptions. Elle pourra aussi rétorquer à l'investisseur français que, même si le traité portant extinction des TBI intra-UE est rétroactif, cela ne le prive pas de ses droits substantiels, le traité prévoyant un juste dialogue structuré, laissant entrouvert la possibilité d'une réparation[706].

242. Un tribunal arbitral devra-t-il rejeter sa compétence, en raison de cet accord de 2020 ? Il serait intéressant de créer à l'instar du droit d'accès au Tribunal arbitral du sport (TAS), un droit d'accès à l'arbitrage d'investissement. Dans l'affaire Ali Riza rendue par la CEDH, il s'agissait d'un litige entre

[706] *Ibid*.

un joueur turc et son ancien club de football[707]. Le joueur avait voulu saisir le TAS, qui avait décliné sa compétence, au motif que les statuts de la FIFA et le Règlement de 2008 du statut et du transfert des joueurs de la FIFA ne fondaient pas sa compétence. Le joueur avait alors saisi la CEDH sur le fondement de l'article 6 § 1, en considérant que le refus du TAS de se reconnaître compétent portait atteinte à son droit d'accès au juge.

243. Si en dépit de cet accord, le tribunal arbitral se déclare quand même compétent, le fait-il « à tort » (article 1520 alinéa 1er du Code de procédure civile), alors qu'il ne fait que s'appuyer sur un TBI contenant une clause d'arbitrage ?[708] En théorie, ce n'est pas parce que cet accord de 2020 rend inapplicable une clause d'arbitrage contenue dans un TBI intra-UE, qu'il peut supprimer la présence de la clause d'arbitrage au sein de ce TBI signé par les Etats membres. L'existence du consentement à l'arbitrage doit être considérée au moment de la signature du TBI et non au moment de la signature de cet accord de 2020. De plus, l'accord de 2020 prévoit que si un arbitre se déclare compétent et prononce une sentence, l'Etat membre devra demander au juge national, y compris d'un Etat tiers, l'annulation ou le refus d'exécution de celle-ci. Pourtant, ce n'est pas parce que la présence d'une clause d'arbitrage pose une contrariété avec le droit de l'Union européenne, qu'elle constitue une violation de l'ordre public international qui légitimerait l'annulation de la sentence du fait de l'incompétence de l'arbitre (article 1520 alinéa 1er du Code de procédure civile) ou l'impossibilité de la reconnaissance ou de l'exequatur (article 1520 alinéa 5 du Code de procédure civile)[709]. En effet, le droit de l'Union ne détient pas un caractère d'ordre public en dépit du droit applicable. Si on affirme que la contrariété à des principes qui sous-tendent le droit européen concerne l'ordre public international, alors on retient une vision bien trop large de l'ordre public international, qui est une exception au principe de l'exécution et de la reconnaissance d'une sentence. Ainsi, pour échapper à cet accord de 2020, les investisseurs européens sont encouragés à situer le

[707] CEDH, 13 juillet 2021, n° 74989/11. Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : Après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *D.* 2021.

[708] A. D'ORNANO, « Sur la protection des investisseurs après l'extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres », *Rev. crit. DIP* 2022.443.

[709] A. D'ORNANO, « Eclairages ... sur l'accord de résiliation des traités bilatéraux d'investissement entre des États membres de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP* 2020.865.

siège de l'arbitrage en dehors de l'Union européenne. On ne voit pas pourquoi le juge d'un Etat tiers ira jusqu'à considérer que l'accord de 2020 s'applique comme ordre public chez lui, d'autant que son Etat n'est pas partie à cet accord[710].

244. L'accord de 2020 pourrait aussi être contourné par un investisseur qui tenterait de céder sa créance de la sentence arbitrale, en jouant sur l'article 1689 du Code civil. Mais cette possibilité est alambiquée et il est peu plausible qu'elle aboutisse. Cette cession de créance pourrait être perçue comme un acte anormal de gestion du concessionnaire, sauf si le prix de la cession lui octroie un avantage financier incontestable (mais même si c'était le cas, alors il s'agirait d'un acte anormal de gestion du cédant et non plus du concessionnaire)[711].

245. Désormais, il faut prendre acte du traité portant extinction des TBI intra-UE. Ce faisant, comment protéger les investissements dans l'Union européenne ? Dans le préambule du traité, les Etats membres ont souligné qu' « à la lumière des conclusions du conseil ECOFIN du 11 juillet 2017, les Etats membres et la Commission intensifieront à bref délai leurs discussions en vue de mieux assurer une protection complète, solide et efficace des investissements au sein de l'Union européenne. Il s'agira notamment d'évaluer les procédures et mécanismes existants de résolution des différends, ainsi que la nécessité et, le cas échéant, les moyens de créer de nouveaux outils et mécanismes pertinents ou d'améliorer ceux prévus par le droit de l'Union ». Plusieurs groupes de proposition peuvent être relevés ; d'une part préserver et améliorer des garanties des juridictions nationales ; d'autre part améliorer la qualité de l'application du droit européen ; puis prévenir les différents avec la possibilité d'inciter davantage la médiation ; enfin prévoir des sanctions financières en cas de violation des règles juridiques ; ou encore la création d'une agence européenne pour superviser les actions des Etats membres limitant de manière injustifiée et disproportionnée les droits des investisseurs tirés du droit européen. L'ensemble de ces mesures sont

[710] A. D'ORNANO, « Sur la protection des investisseurs après l'extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres », *Rev. crit. DIP* 2022.443.

[711] A. D'ORNANO, « Sur la protection des investisseurs après l'extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres », *Rev. crit. DIP* 2022.443.

dérisoires. Ainsi, par la condamnation de tout arbitrage intra-UE, les juridictions des Etas membres retrouveront leur compétence juridictionnelle. Quelle juridiction nationale serait alors compétente ? Faudra-t-il appliquer le Règlement Bruxelles I bis ? En l'espèce, il sera toujours question d'un investisseur désirant attaquer l'auteur d'une mesure législative ou réglementaire lésant ses intérêts. Il s'agirait d' « un acte commis (…) dans l'exercice de la puissance publique (*jus imperi*) », rendant inapplicable ce Règlement. Faudrait-il alors accorder une compétence de principe aux juridictions de l'investisseur plutôt qu'à celles de l'Etat d'accueil ? Oui, car le préjudice se situe au domicile et au siège de l'investisseur et donc, l'article 46 du Code de procédure civile donne compétence au domicile du siège de la personne subissant le dommage. En réalité, ces débats sont peu éclairants car, de toute façon, l'Etat d'accueil arguera certainement de son immunité de juridiction. Par conséquent, tout laisse à penser que l'accord 2020 conduira les investisseurs lésés devant les juridictions de l'Etat d'accueil, faisant craindre le spectre de la partialité. Les investisseurs européens ont alors un grand intérêt à restructurer leurs investissements.

2) Vers une restructuration des investissements européens ?

Le « forum shopping » consiste en « la possibilité, pratique et théorique, pour le demandeur ou les deux parties de concert, de soumettre leur litige à un for déterminé en fonction du résultat matériel plus favorable qu'il pourrait obtenir »[712]. Adapté à l'arbitrage d'investissement, le « forum shopping » viserait non plus à rechercher la compétence d'un for, mais à bénéficier d'un traité d'investissement particulier afin d'avoir accès à l'arbitrage[713]. C'est le « treaty shopping ». Le « treaty shopping » désigne « la pratique des investisseurs qui recherchent délibérément à bénéficier de la protection plus avantageuse d'un TBI signé entre un Etat dont ils n'ont pas la nationalité et l'Etat hôte dans lesquels ils ont investis »[714]. Il existerait un « forum shopping bonus », lorsque le comportement adopté par le demandeur s'apprécierait

[712] E. CORNUT, « Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* janvier 2007, n° 1, doctr. 2, § 27 et s.

[713] Cf E. FISCHER et S. DOLEA, « Abuse of process in investment arbitration – Key factors to be considered when restructuring investments », *Rom. Arb. J*. 2022, vol. 16, p. 34.

[714] S.H. NIKIEMA, « Définition de l'investisseur », *IISD*, mars 2012, p. 3.

légitimement. A l'instar de ce « bon » forum shopping, il y aurait un « treaty shopping légitime » ou « legitimate treaty shopping »[715]. Ce fut l'approche du Professeur Emmanuel Gaillard, pour qui la structuration ou la restructuration d'un investissement en tenant compte des traités d'investissements existants est une attitude compréhensible. Il subsisterait aussi un « forum shopping malus », lorsque le demandeur agirait avec une intention de malice[716]. Le « treaty shopping malus » correspondrait à la situation dans laquelle « un opérateur confronté à diverses difficultés (...) s'efforce de restructurer, une fois le litige né, son investissement de façon à bénéficier d'une protection à laquelle il n'aurait pas eu le droit »[717]. C'est le cas de la fraude ou de l'abus de droit. La définition de la personne de l'investisseur permettrait de déterminer quelle entreprise détient le *jus standi*, le *jus standi* étant la capacité juridique pour une personne de pouvoir rechercher la protection de son investissement. Or, l'*intuitu personae* étant absent dans une offre publique d'arbitrage impersonnelle, cette offre peut être amenée à transiter entre les mains de plusieurs personnes, s'estimant destinataires de celle-ci[718]. Généralement, les tribunaux arbitraux ont adopté une position ferme contre les tentatives de « nationality planning » des personnes morales (a). Et des Etats ont élaboré des instruments conventionnels pour circonscrire, avec plus de prévisibilité, la compétence *ratione personae* des arbitres (b). Ainsi, il sera difficile pour les investisseurs européens de s'affranchir du traité portant extinction des TBI intra-UE.

---

[715] Selon U. TOPCAN, « Abuse of Right to Access ICSID Arbitration », *ICSID Rev.* 2014, p. 268.

[716] E. CORNUT *préc*. Cf également P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Trav. comité fr. DIP* 1998-1999, Pedone 2001, p. 49 et s.

[717] E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2009, note 82, p. 25.

[718] R. REN et S. LIP SHAN, « How to identify insiders and intruders disguising as investors in the assignment of investments », *ICLQ* 2022, vol. 71 (2), p. 357-388.

a. Le rôle des tribunaux arbitraux

246. La nationalité d'une personne morale peut changer de manière volontaire ou de manière involontaire. Le changement de nationalité est involontaire en cas de mutation de souveraineté, lorsqu'une personne morale réside sur un territoire, y possède son siège social, mais subit une mutation de souveraineté de par une annexion ou une indépendance d'un territoire. En droit positif français, cette mutation de souveraineté n'entrainera pas de changement automatique de nationalité. Ainsi, lorsque l'Alsace et la Lorraine étaient redevenues françaises à la suite de la Première Guerre Mondiale, les personnes morales qui y avaient leur siège n'étaient pas automatiquement devenues françaises, tout comme les personnes physiques qui y travaillaient. De même, à la suite de la décolonisation de plusieurs pays africains, les personnes morales qui y étaient implantées étaient restées françaises. En ce sens, à la suite de l'indépendance de l'Algérie, les juges français avaient refusé de considérer que les sociétés ayant leur siège en Algérie avaient perdu la nationalité française[719]. Le changement de nationalité d'une personne morale peut aussi s'opérer de manière intentionnelle, la société usant, pour ce faire, des montages juridiques pour adapter sa nationalité aux traités d'investissement convoités.

247. En pratique, le risque de voir une entreprise étrangère ne détenir qu'une participation infime dans des sociétés incorporées localement pour bénéficier d'un TBI est minime, car les tribunaux arbitraux exigent bien plus qu'une simple participation ou possession d'actions. Outre la propriété, les tribunaux arbitraux posent notamment des conditions ayant trait à la gestion véritable de l'entreprise incorporée localement dans l'Etat d'accueil[720]. Les arbitres affichent leur vigilance face aux « abuses of process », aux tentatives abusives des investisseurs privés étrangers à restructurer leurs investissements dans l'optique de bénéficier de la protection d'un TBI en cas de différend avec un Etat d'accueil[721]. Dans une

[719] Cf TGI Seine, 23 juin 1965, *Gaz. Pal.* 1965.2.401 et cf CA Paris, 17 mai 1967, *JDI* 1967.874, note Y. LOUSSOUARN.

[720] A l'instar de la sentence CIRDI, 21 octobre 2005, *Aguas del Tunari, S.A. c. République de Bolivie*, aff. n° ARB/02/3.

[721] En ce sens, dans une affaire *Transglobal*, le tribunal arbitral a décliné sa compétence, car les investisseurs avaient abusé du système des traités de protection des investissements en tentant de créer artificiellement la compétence internationale du tribunal arbitral pour traiter d'un différend interne pendant (sent. CIRDI, 2 juin 2016, *Transglobal Green Energy. LLC and*

affaire, un tribunal arbitral avait constaté que les investisseurs avaient « manipulé » et « fabriqué » la compétence du tribunal par le transfert du contrôle d'une société péruvienne à une société française, dans le seul but de pouvoir invoquer le bénéfice des dispositions insérées dans le TBI conclu entre la France et le Pérou pour contester une mesure étatique[722]. Et un tribunal arbitral a déjà rejeté les demandes des investisseurs au motif qu'il y a « (…) un abus de droit (ou de procédure) lorsqu'un investisseur modifie sa structure d'entreprise pour s'assurer de la protection d'un traité d'investissement à un moment où un différend était prévisible. Un différend est prévisible quand il y a une chance raisonnable qu'une mesure, pouvant donner lieu à une réclamation en vertu d'un traité, se matérialise »[723].

248. Une sentence témoignait particulièrement du contrôle efficient opéré par les arbitres. Il s'agit du contentieux Phoenix Action c. République Tchèque, dans lequel un investisseur tchèque détenait deux sociétés établies en République Tchèque. Condamné par les juridictions internes tchèques, l'investisseur avait cédé les actions de ses deux sociétés à une société israélienne créée et contrôlée par l'investisseur tchèque lui-même. Le seul objectif de cette restructuration était de pouvoir bénéficier d'un accès à l'arbitrage, pour obtenir un réexamen des affaires déjà jugées par les tribunaux étatiques tchèques. Le tribunal arbitral a estimé que « si l'on admettait que le tribunal puisse avoir compétence pour statuer sur la demande de Phoenix, tout différend national préexistant pourrait être soumis à un tribunal du CIRDI par transfert des intérêts économiques nationaux à une société étrangère dans le but de chercher à être protégé par un TBI. Un tel transfert de la scène nationale vers la scène internationale constituerait ipso facto un 'investissement protégé' - et la compétence des tribunaux du TBI et du CIRDI serait pratiquement illimitée. Le tribunal a le devoir de ne pas protéger une telle manipulation abusive du système de protection de l'investissement international prévu par la Convention CIRDI, ainsi que de ceux des traités bilatéraux d'investissement »[724]. Dans cette sentence, les arbitres ont veillé au respect de l'esprit du TBI et ont estimé

Transglobal Green Panama. S.A. c. République du Panama, aff. n° ARB/13/28, § 118).

[722] Sent. CIRDI, 9 janvier 2015, *Renée Rose Levy & Gremcitel S.A. c. République du Pérou*, aff. n° ARB/11/17, § 194 et 195.

[723] PCA, 17 décembre 2015, *Philip Morris Asia Ltd c. Australie*, aff. n° 2012-12, § 585.

[724] Sent. CIRDI, 15 avril 2009, *Phoenix Action LTD c. République Tchèque*, aff. n° ARB/06/5, § 144 et 205.

qu'un abus à l'arbitrage d'investissement était commis, lorsque les investisseurs réalisaient un investissement uniquement dans l'optique de bénéficier d'un TBI[725].

249. Les tribunaux arbitraux ne se montrent pas candides face à ces démonstrations de « treaty shopping » et les contrôles sont poussés. « Bien que, à première vue, l'opération réalisée par Phoenix ressemble à un investissement, de nombreux facteurs convergent pour démontrer que l'investissement apparent n'est pas un investissement protégé, tous les éléments analysés aboutissent à la même conclusion d'abus de droit. L'abus peut consister ici en un 'détournement de procédure', consistant en la création d'une fiction juridique par le demandeur afin de donner accès à une procédure d'arbitrage international à laquelle il n'a pas droit »[726]. Les arbitres opèrent un contrôle étendu pour vérifier si l'investisseur n'a pas restructuré son investissement dans le but d'accéder à l'arbitrage international, en réaction à un différend déjà instruit ou jugé par des tribunaux étatiques. L'idée pour l'investisseur aurait été de doubler les tribunaux étatiques internes déjà saisis de l'affaire en question. De même, les arbitres effectuent ce contrôle pour vérifier que les investisseurs ne cherchent pas à se prémunir et à éluder la compétence des tribunaux étatiques pour des différends futurs.

250. Certes, certaines sentences arbitrales ont estimé que la restructuration guidée par une anticipation légitime de difficultés potentielles à venir avec un Etat d'accueil ne constitue pas un abus de procédure[727], au contraire de la restructuration guidée par la seule volonté de soustraire un différend à naître et prévisible à la compétence des tribunaux étatiques internes[728]. Toutes les situations de « nationality planning »

---

[725] *Ibid*., § 100 : « (L)e but du mécanisme international de protection des investissements par l'arbitrage CIRDI ne peut être de protéger les investissements effectués en violation des lois de l'Etat d'accueil ou les investissements qui ne sont pas réalisés de bonne foi, obtenus par exemple à la suite de fausses représentations, dissimulations ou par corruption ou s'analysant en un abus du système d'arbitrage international CIRDI. En d'autres termes, le but de la protection internationale est de protéger les investissements légaux et réalisés de bonne foi ».

[726] *Ibid*., § 143 : « L'abus ici pourrait être qualifié de 'détournement de procédure', consistant en la création par le demandeur d'une fiction juridique afin d'accéder à une procédure d'arbitrage international à laquelle il n'avait pas droit ».

[727] Sent. CIRDI, 10 juin 2010, *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V c. République du Venezuela*, aff. n° ARB/07/27.

[728] Sent. CIRDI, 21 février 2014, *Lao Holdings c. Laos*, aff. n° ARB(AF)/12/6, § 70.

ne sont pas illégales. Le Professeur Schreuer a fait remarquer que le « nationality planning » ne constituait pas en lui-même une violation du droit international des investissements[729]. De même, le Professeur Borman a déclaré que « la planification d'entreprise est parfaitement légale (…). Cela peut être fait pour plusieurs raisons, entre autres, pour améliorer la rentabilité et améliorer l'organisation de l'entreprise ou pour bénéficier de régimes fiscaux plus légers »[730]. Il convient de différencier les situations légales de « nationality planning », des situations illégales. Le « treaty shopping » est partie intégrante de la protection des investisseurs. En ce sens, le Professeur Emmanuel Gaillard avait parlé d'un « forum shopping » *in favorem*[731]. Autrement dit et dans l'optique de se préserver de l'arbitraire d'un Etat d'accueil, l'investisseur recherche le traité d'investissement qui lui est le plus avantageux et opère son marché à la nationalité ou à la qualité d'investisseur. Pour ne pas restreindre le principe de la liberté d'établissement, les tribunaux arbitraux ont admis, non sans contrôle, l'organisation dite « prospective » des entreprises, opérée antérieurement à la formalisation et à la pépinière du litige[732]. Dès lors qu'un investisseur use du « nationality planning » dans une optique défendable, comme celle de vouloir se protéger contre une nationalisation, le tribunal arbitral pourra considérer qu'il en relève d'un « nationality planning » légal. Il s'agit d'une approche substantielle tendant à apprécier les motivations concrètes de l'investisseur ayant pratiqué un « nationality planning »[733]. En revanche, si la technique du « nationality planning » a été opérée après la naissance du contentieux, le tribunal arbitral devra faire jouer la doctrine de l'abus de droit. Il s'agit de l'approche formaliste proche de la notion de temporalité. Si le « treaty shopping » pré-

---

[729] CH. SCHREUER, « Nationality of Investors : Legitimate Restrictions vs Business Interests », *ICSID Rev.* 2009, vol. 24(2), p. 521 et spéc. p. 526.

[730] Y.R. BORMAN, « Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments : legitimate Corporate Planning on Abuse of Rights ? », *Annuaire de la Haye de droit international* 2011, vol. 24, p. 365.

[731] E. GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales » *préc*.

[732] C'est ce que témoigne la sentence CIRDI rendue le 16 juillet 2010, *Millicom International Operations B.V. et Sentel GSM SA c. République du Sénégal*, aff. n° ARB/08/20.

[733] Dans une affaire *Mobil*, le tribunal arbitral a ainsi estimé que « (l)a restructuration de leurs investissements au Venezuela par le biais d'une holding néerlandaise visait à protéger ces investissements contre les violations de leurs droits par les autorités vénézuéliennes en leur donnant accès à l'arbitrage du CIRDI par l'intermédiaire du TBI. Le Tribunal estime qu'il s'agissait d'un objectif légitime dans la mesure où il concernait de futurs litiges » (sent. CIRDI, 10 août 2010, *Mobil Corporation c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/27, § 204).

différend est une pratique légale, sauf disposition contraire dans le TBI applicable, le « treaty shopping » post-différend, abordé ci-dessus, ne l'est pas et doit consister en un abus de procédure[734].

b. Les perspectives de condamnation du « treaty shopping »

251. Si le rôle des arbitres dans la lutte contre les stratégies de « nationality planning » est efficient, les Etats eux-mêmes peuvent concourir à la préservation de leurs intérêts. Pour lutter contre les sociétés de complaisance, des Etats prennent la responsabilité de prévoir des clauses de déni des avantages, visant à limiter la protection TBI aux seuls investisseurs exerçant une activité réelle sur le sol de l'Etat d'accueil. Les Professeurs C. Schreuer et R. Dolzer ont apporté une définition à cette clause : « (e)n vertu d'une telle clause, les États se réservent le droit de refuser les avantages du traité à une entreprise qui n'a pas de lien économique avec l'État dont elle est le ressortissant. Le lien économique consisterait en un contrôle exercé par des ressortissants de l'État de nationalité ou en des activités commerciales importantes dans cet État »[735]. Pour apprécier s'il existe ou non une activité substantielle, il s'agirait de se fonder sur une casuistique et une analyse *in concreto* des faits de l'espèce[736]. Le récent Traité CETA prévoit une clause de déni des avantages[737] et une clause d'abus de procédure[738], en imposant un certain degré de

---

[734] Sent. CIRDI *Phoenix c. République Tchèque préc.*

[735] Cf R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 3e éd., 2022, p. 55. Cf Y. BANIFATEMI, « Taking into account Control under denial of benefits clauses », *IAI Series on International Arbitration*, n° 8.

[736] Ce faisant, dans la sentence CIRDI du 14 octobre 2016, *Pac Rim Cayman LLC c. République du Salvador*, aff. n° ARB/09/12, les arbitres ont procédé à la méthode du faisceau d'indices et ont pris en compte le nombre de salariés ou encore l'existence d'un compte bancaire.

[737] Article 8.16 : « (U)ne partie peut décider de dénier les avantages de ce Chapitre à un investisseur d'une autre Partie qui est une entreprise de celle-ci ou aux investissements de cet investisseur si : a) un investisseur d'un pays tiers possède ou contrôle l'entreprise ; et b) la partie qui oppose un déni adopte ou maintient une mesure vis-à-vis de l'Etat tiers qui (i) concerne le maintien de la paix ou de la sécurité internationale ; et (ii) interdit les transactions avec l'investisseur ou qui serait violée ou contournée si les avantages de ce Chapitre étaient accordés à l'investisseur ou à ses investissements ».

[738] Article 8.18.3 : « (…) un investisseur ne peut déposer une requête en application de la présente section si les investissements ont été réalisés par le biais de déclarations frauduleuses, de la dissimulation, de la corruption ou d'une conduite constituant un abus de procédure ».

rattachement de l'investisseur privé avec l'Etat partie dont il est le national ou dans lequel il a établi sa résidence permanente[739]. Au critère de l'incorporation, le traité CETA a ajouté un critère additionnel, celui de l'effectivité des activités de l'investisseur sur le territoire de l'Etat tiers.

252. Aujourd'hui, les rédacteurs des traités d'investissement n'éludent plus les possibilités d'abus. Dans les accords conclus par l'Union européenne avec le Vietnam et Singapour, les rédacteurs ont inséré des dispositions condamnant les planifications abusives des investisseurs. D'ailleurs, la multiplication des accords régionaux et multilatéraux permet de réduire le nombre de TBI et, par là même, de modérer les possibilités de « treaty shopping » entre des Etats d'une même zone géographique.

253. Si les arbitres sont tenus de respecter le critère de l'incorporation que poserait une loi nationale (sauf en cas d'abus ou de fraude), la problématique des coquilles vides ou « shell companies » a déjà été réglée par de nombreux TBI de la nouvelle génération. Ceux-ci ont ajouté des dispositions conditionnelles au critère de l'incorporation, en posant des exigences supplémentaires tenant à la présence du « company seat »[740] (siège social) ou de leur « effective management »[741] (administration centrale). Dès lors, il suffit purement pour les Etats, au sein des traités d'investissement, d'affirmer que seul l'investisseur réalisant l'investissement de manière directe sera considéré comme l'investisseur méritant la protection du traité concerné. Cela contribuerait à réduire considérablement le jeu des montages de sociétés et les abus, tout en offrant aux Etats davantage de lisibilité et de visibilité quant à la personne de l'investisseur.

---

[739] L'article 8.1 précise ainsi qu' « une personne physique qui est un citoyen du Canada et qui a la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne est réputée être exclusivement une personne physique de la Partie dont il a effectivement la nationalité ».

[740] Cf TBI conclu entre l'Allemagne et la Chine du 11 novembre 2005 ou le TBI conclu entre l'Italie et la Libye du 20 octobre 2004.

[741] *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*.

254. Enfin, les Etats peuvent imposer aux investisseurs privés étrangers, avant le commencement de la réalisation de l'investissement sur leur territoire, de dévoiler la chaîne de sociétés du groupe auxquels ils appartiennent. Ce faisant, les Etats tentent d'exclure les sociétés fictives des bénéfices du TBI. En ce sens, l'article 17.2 du TBI conclu entre les Etats-Unis et le Rwanda en 2007 dispose qu' « une Partie peut refuser les bénéfices de ce Traité à un investisseur de l'autre Partie qui est une entreprise de cette autre Partie ainsi qu'à l'investissement de ce même investisseur, si l'entreprise n'a pas d'importantes activités économiques sur le territoire de l'autre partie et que les personnes d'un Etat non-partie ou de la Partie opposant son refus, possèdent ou contrôlent l'entreprise ».

En définitive, si la restructuration des investissements par les investisseurs européens est une possibilité, elle se confrontera à des obstacles importants et à un strict contrôle des arbitres[742].

Conclusion sous-section II : Fort heureusement la CJUE a fait obstacle à l'adhésion de l'Union européenne dans la CEDH[743], car autrement et à la lecture de l'arrêt Komstroy, elle aurait affirmé que la CEDH appartenait à l'ordre juridique européen et se serait arrogée le droit d'interpréter ses dispositions et, de donner une interprétation valant pour tous les Etats membres et même pour les Etats tiers[744].

Finalement, quel était l'élément dérangeant aux yeux de la CJUE dans l'arrêt Komstroy ? Etait-ce le fait que le TCE est une source de l'arbitrage ? Ou était-ce plus largement que les Etats membres aient consenti à se soustraire à la compétence de leur juridiction sur un ensemble de litiges ? Si la seconde possibilité est la raison véritable, alors les Etats membres ne pourraient plus faire d'offre d'arbitrage dans leur

---

[742] Cf M. LAAZOUZI, « Achmea, from the judgement to the plurilateral agreement, towards the disappearence of intra-EU bilateral investment protection treaties », in *Construction arbitration and Alternative dispute resolution*, Routledge, 2021. L'auteur parle d'un « avantage comparatif évident » pour les Etats tiers, qui apparaitront comme les plus accueillants pour les investisseurs européens. Mais l'auteur ajoute que le risque de fraude dans la manipulation du siège de l'investisseur sera strictement contrôlé par les arbitres.

[743] CJUE 18 décembre 2014, avis 2/13.

[744] Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : Après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *D*. 2021.

loi nationale. Mais un distinguo a été opéré par la CJUE dans l'arrêt Achmea, qui traitait différemment l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement, car « une procédure d'arbitrage commercial (…) trouve son origine dans l'autonomie de la volonté des parties concernées, tandis que celle visée à l'article 26 du TCE résulte d'un traité par lequel (…) les Etats membres consentent à soustraire a la compétence de leurs propres juridictions et, partant, au système de voies de recours juridictionnels que l'article 19 § 1 alinéa 2 du TUE impose d'établir dans les domaines couverts par le droit de l'Union (….), des litiges pouvant porter sur l'application ou l'interprétation de ce droit ». Or, selon Bruno Hardy, « il n'est pas aisé de cerner la différence que tente de créer la Cour entre l'autonomie de la volonté d'une part et le consentement de l'Etat qui résulte d'un traité d'autre part. Tant l'arbitrage commercial que l'arbitrage d'investissement trouve nécessairement leur source dans la volonté (le consentement) de l'Etat »[745]. En définitive, si la CJUE estime que c'est l'arbitrage par la voie du TCE qui posait souci, alors la survie de l'arbitrage contractuelle devrait être préservée. Mais si elle estime que l'arbitrage fondé sur l'autonomie de la volonté des parties est la source du problème, alors l'arbitrage d'investissement voit sa survie menacée. La réponse a finalement été donnée par l'arrêt PL holdings, dans lequel la CJUE illustrera la condamnation de toute possibilité pour les Etats membres de conclure des clauses d'arbitrage ad hoc qui seraient similaires à celles présentes dans les traités d'investissement[746]. L'accord portant extinction des TBI intra-UE sonne le glas de l'arbitrage d'investissement intra-UE.

Finalement, même si des Etats comme la France sont sortis du TCE ou respectent à la lettre la jurisprudence Komstroy, les problèmes ne sont pas pour autant résolus, dans une époque où les investissements en matière d'énergie vont se multiplier, impliquant alors la présence de mécanismes procéduraux pour favoriser et défendre ces investissements dans ces domaines et résoudre les contentieux.

---

[745] B. HARDY, « Arrêt 'République de Moldavie c. Komstroy' : quelle protection pour les investissements dans le secteur de l'énergie en Europe ? », *Journal de droit européen* 2022, p. 16-21.

[746] H. SAUGMANDSGAARD OE et P. SABOURET, « Transition verte : les investissements intra-UE après l'arrêt Komstroy (C-741/19) – Quel avenir pour le TCE ? », *L'Observateur de Bruxelles* 2022/1, n° 127, p. 45.

Conclusion section I : La fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen, sous forme ad hoc, au sein du TCE et au sein des TBI intra-UE, fera peser de grandes inquiétudes chez les investisseurs, qui ne seront alors plus garantis du règlement rapide et impartial de leurs contentieux avec l'Etat d'accueil. Comme l'avait fait remarquer le Professeur Emmanuel Gaillard, « (d)avantage encore que le fond de la protection offerte, la promesse d'arbitrer figurant dans les traités de protection et de promotion des investissements est la pierre angulaire du système. C'est la garantie qui, en rassurant les investisseurs, profite à l'économie de l'Etat d'accueil en attirant les investissements dont il a besoin »[747]. La CJUE n'a fait que censurer l'arbitrage d'investissement sans y apporter d'alternative précise, de substitut concret. Si l'arbitrage d'investissement devient exclu entre Etats européens, la solution la plus vraisemblable aurait été de soumettre les litiges d'investissements aux juridictions des Etats membres en garantissant aux parties prenantes leur parfaite indépendance et impartialité par un contrôle plus accru de la CJUE. Des juridictions nationales spécialisées dans les litiges internationaux en matière d'investissement auraient pu être créées dans chacun des Etats membres. De telles juridictions furent d'ailleurs consacrées très récemment en Irak[748] ou encore ou Kazakhstan[749]. Malgré tout, il semble peu probable que les juridictions internes de chacun des Etats membres de l'Union européenne aient été à même de répondre aux attentes. Et il aurait été improbable de circonscrire les litiges investisseurs-Etats au sein de l'OMC, car les Etats s'y étaient déjà opposés au moment des rounds d'Uruguay et de Doha[750]. L'OMC se caractérise surtout par la nature interétatique de ses différends[751].

---

[747] E. GAILLARD *op. cit.*, p. 616-630 et spéc. p. 621-622.

[748] US Department of State, 2017 Investment Climate Statements (29 juin 2017).

[749] Cf E. KIRGEYEVA, « Is it offered to establish an Investment Court in Kazakhstan ? », *Kazpravda*, 12 février 2015.

[750] Cf Investment Treaty Working Group : Task Force Report on the Investment Court System Proposal, 14 octobre 2016, p. 118-122.

[751] Cf C. LEVESQUE, « The European Commission proposal for an Investment Court System », *Investor-State arbitration Series*, Paper n° 10, août 2016, Center for International Governance Innovation, www.cigionline.org.

Les investisseurs européens pourraient être désincités à investir dans des Etats membres à la justice défaillante, ce qui réduira la croissance économique chez certains Etats européens et aura un impact considérable chez les populations. Ces Etats ne jouiront plus de l'apport économique, technologique, que leur apportaient ces investissements. Il n'est pas dans l'intérêt public de renoncer à l'arbitrage d'investissement pour des raisons d'intérêt public.

A notre désarroi, dans des arrêts Slot[752] et Strabag[753], la Cour d'appel de Paris a confirmé la position de la CJUE, en la résumant de façon claire et en actant que « la CJUE a jugé incompatible avec le droit de l'Union une clause de règlement des différends contenus dans un TBI conclu entre deux Etats membres »[754]. Dans ces deux affaires, il s'agissait d'un différend intra européen, fondé sur des TBI intra-UE. Pour les juges du fond, « la CJUE a statué en termes généraux sur la contrarié au droit de l'union européenne des clauses de règlements des TBI entre Etats membres sans faire de distinction selon que la clause comporte ou non un renvoi au droit applicable ». La position adoptée dans ces arrêts est celle qui était à craindre et elle étend même l'interdiction de l'arbitrage en édictant une « inarbitrabilité fondée sur le risque d'applicabilité au litige de règles d'ordre public »[755]. Finalement, le système proposé s'oriente vers la création d'un Tribunal spécialisé. Si la suite de l'arrêt Achmea est donc de conduire à un Tribunal des investissements, de nombreuses questions se posent, notamment quant à sa composition et à la nomination de ses membres[756].

---

[752] CA Paris, 19 avril 2022, n° 20/14581.

[753] CA, 19 avril 2022, n° 20/1385.

[754] § 52 de l'arrêt Slot et § 61 de l'arrêt Strabag.

[755] Cf J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : la Cour de cassation crève l'abcès sur l'ordre public international », *D.* 2022.

[756] CH. BROWER, « ICSID at a crossroads : How the settlement of Investor-State Disputes is being transformed », *ASIL Proceedings*, 2018.193 ; Council of the European Union, Negotiating Directives for a Convention Establishing a Multilateral Court for the Settlement of Investment Disputes, § 4, 20 mars 2018, p. 194.

Section II : Le Système juridictionnel d'investissement, héritier dénaturé de l'arbitrage d'investissement

En 2010, la Commission européenne a émis une communication intitulée « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », dans laquelle elle a confirmé, « à long terme », la substitution des TBI par des accords directement conclus par l'Union européenne[757].

Depuis 2009 et la signature du traité de Lisbonne, la Commission européenne n'a eu de cesse de fustiger l'arbitrage d'investissement, d'improuver les TBI intra-UE pour des distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne et des atteintes à l'autonomie et à l'uniformité du droit de l'Union[758]. Le 18 juin 2015, elle avait déjà lancé des procédures contre cinq Etats membres de l'Union européenne – l'Autriche, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède- afin de voir leur TBI intra-UE éteints. Elle avait ensuite organisé une consultation avec le reste des Etats membres pour la suppression des TBI entre Etats membres, en excluant l'Irlande et l'Italie ayant déjà mis un terme à leur TBI intra-UE[759]. Suite à la position de la Commission européenne, le Danemark a débuté des négociations, en 2016, avec les Etats membres cosignataires d'un TBI[760]. La Pologne est allée plus loin en annonçant mettre un terme à tous ses TBI, intra-UE ou extra-UE[761]. En mars 2017, la Roumanie a adopté une loi visant à faciliter sa sortie

---

[757] Communication de la Commission du 7 juillet 2010, com(2010) 343 final.

[758] Cf le Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 juin 2015 intitulé « La Commission demande aux Etats membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », et cf sur la question C. KESSEDJIAN et C. LEBEN (dir.), *Le droit européen et l'investissement*, Panthéon-Assas, 2009.

[759] Communiqué de presse de la Commission européenne, IP/15/5198, 19 juin 2015 : « (d)epuis l'élargissement, de telles garanties supplémentaires (fournies par les TBI) ne devraient plus être nécessaires, tous les États membres étant soumis aux mêmes règles de l'UE dans le marché unique, y compris celles relatives aux investissements transfrontaliers (notamment la liberté d'établissement et libre circulation des capitaux). Tous les investisseurs de l'UE bénéficient également de la même protection grâce aux règles de l'UE (par exemple, la non-discrimination en raison de la nationalité). En revanche, les TBI intra-UE ne confèrent des droits que sur une base bilatérale aux investisseurs de certains États membres: (i) conformément à la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, une telle discrimination fondée sur la nationalité est incompatible avec le droit de l'Union ».

[760] N. LAVRANOS « The end of intra-EU BITs is nearing », *Practical Arbitration Blog, Thomas Reuters*, 13 mai 2016.

[761] M. BURGSTALLER, « Recognition and Enforcement of ICSID Awards : The ICSID Convention and the European Union

des TBI intra-UE[762]. En définitive, plusieurs Etats membres ont manifesté leur intention de mettre un terme à leurs TBI intra-UE. Les prémices d'une Cour internationale d'investissement ont rapidement été posés (Sous-Section I), mais ce cadre de remplacement juridictionnel n'est pas satisfaisant. Surtout, des pistes annexes auraient mérité d'être davantage creusées (Sous-Section II).

Sous-Section I : La consécration d'une Cour multilatérale d'investissement

Le système juridictionnel des investissements est destiné à se substituer, progressivement, à l'arbitrage international d'investissement. Depuis la signature du traité de Lisbonne, une personnalité juridique a été octroyée à l'Union européenne, afin de conclure des accords internationaux intra ou extra-européens[763] en matière d'investissement (§1). Réputée pour son approche réfractaire à l'arbitrage d'investissement, l'Union européenne a œuvré, dans ses partenariats, à exclure ce mode de règlement des litiges, pour privilégier l'instauration d'un véritable système juridictionnel d'investissement (§2).

§1 : Les prémices

Le traité de Lisbonne a été fondateur dans l'essor du rôle de l'Union européenne dans la conclusion des accords d'investissement. Ce traité a entraîné des discussions sur la répartition des compétences en la matière entre, d'une part, les Etats membres et, d'autre part, l'Union européenne (1). Une fois les com-

», *in* C. BALTAG (éd.,), *ICSID Convention After 50 years : Unsettled Issues*, Wolters Kluwer 2017, p. 412.

[762] C. BALTAG, « Green Light for Romania to Terminate its intra-EU Bilateral Investment Treaties », *Kluwer Arbitration Blog*, 14 mars 2017.

[763] C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir de l'article 3.1(e) du TFUE.

pétences réparties, il s'est avéré nécessaire de prévoir un régime transitoire, en attendant un développement large et exhaustif des accords d'investissement internationaux directement conclus par l'Union européenne (2).

1) Le Traité de Lisbonne, source des confrontations entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement

255. En 2010, la Commission européenne avait proposé de faire adhérer l'Union européenne à la convention de Washington afin de permettre à l'Union européenne d'être partie aux arbitrages d'investissement qu'enclencheraient des investisseurs contre un Etat membre de l'Union. Une telle proposition devait s'accompagner d'une modification, consentie à l'unanimité, de la convention de Washington[764]. Cela ne se réalisera pas. La convention de Washington n'est ouverte à la signature et à la ratification que par les Etats membres de la Banque mondiale ou aux parties aux statuts de la Cour internationale de justice[765]. Mais cette proposition attestait de la volonté de l'Union européenne de ne plus rester à l'écart des arbitrages d'investissement faisant intervenir ses Etats membres.

256. Avec le traité de Lisbonne, l'Union européenne détient la personnalité juridique pour signer des accords internationaux. La signature d'accords internationaux intra ou extra-européens[766] en matière d'investissement relève depuis lors de la compétence de l'Union européenne et cesse d'être une affaire purement nationale[767]. Depuis, l'Union européenne s'est engagée dans plusieurs partenariats. Un accord

---

[764] Commission européenne, communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Bruxelles, 7 juillet 2010, COM (2010) 343, p. 11 et § 1, A, 2, b, i).

[765] S. EL BOUDOUHI, « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers », *RTD Eur*. 2011.85.

[766] Article 3.1(e) du TFUE.

[767] Depuis le Traité de Lisbonne, les Etats membres sont tenus d'obtenir l'accord de la Commission européenne avant toute conclusion d'un TBI extra-UE.

de libre-échange a notamment été conclu entre l'Union européenne et Singapour, dit « EUSFTA ». Cet accord contient tout un chapitre sur les relations entre les investisseurs et les Etats, sur la protection de l'investissement et sur l'arbitrage entre un investisseur et un Etat. L'Union européenne a aussi négocié un accord en 2013 avec le Japon, contenant des dispositions similaires.

257. Forte de son rôle consacré pour la conclusion de traités internationaux, la Commission européenne a adopté une position formelle, le droit de l'Union européenne prime sur les traités d'investissement préexistants à l'adhésion des Etats membres à l'Union européenne[768]. Progressivement, l'Union européenne s'en est directement pris à l'arbitrage d'investissement, du fait de son rapport avec le droit de l'Union européenne[769]. Dans la sentence Micula, la Commission européenne avait, en tant qu'amicus curiae, reconnu le principe posé à l'article 54 de la convention CIRDI imposant une reconnaissance automatique des sentences CIRDI dans le territoire de tous les Etats contractants, comme s'il s'agissait d'un jugement d'une juridiction nationale[770]. Pour autant, s'il est demandé à une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne d'exécuter une sentence CIRDI incompatible avec le droit de l'Union européenne, alors la procédure d'exécution deviendrait subordonnée à l'article 267 du TFUE. Autrement dit, il reviendrait à la CJUE de décider de l'applicabilité de l'article 54 de la convention CIRDI, d'autant que la convention CIRDI n'est pas « contraignante » à l'encontre de l'Union européenne, l'Union européenne n'y étant pas partie.

---

[768] Aff. 10/61, *Comm'n c. Italie*, 1962 E.C.R. 1 ; Aff. 235/87, *Annunziata Matteucci c. Communauté française of Belgium and Commissariat général aux relations internationales of the Communauté française of Belgium*, 1988 E.C.R. 05589, § 22.

[769] Cf notamment C. KESSEDJIAN et CH. LEBEN, *Le droit européen et l'investissement, op. cit.*, p. 176 ; T. EILMANSBERGER, « Bilateral Investment Treaties and EU Law », *CML Rev*. 2009, p. 383-429 ; B. POULAIN, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *RGDIP* 2007, p. 803-828 ; V.H. WEHLAND, « Intra-EU Investment Agreements and Arbitration : Is European Community Law an Obstacle ? », *ICLQ* 2009, p. 297-320.

[770] Sentence Micula *préc*.

2) La conclusion des accords d'investissement, entre compétences partagées et régime transitoire

L'Union européenne a elle-même négocié le TTIP avec les Etats-Unis ou encore le CETA avec le Canada. Un désaccord est né entre, d'un côté, le Parlement européen et la Commission européenne qui considèrent que le contenu du Traité CETA relève de la compétence exclusive de l'Union européenne et de l'autre, le Conseil (c'est-à-dire les Ministres de l'Union européenne) pour qui certains des domaines contenus dans cet accord relèvent de la compétence exclusive des Etats membres et de l'approbation de leurs Parlements[771]. La CJUE, saisie par la Commission européenne, a adopté un compromis, en estimant d'abord que la ratification du Traité CETA nécessite l'accord des trente-huit Parlements nationaux des Etats membres. Puis, la CJUE a affirmé que de nombreux domaines tels que les transports, les marchés publics, le développement durable relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne, de sorte que la majeure partie des Traités de libre-échange peut être négociée, signée et ratifiée par l'Union européenne seule. Cette question de répartition des compétences a toujours suscité des débats (a) et a nécessairement dû s'accompagner de la création d'un mécanisme transitoire (b).

a. La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres

258. Les accords de libre-échange (ALE) de l'Union européenne relèvent-ils de la compétence exclusive ou de la compétence partagée en matière d'investissements internationaux ? Au Parlement européen et au Conseil de l'Europe, des voix s'étaient élevées pour des accords partagés, tandis que la Commission européenne militait pour une compétence exclusive. Sur ce point, la Commission européenne a posé la question a la CJUE le 30 octobre 2015, en lui demandant un avis consultatif : « L'Union a-t-elle la compétence requise pour signer et conclure seule l'accord de libre-échange avec Singapour ? Plus précisé-

[771] « The role of national Parliaments in concluding free trade agreements », (2014) 7557, 16 octobre 2014. Cf également F. BAETENS, G. KREIJEN et A. VARGA, « Determining international responsibility under the new extra-EU investment agreements : what foreign investors in the EU should know », *Vanderbilt journal of transnational law* 2014, vol. 47, p. 1203 et p. 1220-1224.

ment, quelles dispositions de l'accord relèvent de la compétence exclusive de l'Union ? Quelles dispositions de l'accord relèvent de la compétence partagée de l'Union ? Existe-t-il une disposition d'un accord qui relève de la compétence exclusive des États membres ? »[772]. En 2016, l'avocat général Sharpston a estimé que la Commission européenne avait tort de considérer que l'Union européenne détenait une compétence exclusive sur absolument toutes les questions relatives à la protection des investissements au sein de l'ALE conclu avec Singapour[773]. En réalité, l'Union européenne « ne peut (…) décider unilatéralement de la totalité des dispositions des accords conclus par les Etats membres avec Singapour », d'autant que l'Union européenne a elle-même « reconnu, dans le Règlement de 2012, que les accords bilatéraux des Etats membres signés avant le 1er décembre 2009 peuvent rester en vigueur ou entrer en vigueur, conformément à ce Règlement ». Dans l'avis 2/15, la CJUE a pris position en faveur de l'analyse de l'avocat général, en énonçant que le régime des différends entre investisseurs et Etats relève de la compétence partagée[774]. Pour autant, la CJUE a ajouté que les IDE relevaient de la compétence exclusive de l'Union européenne et que, par conséquent, les accords relatifs aux investissement directs étrangers pouvaient être conclus par l'Union européenne agissant seule, mais à condition qu'ils ne contiennent pas de questions sur les règlements des litiges. En pratique, il est difficile d'imaginer des accords d'investissement dénués de toute disposition ayant trait au règlement des différends.

259. Cependant, la CJUE semble déjà avoir modifié sa position, à la lecture de sa décision de 2017 Allemagne c. Conseil de l'Union européenne (COTIF)[775]. Dans cet arrêt, la CJUE a limité la généralisation de son opinion 2/15, en affirmant que « la Cour n'a fait que reconnaître le fait que, comme l'a déclaré le Conseil au cours de la procédure relative à cet avis, il n'y avait aucune possibilité que la majorité requise soit obtenue au sein du Conseil pour que l'Union puisse exercer seule le pouvoir compétence

[772] Demande d'avis présentée par la Commission européenne, conformément à l'article 218 § 11 du TFUE (avis 2/15) (2015/C 363/22), JOUE, n° C 363/18, 2015. Cf F. CRISTIANI, « Concluding international investment-related agreements with non-EU Countries : Roles of the EU and its Member States », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 44.

[773] Avis 2/15, 21 décembre 2016, ECLI :UE :C :2016 :992.

[774] § 303.

[775] *Allemagne c. Conseil de l'Union européenne (COTIF)*, C-600/14, § 67.

externe qu'elle partage avec les États membres dans ce domaine ». Le président Koen Lenaerts a même suggéré que la compétence partagée devait recueillir le consentement de l'Union européenne et des Etats membres uniquement en cas d'absence de majorité qualifiée, dans le cadre de mécanisme d'arbitrage d'investissement[776]. La CJUE n'a donc pas repris le § 282 de l'opinion 2/15, qui énonçait qu' « étant donné que ces derniers relèvent, dans la mesure indiquée au § 243 du présent avis, d'une compétence que l'Union européenne partage avec les États membres, le chapitre 14 de l'accord envisagé ne peut être approuvé par l'Union européenne seule ».

260. Malgré tout, l'opinion 2/15 a quand même souligné que les investissements directs internationaux relevaient de la compétence exclusive de l'union européenne et donc, par conséquent, que les accords ayant rapport à ces investissement peuvent être enclenchés par l'Union européenne seule. Dès lors, la CJUE a confirmé les effets d'un mécanisme transitoire, en disant qu' « elle habilite les États membres, sous des conditions strictes, à maintenir en vigueur, voire à conclure, un accord bilatéral avec un État tiers concernant les investissements directs, tant qu'il n'existe pas d'accord entre l'Union européenne et cet État tiers concernant les investissements directs ». Mais « dès qu'un tel accord entre l'union européenne et cet État tiers est entré en vigueur, cette autorisation cesse d'exister »[777].

261. Par conséquent, la CJUE a énoncé qu'il existait toujours une compétence partagée entre l'Union européenne et les Etats membres à propos de la conclusion d'accords internationaux d'investissement avec les Etats tiers, lorsque ces accords contiennent des modalités de règlement des litiges. Néanmoins, même s'il s'agit d'une compétence partagée, celle-ci est étroitement régulée, car les Etats membres doivent désormais notifier à la Commission européenne les TBI qu'ils entendent maintenir et lui demander l'autorisation pour ouvrir des négociations ou conclure de nouveaux TBI. Si le Règlement de 2012 (**cf infra n. 264 et s.**) donne à la Commission européenne une influence sur la poursuite des TBI, il ne lui

[776] K. LENAERTS, « Modernising trade whilst safeguarding the EU constitutional framework : an insight into the balanced approach of Opinion 1/17 », discours du Ministre des affaires étrangères belge, 6 septembre 2019.

[777] § 250.

donne pas une autorité de diction. La Commission européenne ne peut pas garantir qu'elle donnera son accord, dès lors que des négociations avec cet Etat tiers ont déjà été entreprises par l'Union européenne. A cette date, les Etats membres ont notifié 1360 TBI antérieurs au Traité de Lisbonne qu'ils entendent maintenir et la Commission européenne a reçu environ trois cent demandes d'Etats membres de conclure de nouveaux TBI ou de modifier ceux existants (la majorité de ces demandes provenant de la Tchéquie, de la Hongrie, de l'Italie, de la Lituanie, de Malte, du Portugal, de la Roumanie, de la Slovaquie et de l'Espagne, désirant conclure de nouveaux TBI avec l'Iran, le Kazakhstan, le Nigéria, l'Arabie Saoudite, le Qatar et les Emirats arabes unis). Entre 2014 et 2019, il a pu être dénombré 442 notifications par les Etats membres à la Commission européenne. Parmi ces notifications, 241 décisions ont été prises pour autoriser les Etats membres à ouvrir de nouvelles négociations pour leurs TBI (164 relatives à des négociations pour de nouveaux TBI et, 77 pour la renégociation de TBI existants), 48 décisions ont été prises pour autoriser les Etats membres à signer et conclure les nouveaux TBI et 33 décisions ont été prises pour autoriser le maintien de seize accords signés après le traité de Lisbonne[778].

262. Aujourd'hui, un rôle mineur est attribué aux Etats membres dans la conclusion des traités d'investissement. Ce rôle est dévolu à l'Union européenne, qui conclut elle-même les accords d'investissement (comme elle l'a fait avec le Canada, Singapour, le Vietnam). Il pourrait être considéré que, lorsque l'Union européenne négocie elle-même les accords d'investissement, elle ne le fait pas seul. L'Union européenne et les Etats membres formeraient une même entité. A cela, il convient de rétorquer. Ici et en pratique, l'Union européenne gère presque toute la négociation de l'accord en question. C'est le Conseil de l'Union européenne qui donne son accord à l'enclenchement des négociations. C'est la Commission européenne qui négocie directement avec l'Etat tiers. Les Etats membres sont complétement écartés. Lorsque les négociations aboutissent, c'est la Commission européenne qui envoie l'accord final pour sa

[778] Sur ces éléments, cf F. CRISTIANI, « Concluding international investment-related agreements with non-EU Countries : Roles of the EU and its Member States », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 44 et s. Cf également CIA, « Summary Record », *CMTD* (2013) 0091, 7 février 2013. Cf enfin Commission, Report on the application of Regulation 1219/2012 COM (2020) 134.

signature au Conseil et au Parlement européen. Ce n'est qu'ensuite qu'interviendra la procédure de ratification par le Conseil et par les Etat membres. En définitive, les Etats membres seront liés par toutes les dispositions de l'accord, sans même avoir pu participer à leur négociation.

263. Le fait que, quinze ans après l'expansion de la compétence de l'Union européenne, seuls quatre accords ont été directement conclus par l'Union européenne témoigne que le système de compétence ne fonctionne pas. Pour autant, si les TBI extra-UE semblent préservés, l'inquiétude est de mise, car et le Règlement 1219/2012 l'énonce clairement, tous les TBI conclus par les Etats membres sont destinés à être remplacés, à terme, par les accords d'investissement que conclura directement l'Union européenne. Mais cette inquiétude n'est pas d'actualité, le remplacement des TBI extra-UE n'étant pas pour demain[779] et c'est la raison pour laquelle on devrait assister, dans les prochaines années, à une multiplication des demande d'autorisation auprès de la Commission. Ces demandes traduisent la volonté des Etats membres de rester souverains et actifs dans la négociation directe des traités d'investissement. Les Etats membres ont conclu environ 1400 TBI avec les Etat tiers[780]. Les remettre en cause en les remplaçant par des accords directement conclus par l'Union européenne prendra du temps. Un régime transitoire devait être crée, pour les TBI extra-UE existants entre les Etats membres et les Etats tiers. Ce faisant, la Commission européenne a proposé la création de ce qui deviendra le Règlement 1219/2012.

b. Le régime transitoire du Règlement 1219/2012 et la question des responsabilités

264. Depuis la signature du Traité de Lisbonne, la Commission européenne n'a conclu que quatre accords avec des Etats tiers. Elle a conclu le traité CETA avec le Canada, un traité avec le Mexique, un traité avec Singapour et un autre avec le Vietnam. Ces accords d'investissement ont tout de même eu pour effet de remplacer cinquante-sept TBI conclus par les Etats membres. Si le fond de ces accords ressemble

[779] F. BAETENS, « The transitional mechanism regulating extra-EU bilateral investment treaties has turned 10 : high time to re-assess », *European Law review* 2022, vol. 47 (4), p. 437-462.

[780] (2015) OJ C135/01 et (2019) OJ C198/1.

étroitement à celui des TBI directement conclus par les Etats membres, que ce soit concernant les modalités relatives au traitement juste et équitable ou aux violations des droits des investisseurs, des nouveautés doivent être relevées, notamment sur le mécanisme du RDIE (règlement des différends entre Etats et investisseurs).

265. Désormais, avec ces accords directement conclus par l'Union européenne, la porte est ouverte à la présence de contentieux entre un investisseur étranger et l'Union européenne elle-même. Une question survient alors : Qui devrait être le défendeur dans un règlement de différend investisseur-État/UE et supporter les conséquences financières de ces différends ? Lorsqu'un litige concerne un traité conclu entre l'Union européenne et un Etat tiers, il concerne nécessairement un Etat membre de l'Union européenne et un investisseur d'un Etat tiers. Dès lors, si les droits de cet investisseur sont violés, contre qui cet investisseur pourra-t-il agir ? Qui sera le responsable ? Par peur de se tromper sur la meilleure option, l'investisseur de l'Etat tiers pourrait être tenté d'agir contre les deux, à savoir contre l'Union européenne et contre l'Etat membre dans lequel il a investi, cet Etat membre étant responsable de l'application du droit de l'Union européenne. Néanmoins, en droit européen, il n'existe pas de principe de responsabilité conjointe et solidaire[781].

266. Il est important de faire mention du Règlement européen « établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre les investisseurs et les États institués par des accords internationaux auxquels l'union européenne est partie ». Ce règlement a été proposé par la Commission européenne le 21 juin 2012, afin de gérer les difficultés sur la gestion des responsabilités financières pouvant intervenir entre les investisseurs des Etats tiers et Etats membres de l'Union européenne en matière d'investissements internationaux. Ce Règlement a été adopté par le Parlement européen le 16 avril 2014 et par le Conseil de l'Union européenne le 23 juillet 2014. Il est en vigueur depuis le 17 septembre 2014. Le Préambule n° 3 énonce que « la responsabilité internationale

[781] ILC Report of the international law commission on the work of its fifty-third session, 23 avril – 1er et 2 juillet – 10 août 2001, 317, UN Doc. A/56/10.

des traitements sujets à règlement de différends suit la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. En conséquence, l'Union sera, en principe, chargée de défendre toute réclamation alléguant une violation de règles incluses dans un accord et relevant de la compétence exclusive de l'Union, que le traitement en cause soit accordé par l'Union elle-même ou par un État membre ». Ce Règlement pose trois principes majeurs. D'une part, l'opération de compensation financière doit être « budget neutral » concernant l'union européenne, autrement dit l'Union européenne doit seulement supporter les coûts provoqués par les actes de ses institutions. D'autre part, l'investisseur de l'Etat tiers ne doit pas être désavantagé dans sa demande de réparation contre l'Union européenne. Enfin, les principes essentiels de l'action extérieure de l'Union européenne, à savoir la représentation et la coopération, doivent être respectés.

267. L'article 3 de ce Règlement sur la responsabilité financière énonce qu'il faudra identifier qui de l'Etat membre ou de l'Union européenne devra assumer le comportement ayant conduit à la plainte de l'investisseur étranger. Autrement dit, si la plainte tire son origine d'une mesure que l'Union européenne a prise, alors la responsabilité financière pèsera sur les institutions de l'Union européenne. Vice-versa, si cette plainte est causée par des mesures prises par les Etats membres, leur responsabilité financière sera mise en jeu. Le même raisonnement s'impose pour savoir qui sera le défendeur à l'instance[782]. Si ce Règlement semble concis sur le point de l'identification du responsable, il comporte des zones à éclaircir. *Quid* si les mesures prises par les Etats membres étaient imposées par l'Union européenne ? Ici, il s'agit principalement de l'hypothèse des mesures de transposition. Dans ce cas, c'est l'Union européenne qui devra être tenue pour responsable. En définitive, le Règlement de 2012 consacre l'approche de « lui ou lui », en rejetant le principe de la représentation conjointe, au profit de la représentation unique lorsque l'Union européenne et un Etat membre sont visés par une procédure arbitrale sur un accord d'investissement. Ce n'est pas l'approche retenue au sein de l'Organisation mondiale du commerce, dans laquelle existe la possibilité d'une responsabilité partagée. La position retenue par le Règlement transitoire est moyennement cohérente, car il a été posé une règle selon laquelle l'Union européenne détient une compétence exclusive dans le domaine des investissements. Par conséquent, si l'investisseur étranger pâtit

[782] Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, Règlement (UE) n° 912/2014 du 23 juillet 2014.

d'un mauvais traitement, l'imputation devrait être dirigée vers l'Union européenne, puisque les Etats membres se sont vus dessaisis de leurs compétences en la matière[783]. Ainsi, l'approche retenue par le Règlement de 2014 témoigne des incertitudes considérables portant sur la compétence exclusive[784].

268. A ce principe de responsable unique, des exceptions ont été posées par le Règlement de 2014. L'Union européenne peut supporter toute ou partie de la responsabilité financière si elle en fait la demande. Et les Etats membres peuvent toujours renoncer à être défendeurs et estimer que cette position à l'instance appartient à l'Union européenne. Enfin, l'Union européenne peut, de plein droit, se substituer à l'Etat membre si cet Etat refuse d'être défendeur.

269. En définitive, l'utilité du Règlement de 2014 est avérée, parce qu'il faudra du temps pour que les accords conclus par l'Union européenne remplacent la toile des traités d'investissement conclus par les Etats membres. Ainsi et aujourd'hui, la protection des investissements étrangers continue toujours d'être traitée par les TBI entre les Etats membres et les Etats tiers. Il convient de souligner qu'étrangement, dans les accords conclus par l'Union européenne avec Singapour, le Mexique ou le Vietnam, aucune disposition n'est posée sur la responsabilité financière. Dès lors, pour les conflits futurs qu'un investisseur d'un Etat membre pourrait rencontrer avec un autre Etat membre, et si un accord d'investissement a été conclu entre l'Union européenne et cet Etat membre, le Règlement européen de 2014 s'appliquera. Mais pour les accords conclus par l'Union européenne avec les Etats tiers, un flou subsiste aujourd'hui sur la responsabilité financière et fort heureusement, aucun litige fondé sur ces accords n'est à relever, tout simplement car aucun de ces accords n'est encore pleinement en vigueur[785].

---

[783] Malgré tout, une mesure d'expropriation est bien souvent une mesure nationale et, l'article 345 du TFUE énonce bien que la compétence des Etats membres est préservée pour la thématique de la propriété.

[784] A ce propos, la compétence exclusive a été proclamée pour ne concerner que certains investissements et pas les investissements de portefeuille. Or, aucun critère juridique de distinction pertinent n'est posé entre les catégories d'investissement et, en droit, la protection des investissements de portefeuille est généralement inclue dans la protection des investissement directs. C'est pourquoi, dans l'Opinion 2/15, la CJUE a considéré que les accords d'investissement doivent être perçus comme des accords mixtes en ce qui concerne les investissements et le règlement des litiges. Cf A. BENCHENEB, « Le droit européen des investissements et le devenir du traitement juste et équitable », *RIDE* 2016, p. 96.

[785] Pour une analyse approfondie du Règlement, cf F. BAETENS, G. KREIJEN et A. VARGA, « Determining international

Un point commun est à relever au sein des accords d'investissement conclus directement par l'Union européenne et il réside dans le RDIE, assuré par une Cour multilatérale d'investissement.

§2 : Une procédure d'arbitrage écartée dans le traité CETA

Avant que le traité CETA n'en vienne à exclure l'arbitrage d'investissement (2), son prédécesseur, le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), n'était pas allé aussi loin (1).

1) Le rejet du TTIP et de sa clause d'arbitrage

270. Certains traités de libre-échange récemment envisagés par l'Union européenne avaient considéré laisser sa chance à l'arbitrage d'investissement. Ce fut notamment le cas du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, également connu sous le nom de traité de libre-échange transatlantique (TAFTA en anglais). Il s'agissait d'un projet d'accord commercial entre l'Union européenne et les États-Unis, dont l'objet était la création d'une zone de libre-échange transatlantique, la plus importante de l'Histoire, couvrant près de la moitié du PIB mondial. Ce traité comprenait une clause d'arbitrage pour régler les litiges en matière d'investissement. Rejeter le TTIP, surtout en raison de la clause d'arbitrage d'investissement était surprenant, car ce traité aurait permis aux investisseurs européens d'engager des poursuites contre les Etats-Unis. Or, les tribunaux américains ne peuvent être saisis que sur la base de la réglementation américaine. Concrètement, le TTIP aurait pu servir de base légale permettant des actions contre les Etats-Unis. De plus, l'importance du TTIP demeurait également dans le fait que les

responsibility under the new extra-EU investment agreements : What foreign investors in the EU should know », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2014, vol. 47 (5), p. 1203-1260. Cf également M. BURGSTALLER, « Investor-state arbitration in EU international investment agreements with Third States », *Legal issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39 (2), p. 207-221. Cf enfin A. DIMOPOULOS, « The involvement of the EU in investor-State dispute settlement : A question of responsibilities », *Common Market Law Review* 2014, vol. 51 (6), p. 1671-1720.

Etats-Unis n'ont conclu de TBI qu'avec neuf Etats membres de l'Union européenne[786], mais avec aucune des principales puissances économiques européennes.

271. L'influence américaine dans l'insertion de la clause d'arbitrage a également été la source des critiques[787]. Cet antiaméricanisme tend à considérer que les investisseurs américains seraient plus enclins aux procédures arbitrales et adeptes de la « claim culture ». Cette vision est erronée. Les plus grands utilisateurs de l'arbitrage d'investissement ne sont autres que des investisseurs européens. Alors qu'à la fin de l'année 2014, les investisseurs européens avaient enclenché l'arbitrage d'investissement dans 327 affaires, soit environ 54 % du total mondial, les investisseurs américains n'avaient été à l'origine que de 132 affaires, soit un peu plus de 20 % du total mondial. En Allemagne, où l'arbitrage d'investissement est critiqué, à seulement trois reprises le pays s'est retrouvé en position de défendeur alors que 51 procédures ont été enclenchées par des investisseurs allemands contre des Etats étrangers. La France a été défenderesse à une reprise devant un tribunal arbitral en matière d'investissement, alors que 38 procédures ont été enclenchées par des investisseurs français contre des Etats étrangers. En Autriche, également très acerbe contre l'arbitrage d'investissement, le pays n'a été défendeur qu'à une reprise alors que quatorze investisseurs autrichiens ont lancé des procédures arbitrales contre des Etats étrangers[788]. Ainsi, ces pays, qui paraissent hostiles à l'arbitrage d'investissement, voient leurs investisseurs ressortissants être parmi les plus grands consommateurs de l'arbitrage d'investissement. D'ailleurs, les Etats membres poursuivis le sont, dans plus de 75 % des cas, par des investisseurs d'autres Etats membres de l'Union

---

[786] Dont la Bulgarie, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Roumanie, la Slovaquie et la Tchéquie.

[787] Alors que l'Amérique du Nord est la plus grande puissance mondiale, une grande partie des pays d'Amérique du Sud est sous-développée. Pourtant, au moment de leur indépendance, le territoire de l'Amérique du Nord était vaste et peu peuplé, là où l'Amérique du Sud était le terreau d'une exceptionnelle civilisation et contenait plus de 80 millions d'individus et maitrisait l'agriculture. Cela a attisé la convoitise de l'Amérique du Nord, avec une guerre entre le Nord et le Sud marquée par le prix du coton vendu aux anglais, ceux pratiqués par le Sud étant très bas alors que le Nord pratiquait des tarifs protectionnistes. L'Amérique du Sud fut ainsi marquée par les croisades impérialistes des Etats-Unis. Une célèbre allocution du Pasteur Strong en témoignait : « (i)l me semble que Dieu, dans son infinie sagesse, prépare la race anglo-saxonne pour une heure qui est sûre de sonner. Me trompé-je quand je vois cette race puissante prendre possession du Mexique, descendre dans l'Amérique centrale et l'Amérique du Sud, acquérir les richesses de la mer, aller jusqu'en Afrique et au-delà ? (…) Rien ne peut sauver les races inférieures, sinon se laisser assimiler docilement ».

[788] http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByCountry.

européenne [789]. De plus, les Etats-Unis et le Canada ont, à de nombreuses reprises, été dans la position de défendeur dans un arbitrage d'investissement. Environ trente-quatre poursuites ont déjà été intentées contre le Canada, qui a versé en totalité la somme de 144 millions de dollars à des investisseurs privés étrangers et, en comptant les instances arbitrales en cours, la somme pourrait atteindre la bagatelle somme de 5,793 milliards de dollars. Les Etats-Unis, pour leur part, ont eu à se défendre dans dix-sept instances arbitrales d'investissement et s'ils n'ont jamais été condamnés, ils s'exposaient à des compensations financières avoisinant un montant total de 500 millions de dollars.

Confrontée aux pressions de certains Etats européens et de l'opinion publique à propos de sa clause d'arbitrage, le TTIP fut abandonné, au profit d'un Traité CETA attestant de l'hostilité à l'arbitrage d'investissement. La politique interventionniste de l'Union européenne et son discours ont finalement laissé place à une remise en cause de l' « open door policy ».

2) Le traité CETA

272. Poussée dans ses retranchements, la Commission européenne, le 12 novembre 2015, a présenté une nouvelle proposition. Le traité CETA ou Comprehensive Economic and Trade Agreement a été signé le 30 octobre 2016 entre le Canada et l'Union européenne et est en vigueur depuis le 21 septembre 2017. Il s'agit d'un accord de partenariat stratégique visant à supprimer « pratiquement tous les droits à l'importation ; l'accord économique et commercial global permettra aux exportateurs européens de biens industriels et agricoles d'économiser jusque 500 millions d'euros chaque année ». Ses objectifs sont le libre-échange, la réduction de la quasi-totalité des barrières d'importation et l'ouverture aux marchés publics canadiens et européens pour les investisseurs respectifs, l'harmonisation des normes ou encore le développement durable.

[789] UNCTAD ISDS Database.

273. L'article 11 du TFUE a introduit une initiative européenne qui a été mise en application par le Règlement 211/2011 du 16 février 2011. Cette initiative européenne permet aux citoyens européens de faire entendre leur voix, afin d'ouvrir des négociations sur un projet européen. Sous le prisme d'une vérification préalable de la Commission européenne, vigilante quant au respect des critères prévus par le Règlement, l'initiative européenne a été envisagée un peu moins de cinquante fois. Le contrôle de la Commission est strict, puisque seuls dix-neuf initiatives européennes ont reçu le graal de l'enregistrement. Et parmi elles, neufs ont été retirées et sept n'ont pas abouti, faute de soutien suffisant. En refusant de recevoir l'initiative européenne venant contester le TTIP, le fameux « Stop TTIP », la Commission européenne a refusé la proposition d'interruption des négociations sur le TTIP. La Commission européenne a estimé, d'une part, qu'il ne pouvait lui être demandé de s'abstenir de proposer et que, d'autre part, l'initiative européenne n'avait pour objet que de proposer d'ouvrir des négociations, et non d'abroger un acte préparatoire. Si les citoyens peuvent demander la conclusion d'un accord, ils ne peuvent pas exiger l'abrogation d'une proposition en cours ne produisant pas encore d'effets juridiques. Autrement, les initiatives européennes paralyseraient les propositions européennes qu'un Parlement européen aurait peut-être validées.

274. Dans le cadre du CETA, le peuple européen aurait été consulté autrement que par le prisme et la méthodologie de l'initiative européenne et, il aurait rejeté un traité présentant une clause d'arbitrage et ne contenant aucune disposition veillant à la prise en compte des droits humains, sociaux, environnementaux, ni d'obligation concrète à la charge des investisseurs privés étrangers. Les consultations publiques sur l'encadrement juridique de l'investissement étranger s'étaient multipliées et 97 % des 150.000 citoyens européens s'étaient prononcés en défaveur de l'arbitrage d'investissement, soit un taux de participation record[790]. Il convient de relativiser ce chiffre, car tous les citoyens n'ont pas émis d'opinions sur le sujet et, les contestations s'étaient exprimées par la voie d'une consultation et non d'un référendum populaire. Le fait que des représentants de la société du commerce international aient été les

[790] R. BASEDOW, « The EU's international investment policy ten years on : the Policy-Making implications of unintended competence transfers », JCMS 2021, vol. 59 (3), p. 643-660.

seuls à véritablement défendre l'arbitrage d'investissement au sein du CETA n'a pas contribué à sa légitimité et a, au contraire, nourri les arguments de ses opposants, en ce que l'arbitrage ne défendrait que les intérêts des acteurs du commerce international[791].

275. Par ailleurs, il est présomptueux de parler encore aujourd'hui de peuple européen, dans une somnolente ambiance de repli identitaire. Comme l'ont fait très justement remarquer des auteurs, « le peuple européen (est) introuvable ». Des auteurs ont parlé d' « aporie du peuple européen »[792]. « (L)'Europe s'est ''constituée'' sans faire appel aux Peuples européens (au moins au début) et *a fortiori* sans Peuple européen »[793]. Comme l'exprimait si bien Rousseau, « le peuple (…) n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le peuple est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la Constitution »[794]. Il n'existe pas de peuple européen, mais simplement des peuples liés par des valeurs historiques communes. Le peuple européen ne peut pas être institutionnalisé autrement que par la voix du Parlement européen, qui représente les Parlements nationaux, eux-mêmes représentant les citoyens nationaux. Or, le Parlement européen s'était prononcé en faveur du CETA initial reprenant l'arbitrage d'investissement, de sorte que la consultation de la société civile européenne n'aurait pas dû avoir lieu d'être. Le CETA initial était le fruit d'une négociation d'une durée de sept ans approuvée par chaque Etat membre. Le processus démocratique du CETA ne pouvait pas être remis en cause et le projet et l'avancement des négociations étaient consultables en ligne depuis l'origine.

---

[791] En définitive, placé sur les bancs de la justice de l'opinion publique, l'arbitrage d'investissement n'a pas été suffisamment conseillé, alors que l'opinion publique et les protestataires à l'arbitrage d'investissement sont davantage parvenus à faire entendre leurs voix. Tandis que les citoyens s'étaient organisés en 180 groupes, avaient envoyé plus de 145.000 commentaires à Bruxelles pour témoigner de leur hostilité envers l'arbitrage d'investissement, avaient émis plus de 3000 critiques à la Commission européenne et réuni plus de 450 associations, les partisans de l'arbitrage d'investissement n'avaient été représentés que par 19 multinationales, 60 groupes commerciaux et sept firmes d'avocats.

[792] S. TORCOL, S. JOSS, H. HURPY, G. MARTI, « ''Peuple ou Peuple(s) européen(s)'' ? Le peuple européen introuvable. Recherche jurisprudentielle et institutionnelle. Deuxième Partie », *Rev. UE* 2016.436.

[793] S. TORCOL, S. JOSS, H. HURPY, G. MARTI, « Peuple ou Peuples européen(s) ? Première Partie », *Rev. UE* 2016.109.

[794] D. ROUSSEAU, « La construction constitutionnelle du peuple européen », *Rev. UE* 2015, p. 456 et spéc. p. 462.

276. Aujourd'hui, le traité CETA modifié est entré en vigueur. Sa nouvelle rédaction exclut l'arbitrage. Cette exclusion traduit une crise profondément grave des institutions européennes. Le Parlement européen a été désavoué par les citoyens européens, alors qu'il est censé avoir voté le CETA en les représentant et en ayant obtenu leur conviction. Dans un arrêt de la CJCE rendu le 8 juillet 1999, le Parlement européen avait argué de « l'importance de sa participation en tant que représentant du peuple (…) »[795]. L'avocat général, dans ses conclusions présentées le 11 mars 1999, avait corrigé la formule pour « représentant des peuples ». La version modifiée du traité CETA atteste qu'associer l'opinion publique au débat de la survie de l'arbitrage international en matière d'investissement n'a pas été une bonne considération. L'arbitrage d'investissement a subi la mauvaise presse de l'opinion, en ce qu'il serait un prétoire dangereux aux politiques publiques des Etats. Un débat aussi important aurait dû demeurer entre les mains des décideurs, c'est-à-dire des parties au litige, d'un côté les Etats et de l'autre les investisseurs. Ces parties auraient dû être invitées à s'entendre sur des compromis, sur une amélioration nécessaire de l'arbitrage d'investissement par coups de rapports économiques et sociaux. Ouvrir la porte à la consultation publique a conduit à intégrer une morale subjective dans une sphère juridico-économique, soit dans un endroit où elle n'est pas à sa place de prédilection. La sphère morale a pénétré la sphère rationnelle, a fait front à la nécessité économique de l'arbitrage international en matière d'investissement.

277. Selon les chiffres publiés par la CNUDCI en 2008, il était noté que 179 Etats étaient parties à au moins un TBI[796], contenant une clause d'arbitrage. Si les Etats ont signé autant de traités contenant dans leur quasi-totalité une clause d'arbitrage, c'est en toute connaissance de cause. Au moment de la signature de ces traités, l'arbitrage d'investissement était apparu, à leurs yeux, comme étant un mode approprié de résolution des différends. Les Etats membres de l'Union européenne ne peuvent pas se permettre d'altérer la prévisibilité juridique des investisseurs en s'en déliant. Le CETA et la mise à l'écart de l'arbitrage

[795] Argument repris par l'avocat général J. Mischo dans ses conclusions présentées le 11 mars 1999, aff. C-189/97, *AJDA* 1999.798, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES.

[796] ECOSOC, « Recent Developments in International Investment Agreements (2007-2008) », IIA Monitor 2.U.N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2008/1 (2008).

d'investissement ont eu les faveurs d'une certaine vision kantienne, car avec le CETA, les rapports économiques mondiaux deviendront « civilisés » dans le sens où les litiges se règleront dans la sphère internationale. Le Rapport Lange au Parlement européen s'était prononcé en défaveur de l'arbitrage d'investissement, confrontant par cette occasion la « doctrine économique » du Parti Socialiste européen. Pourtant, rejeter *de facto* l'arbitrage d'investissement revient à faire le jeu d'une vision postmarxiste, qui n'est, depuis bien longtemps, plus adaptée aux relations du commerce international. La prévoyance offerte par l'arbitrage d'investissement a attiré les investissements étrangers. Le risque demeure que les investisseurs privés étrangers ne soient plus incités à venir investir en Europe.

278. De surcroît, il ne peut être occulté que quatorze Etats avaient écrit à la Commission européenne pour lui rappeler leurs attachements à l'arbitrage d'investissement. L'opprobre n'était pas partagé par tous les Etats européens, mais peut-être seulement par ceux responsables d'une mauvaise gestion quant à l'accueil et quant au traitement des investisseurs privés étrangers sur leur territoire. D'ailleurs et à l'origine, certaines instances européennes étaient favorables à l'arbitrage d'investissement[797]. Malgré tout, la nouvelle version du CETA a été adopté et remplace l'arbitrage d'investissement par l'instauration d'un véritable système juridictionnel d'investissement.

Conclusion sous-section I : En 2019, les investissements directs étrangers représentaient, dans l'Union européenne, près de de 450 billions de dollars, soit près de 30 % des flux d'investissement totaux dans le monde[798]. Ces chiffres considérablement élevés ont fait dire aux institutions européennes qu'il devenait crucial pour l'Union européenne de ne pas rester sur le carreau ni de rester insensible. Les institutions européennes ont estimé essentiel de réguler ces investissements internationaux, en s'octroyant déjà en

[797] Comme en témoignent les communications du commerce international du Parlement européen admettant le TTIP le 28 mai 2015 et réitérant son accord au TTIP le 8 juillet 2015.

[798] World investment report 2020, p. 242, Annex Table 2.

2009 une compétence exclusive en la matière avec le traité de Lisbonne. Depuis, la Commission européenne a servi de fer de lance pour négocier des accords d'investissement ou des chapitres dans les accords d'investissement de libre-échange avec plusieurs Etats tiers[799].

Le 8 juillet 2015, le Parlement européen a voté un projet visant à écarter l'arbitrage d'investissement, au profit de juges professionnels nommés par les pouvoirs publics, les gouvernements nationaux désirant détenir davantage de mainmise sur les membres. Ce projet de mise en place d'un SJI a été rendu public lors d'une Communication de la Commission européenne à la fin de l'année 2016, précisant que le «(CETA) jetait les bases d'un effort multilatéral visant à développer cette nouvelle approche du règlement des différends relatifs aux investissements au sein d'une cour multilatérale des investissements. L'UE et le Canada ont rapidement travaillé à la création du tribunal multilatéral pour les investissements. Il devrait être mis en place dès qu'un nombre critique minimal de participants sera établi et remplacer immédiatement les systèmes bilatéraux comme celui prévu par le CETA et être pleinement ouvert à l'adhésion de tous les pays qui adhèrent aux principes qui sous-tendent la Cour ». L'instauration du SJI a été imposée avec un déficit de concertation multilatérale préalable avec chacun des Etats membres de l'Union européenne, ces derniers n'ayant pas été égaux dans la négociation. Il n'y a pas eu d'égalité entre les voix souveraines. Pour autant, cette instauration rejoint le constat selon lequel, dans ses accords internationaux, l'Union européenne a sans cesse mis en conflit le concept de souveraineté avec l'arbitrage d'investissement. Le concept de souveraineté est apparu en 1576, en tant que précepte indissociable de l'Etat, dans « La République » de J. Bodin[800]. Ce conflit n'a pas lieu d'être et part d'un postulat erroné. L'idée même de souveraineté est amenée à être relativisée. Le Professeur Dani Rodrik l'a très justement rappelé, en exposant un « trilemme » politique fondamental, en vertu duquel il est infaisable de défendre, d'une

[799] Cf N. LAVRANOS, « In defence of Member States' BITs gold standard : the Regulation 1219/2012 establishing a transitional regime for existing extra-EU BITs – A member state's perspective », *Transnatl. Dispute Manag*. 2013, vol. 10, p. 1-11. Cf également Commission, « Towards a comprehensive European international investment policy », COM (2010) 343.

[800] *Les Six livres de la République de J. Bodin Angevin. À Monseigneur du Faur, Seigneur de Pibrac, Conseiller du Roy en son Conseil privé*, Paris, Jacques du Puis, 1576, Livre I, Chapitre VIII, p. 117-118.

part, la souveraineté nationale et la démocratie et, d'autre part, la mondialisation[801]. La souveraineté des Etats ne peut pas servir d'échappatoire à l'autorité des règles de droit qu'ils ont eux-mêmes pactisées et consenties au sein des traités d'investissement. Respecter des engagements n'altère en aucune façon la souveraineté des Etats, car c'est par le biais de cette souveraineté qu'ils les ont librement conclus. L'instauration d'un SJI au sein du traité CETA, loin d'être une novation, consacre et matérialise la relation tumultueuse entretenue entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement, en dépit de toutes les zones d'ombres qui subsistent.

Sous-Section II : Analyse critique du SJI

Le SJI, aux influences diverses, que compte mettre en œuvre l'Union européenne dans le cadre de ses accords d'investissement conclus avec le Canada, le Vietnam, Singapour ou le Mexique tire son influence de plusieurs projets européens passés et est une réforme incertaine (§1), qui occulte les pistes alternatives qui auraient pu suffire au maintien de la procédure de l'arbitrage (§2).

§1 : Une mise en œuvre contestée

Les incertitudes relatives à la consécration d'un SJI, dont les discussions sont contemporaines (1), demeurent nombreuses et méritent d'être évoquées (2).

[801] Cf D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, Oxford University Press, 2012.

1) Les inspirations

279. L'initiative européenne pour la création d'une Cour multilatérale d'investissement n'est pas la première du genre. Au cours des années 1970, le Nouvel Ordre Economique International (NOEI) avait déjà pris pour cible l'arbitrage international d'investissement. Poussé par les Etats décolonisés, le NOEI désirait rénover l'ordre juridique international et remettre en considération l'arbitrage international dans le contentieux de l'expropriation[802]. En 1948, l'International Legal Association avait préparé un document pour « un tribunal des investissements étrangers », afin de fournir un *forum* aux différends pouvant survenir entre un investisseur privé étranger et un Etat. De même, au moment des négociations pour un Accord multilatéral sur les investissements de l'OCDE, la délégation norvégienne avait proposé la création d'un tribunal international d'investissement[803]. Une telle suggestion avait aussi été portée par les Professeurs Van Harten[804], Goldhaber[805] et Subedi[806] il y a plusieurs années. Le Professeur Van Harten avait proposé la présence de douze à quinze juges nommés par les Etats, sur le modèle des autres Cours internationales. En définitive, la création d'un tribunal multilatéral d'investissement n'est pas une innovation. Un tel mécanisme existe en pratique, depuis le « Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States », instituant la Cour arabe d'investissement en 1980[807]. Cette Cour est composée de cinq juges et de plusieurs suppléants de la nationalité de chaque Etat membre qui tranchent le différend.

---

[802] Cf sur ce point M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international,* UNESCO, Paris, 1979, p. 295.

[803] W.BEN HAMIDA, « The First Arab Investment Court Decision », *J. World Investment & Trade* 2006, p. 699.

[804] G. VAN HARTEN, « A Case for an International investment court. Presentation at the Society of International Economic Law Conference 2008 », http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.

[805] M. GOLDHABER, « Wanted : a world investment court », *Transnational Dispute Manag*. 2004, p. 1-3.

[806] S. SUBEDI, *International Investment Law : reconciling policy and principle*, Hart Publishing, 2020, p. 201 et s.

[807] Chapter VI of the Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States ; Statute of the Arab Investment Court came into force on 2 february 1985.

280. Le Conseil de l'Union européenne a adopté et publié, le 27 mars 2018, un mandat de négociation donné à la Commission européenne pour créer une Cour multilatérale des investissements. L'article 8.29 du CETA dispose que « (l)es parties recherchent avec d'autres partenaires commerciaux la création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Dès l'établissement d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte du CETA adoptera une décision prévoyant que les différends relatifs aux investissements au titre de la présente section seront résolus conformément au mécanisme multilatéral et prendront les dispositions transitoires appropriées ».

281. La proposition de création d'une Cour internationale d'investissement a été portée par le Groupe Alliance progressiste des socialistes et démocrates du Parlement européen[808] et semble s'inspirer de la juridiction consacrée au sein de l'OMC, un Tribunal de première instance composé de quinze juges permanents et une Cour d'appel composée de six juges. Cette Cour d'investissement se composera de juges nommés pour cinq ans, recevant un salaire mensuel et devant se détacher de leurs autres obligations pour se consacrer à leurs nouvelles missions[809]. Le projet d'une Cour internationale d'investissement a également été inséré dans le traité conclu entre l'Union européenne et le Vietnam (FTA). Ce traité prévoit l'institution d'un tribunal permanent composé de neufs membres (trois membres européens, trois membres vietnamiens et trois membres de pays tiers) nommés pour quatre ans, renouvelables une fois. Ce tribunal sera disposé à entendre les requêtes par sections de trois membres (un européen, un vietnamien et un tiers exerçant la fonction de président). La sentence prononcée par ce tribunal sera susceptible d'un appel, porté à la connaissance d'un tribunal d'appel composé de six membres (deux membres européens, deux membres vietnamiens, deux membres de pays tiers) nommés pour quatre ans, renouvelables une fois se réunissant par section de trois membres (un européen, un vietnamien et un tiers). L'investisseur ne sera plus habilité à désigner les membres du tribunal.

---

[808] Socialists and Democrats Group, S&D Position Paper on Investor-State dispute Settlement mechanisms in ongoing trade negotiations, 4 mars 2015, p. 4.

[809] L'article 9.12 de la Section 3 du TTIP propose ainsi un salaire de 2000 euros par mois pour les juges de la Cour internationale d'investissement.

282. Plus qu'une invention, la création d'un SJI s'inscrit davantage dans une tendance à laquelle le CETA ainsi que le FTA[810] ont choisi de succomber. Un mimétisme semble exister entre le projet du SJI et celui de la Cour européenne des Brevets. Il est probable que les « Pères » du SJI aient été influencés par les projets de lancement d'une juridiction unifiée du brevet. L' « European Patent Litigation Agreement », ou Accord sur le Règlement des litiges en matière de brevets européens, était un projet résultant des études d'un groupe de travail international créé en 1999 par les Etats signataires de la Convention de Munich. Cet accord visait à accorder à une Cour européenne des brevets, dotée de tribunaux de première instance et de juridictions d'appel, le pouvoir de trancher les litiges de contrefaçon et de révocation de brevets européens, mais aussi de rendre des avis non contraignants sur des points de droit en rapport avec les brevets européens. Cet accord avait l'avantage d'être optionnel, autrement dit les Etats pouvaient y adhérer et se soumettre aux juridictions de premier et second degré de la Cour européenne des brevets (ayant alors pleine juridiction), ou uniquement se limiter au rôle consultatif de la Cour d'appel. La juridiction unifiée du brevet devait initialement être mise en application en 2015. Les retards se sont accumulés et les contestations judiciaires se sont faites de plus en plus nombreuses sur son instauration, notamment en Allemagne qui a estimé sa consécration comme contraire à sa législation. La contestation, qui a d'ailleurs été portée devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (FCC), portait sur l'absence de vote sur le sujet et le manque d'indépendance du nouveau système de juridiction unifiée. Aujourd'hui, la survie de ce projet demeure mise à mal par le Brexit. Pour entrer en vigueur, trois pays devaient ratifier ce projet, à savoir la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni. Si la France l'a ratifié, l'Allemagne demeure en attente de la décision de sa Cour constitutionnelle et le Royaume-Uni est sorti de l'Union européenne et il est difficile de prévoir quelle sera sa position sur l'accord européen. Il suffirait que le Royaume-Uni exige une modification des règles de l'accord, pour que le processus de ratification se prolonge.

[810] European Commission press release, "The EU and Vietnam finalize landmark trade deal", 2 décembre 2015, http://trade.ee.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1409.

2) Des incertitudes considérables

La 38e session du groupe de travail III de la CNUDCI s'est tenue à Vienne du 20 au 24 janvier 2020 et il fut question de la réforme de l'arbitrage d'investissement et de la proposition d'une Cour multilatérale d'investissement[811]. Cette Cour serait composée de juges permanents, à la désignation transparente et répondant à une volonté de diversité (de genre et de nationalité). Ces juges seront disponibles à temps plein et ne pourraient pas cumuler leurs activités avec une autre. Si leur mandant est non renouvelable, il s'étend sur un long terme. Le système que promeut le groupe de travail III est un système juridictionnel à l'image de celui prévu par le traité CETA, avec une organisation pyramidale, structurée par une première instance et un appel[812].

La genèse d'un système juridictionnel d'investissement ne se retrouvait pas dans les objectifs initiaux confiés à la Commission européenne. En 2013, les Etats-membres de l'Union européenne avaient donné mandat à la Commission européenne de négocier le TTIP et de « prévoir un mécanisme de règlement des différends entre États, efficace et à la pointe de la technologie, garantissant la transparence, l'indépendance des arbitres et la prévisibilité de l'accord, y compris par la possibilité d'une interprétation contraignante de l'accord par les parties »[813]. Il était toujours fait référence à l'arbitrage. Les contours du SJI sont encore si abstraits, qu'il n'échappe pas aux nombreuses incertitudes. La première des incertitudes tient en la dénomination même de « Tribunal multilatéral d'investissement ». Celui-ci semble emprunter à la fois des caractéristiques de l'arbitrage et du règlement judiciaire ; de plus, le mode de désignation des juges, politisé, est sujet à discussions (a). Par ailleurs, si la réaction de la CJUE a été défavorable à

[811] P. ACCAOUI LORFING et A. DE NANTEUIL, « UNCITRAL Working Group III/Proposal for the establishment of a standing multilateral investment court », *IBLJ* 2020, vol. 2, p. 275-283. Cf également J. ARATO, « The private law critique of international investment law », *AM.J.INT'L.L*. 2019, vol. 113, p. 1-7.

[812] L'appel ne devant avoir trait que pour trancher des erreurs de droit ou des erreurs de fait manifestes, sans pour autant conduire à une nouvelle examination des faits.

[813] Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America, 17 juin 2013, § 23.

l'arbitrage d'investissement, il n'est pas certain qu'il en soit, à terme, autrement en ce qui concerne le SJI, tant la CJUE se montre plus que réticente aux sentences prononcées par d'autres Cours que la sienne. Toutes ces désapprobations rendent l'avenir du SJI déjà douteux (b).

a. Nature et désignation

Le tribunal international d'investissement est-il une Cour particulière ?[814] Cette question alimente les débats (a.1), débats qui se concentrent également sur la désignation des membres de cette juridiction (a.2).

a.1. Tribunal judiciaire ou tribunal arbitral ?

283. La doctrine s'est penchée sur la nature du système juridictionnel des investissements issu du CETA. Le système juridictionnel d'investissement serait un système « *sui generis* »[815]. Les Professeurs August Reinisch, Catherine Kessedjian ou encore Lukas Vanhonnaeker ont parlé d'une institution « hybride », entre l'arbitrage et le règlement judiciaire[816]. Cette option est convaincante, le SJI emprunte à la fois des modalités de l'arbitrage et du règlement judiciaire. En ce sens, le SJI s'apparenterait à une figure institutionnalisée de l'arbitrage d'investissement. Le processus de sélection rapproche le SJI des arbitrages

[814] Ni le CETA, ni l'accord conclu entre l'Union européenne et le Vietnam (FTA) ne font mention du vocabulaire « Cour », en optant la préférence pour des expressions neutres, telles que « résolution des litiges en matière d'investissement » notamment.

[815] Cf S. NAPPERT, « Escaping from Freedom ? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism », *London, the 2015 EFILA Inaugural Lecture*, p. 10.

[816] A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *in* A. DE MESTRAL (dir.), *Second Thoughts : Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 351 ; C. KESSEDJIAN et L. VANHONNAEKER, « Les différends entre investisseurs et Etats hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTD Eur*. 2017, p. 633-634. Cf également J-F. DELILE, « L'avis 1/17 ou le retour en grâce des juridictions internationales auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne », *RAE-LEA* 2019/2.

inter-étatiques ou des Cours internationales. Si la nomination à terme (six ans) des décideurs rapproche le SJI d'un système de justice publique, à l'instar des tribunaux arbitraux, les juges du SJI ne pourront pas se délier de l'accord liant les parties pour juger. Autrement dit, là où les tribunaux arbitraux prennent appui sur les TBI pour trancher un différend, les juges du SJI devront, de même, prendre référence sur le Traité CETA pour mettre fin au litige. *A contrario*, le SJI pourrait aussi s'apparenter au mécanisme de l'arbitrage, puisque les Etats consentent par avance à ce mode de règlement des litiges dans le traité, tandis que les investisseurs pourront accepter cette offre de règlement des conflits pour enclencher l'instance. De plus, au cours du déroulement de la procédure devant le SJI, les parties seront libres de choisir le règlement d'arbitrage qui s'appliquera. Le Tribunal CETA pourra donc trancher un litige sous les règles du CIRDI.

284. Il convient de nuancer l'affirmation selon laquelle les juges nommés au sein du mécanisme du SJI seront exclusivement consacrés à cette tâche et ne pourront pas exécuter d'activités en dehors, les écartant du mécanisme de l'arbitrage. L'article 8.27 (11) du CETA dispose qu'il convient simplement que les juges du Tribunal « veillent à ce qu'ils soient disponibles et capables de remplir (leurs) fonctions ». Les juges seront payés, par avance, chaque mois, ce qui permettra de s'assurer de leur disponibilité. Ils recevront des honoraires mensuels à titre d'acomptes. Par conséquent, il ne s'agira pas réellement d'un tribunal permanent, car ces juges ne seront pas nécessairement des juges à temps plein. Ils seront juste invités à remplir leur rôle, c'est-à-dire à être disponibles, dès lors qu'il sera fait appel à eux. Il pourrait être fait état de juges semi-permanents, parce que ni le tribunal ni le mécanisme d'appel de ce SJI n'ont été expressément désignés comme étant une institution permanente. En ce sens, aucun secrétariat permanent n'a été consacré[817].

[817] Cf J.R.M. DONA et N. LAVRANOS, *International Arbitration and EU Law*, Edward Elgar Publishing, 2021. Cf N. LAVRANOS, « Profiting from Anti-ISDS Propaganda », *Kluwer Arbitration Blog*, 11 octobre 2016.

285. En définitive, le SJI s'apparente davantage en un « corps semblable à un tribunal »[818]. Son corps est hybride, les décisions du Tribunal CETA et de son mécanisme d'appel pourraient être caractérisées comme des sentences arbitrales aux yeux de la convention CIRDI ou de la convention de New-York. En ce sens, l'article 8.41 (5) du CETA dispose qu' « une sentence finale rendue en vertu de la présente section est une sentence arbitrale réputée se rapporter à des actions en justice nées de relations ou d'opérations commerciales aux fins de l'article I de la Convention de New York ». Et l'article 8.41 (6) énonce qu' « il est entendu que, si une plainte a été soumise en vertu de l'article 8.23 a), une sentence finale rendue en vertu de la présente section est considérée comme une sentence au titre de la section 6 de la Convention CIRDI ». Les investisseurs, au moment d'exercer leur droit d'action, pourront opter pour un règlement de procédure régissant les instances arbitrales comme le CIRDI ou la CNUDCI, puisque le Tribunal du CETA ne prévoit aucun règlement de procédure spécifique. De plus, à l'instar des tribunaux arbitraux, le Tribunal du CETA sera habilité à sanctionner les mêmes atteintes aux investisseurs, à savoir les expropriations, les violations au traitement juste et équitable, etc. Finalement, s'agissant davantage d'une institution hybride, il ne sera plus question d'un arbitrage proprement dit.

286. Au cours de cette 38e session, le groupe de travail III s'est interrogé sur la compatibilité de ce nouveau mécanisme avec le régime de l'arbitrage d'investissement et plus précisément avec la Convention CIRDI et la Convention de New-York. Autrement dit, ce nouveau système peut-il cohabiter en tant que complément au régime actuel de l'arbitrage d'investissement ? Ou est-il destiné à supplanter l'arbitrage d'investissement et à s'appliquer à tous les traités à venir qui se soumettraient au règlement CNUDCI (et, dans ce cas, faudra-t-il créer un régime spécifique pour l'application des décisions rendues par ce nouveau système juridictionnel ou pourra-t-on se satisfaire de l'application de la Convention de New-York ?) ? En 2020, le groupe de travail III de la CNUDCI a proposé l'instauration d'une Cour multilatérale d'investissement, contenant une première instance et une procédure d'appel. Elle a effectué des travaux sur sa composition, en appuyant sur une diversité des genres et une diversité des juges nommés à temps plein et pour un mandat non-renouvelable. Pour l'instant, les travaux semblent faire ressortir que cette Cour fonctionnerait en complément de l'arbitrage d'investissement et non en substitution, avec

[818] *Ibid.*

la création d'un régime spécifique pour l'exécution des décisions de la Cour ou l'application à leur profit de la Convention de New-York[819].

a.2. La désignation contestable des juges

287. Le droit accordé aux parties de désigner leur arbitre s'apparente à un droit fondamental de l'arbitrage. Or, le SJI comprendra un tribunal de première instance ainsi qu'une Cour d'appel. Il sera administré par une Institution internationale, la Banque Mondiale[820]. Le CETA a prévu que les litiges seront entendus par trois personnes, lesquelles feront partie d'un groupe de quinze membres et dont les mandats seront de cinq à dix ans. Ce mode de désignation rompt avec l'idée présente dans l'arbitrage, selon laquelle chacune des parties au litige peut choisir son arbitre. En réalité, le SJI constitue une justice étroitement liée à la sphère politique. Pour un système de désignation désirant accroître la diversité des juges, il est à signaler que la liste des juges susceptibles d'être nommés au sein du traité CETA n'est pas assez exhaustive.

288. Le mode de désignation. Enoncer que des conflits relatifs au droit public ne pourraient pas être débattus et jugés par des arbitres privés, mais devraient l'être par des juges permanents détenant un office public[821], est discutable. Le fait que les Etats puissent choisir leur propre arbitre contrebalance avec la désignation par l'investisseur privé étranger de son arbitre. La Cour d'appel de Paris a été réaliste

[819] P. ACCAOUI LORFING et A. DE NANTEUIL, « UNCITRAL Working Group III/Proposal for the establishment of a standing multilateral investment court », *IBLJ* 2020, vol. 2, p. 275-283.

[820] Article 8.27 (16) CETA.

[821] Cf notamment G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, p. 152-153 ; M. POIRIER, «The NAFTA Chapter 11 Expropriation Debate Through the Eyes of a Property Theorist », *Envir. L.* 2003, vol. 33, p. 851, 914-27.

lorsqu'elle a jugé que « la présence des arbitres désignés par les parties au sein du tribunal arbitral constitue pour celles-ci une garantie morale ou psychologique que leur point de vue sera entendu, même s'il n'est pas adopté »[822].

289. Au sein du groupe de travail III de la CNUDCI, plusieurs Etats ont fait part de leurs préoccupations sur le mode de désignation des juges au sein d'un SJI, la Russie ayant énoncé que « le droit des parties de désigner des arbitres (…) est l'un des principes clés du système de l'arbitrage d'investissement (ISDS) qui renforce la confiance dans l'ISDS et rend l'arbitrage international plus attractif tant pour les États que pour les investisseurs »[823]. Le nouveau mode de désignation issu du CETA n'accorde aux investisseurs aucune faculté dans la nomination des juges et sera très favorable aux Etats, qui pourront désormais bénéficier d'un avantage certain. A la lecture d'une étude très récente de Marceddu et Ortolani, il en est conclu qu'il y aurait une meilleure acceptation de l'arbitrage d'investissement par l'opinion publique « si les arbitres sont titulaires et non nommés par les parties au litige au cas par cas »[824]. Cette étude milite alors en faveur de la proposition d'une Cour multilatérale d'investissement, qui « semble aller dans la bonne direction ». Par conséquent, cette étude en arrive à la conclusion que « la vision publique de l'arbitrage d'investissement peut être améliorée en modifiant la conception institutionnelle de l'organe juridictionnel ». Que penser de cette étude ? Elle se décrit comme étant « la toute première série d'expériences comportementales concernant l'ISDS et l'opinion publique »[825]. Il faut lui accorder certains bons points. Par exemple, il s'agit d'une véritable étude, dans laquelle les instigateurs se sont concentrés sur quatre thématiques pouvant faire naitre des oppositions à l'arbitrage d'investissement : d'une part, la nature internationale de l'arbitrage ; d'autre part les droits protégés par l'arbitrage d'investissement ; puis

---

[822] CA Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb*. 2004.369, note L. JAEGER.

[823] UNCITRAL Working group III, Possible reform of investor-state dispute settlement (ISDS), Submission from the Government of the Russian Federation on its Thirty-Eight Session, article 3, 30 décembre 2019. Cf également T.D. GRANT et F.S. KIEFF, « Appointing Arbitrators : Tenure, public confidence, and a middle road for ISDS Reform », *MICH.J.INT'L.L.* 2022, vol. 43, p. 171.

[824] M-L. MARCEDDU et P. ORTOLANI, « What is wrong with investment arbitration ? Evidence from a set of behavioural experiments », *EJIL* 2020, vol. 31 (2), p. 405-428.

[825] M-L. MARCEDDU et P. ORTOLANI, « What is wrong with investment arbitration ? Evidence from a set of behavioural experiments », *EJIL* 2020, vol. 31 (2), p. 405.

sa nature institutionnelle ; et enfin le statut juridique différent que l'arbitrage en matière d'investissement accorde aux investisseurs étrangers, mais pas nationaux. Pour cette expérience, l'étude a réuni 684 adultes fermement opposés à l'arbitrage d'investissement. Il en ressort que le point crucial des contestations porte sur le caractère institutionnel de l'arbitrage et sur le mode de désignation des arbitres. « (T)outes choses étant égales par ailleurs, une issue controversée est perçue moins négativement lorsqu'il s'agit d'un tribunal permanent composé de juges titulaires (plutôt qu'un tribunal arbitral) »[826]. Pour autant, cette étude doit être relativisée. Plus que cela, elle doit même être remise en question, car elle s'avère biaisée dès son origine et par l'orientation des questions posées. Il est indéniable qu'en demandant aux personnes interrogées s'ils ont plus confiance en des juges permanents qu'en des arbitres privés, ils répondront avoir plus confiance en des juges permanents. Il est certain qu'en leur demandant s'ils préfèrent une justice rendue par une Cour que par un tribunal arbitral, ils répondront préférer une Cour, dont la sémantique semble apporter plus d'autorité, de cadres, de règles de probité et de sérieux. En effet, « lorsqu'ils sont mis en présence de personnes dont les caractéristiques sont celles qu'ils supposent posséder chez les personnes nommées dans des Cours, les répondants exprimeront des sentiments positifs ; présentés, à la place, avec des personnes dont les caractéristiques ne correspondent pas à cette hypothèse ou dont les caractéristiques sont inconnues, les répondants exprimeront des sentiments négatifs »[827]. Par nature, le système d'une Cour rassure la perception du public et sa confiance, mais ce n'est pas pour autant qu'il ostracise les tribunaux arbitraux, d'autant que si les CV des arbitres étaient portés à la connaissance de l'opinion, la vision serait probablement différente.

290. Au sein de la liste, les parties contractantes du CETA (Canada et représentant des Etats membres de l'Union européenne) seront chargées de nommer les quinze membres. Elles pourront exclure les membres réputés pour rendre des sentences favorables aux investisseurs privés étrangers. De plus, le CETA prévoit que, si les membres désignés par les parties ne s'entendent pas sur la désignation du président du tribunal, alors le Secrétariat général du CIRDI le sélectionnera au sein d'une liste déterminée à

[826] P. 424.

[827] T.D. GRANT et F.S. KIEFF, « Appointing Arbitrators : Tenure, public confidence, and a middle road for ISDS Reform », *MICH.J.INT'L.L.* 2022, vol. 43, p. 205.

l'avance par les parties contractantes au CETA. Très indirectement, un Etat pourra alors choisir deux des trois membres, autrement dit son arbitre et le président du tribunal. Déjà le 6 mai 2015, un « concept paper » publié par la Commission européenne laissait présager que les arbitres soient non plus choisis conjointement par les parties au litige, mais dans une liste préétablie par les Etats, ceci dans le but de «'rompre le lien' entre les parties au différend et les arbitres ». La Commission européenne envisageait d'aller encore plus loin en souhaitant que seules les personnes qualifiées pour exercer des fonctions judiciaires dans leurs systèmes nationaux puissent avoir le privilège d'être inscrites dans la liste des arbitres[828]. Les arbitres auraient, nécessairement, été des juges étatiques. Le CETA, dans sa version de février 2016, n'a pas repris ce désir de la Commission européenne, qui aurait complétement judiciarisé la pratique, en énonçant que les membres conviennent de posséder « les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires, ou (d'être) des juristes possédant des compétences reconnues ». Si la première partie de la phrase pouvait effrayer, la seconde est suffisamment large pour concerner aussi bien des avocats ou des professeurs de droit.

291. Le traité CETA a prohibé aux juges sélectionnés d'agir, dès leur nomination, « à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international ». Le gouvernement français voulait aller encore plus loin, en soumettant les juges à une période de « quarantaine » de cinq ans après leur mandat, durant laquelle ils ne pourraient agir « ni comme conseiller juridique de l'une des parties au différend, ni comme conseiller juridique d'une quelconque partie au différend impliquée dans une autre procédure judiciaire portant sur des faits similaires à ceux du différend sur lequel le tribunal a statué, à moins qu'une période de 5 ans ne se soit écoulée entre le prononcé de la sentence définitive et la nomination de l'ancien arbitre comme conseiller juridique »[829]. Avec le traité CETA, le risque demeure

[828] « Le recours à la liste d'arbitres pourrait s'accompagner de certaines qualifications des arbitres, notamment de leur capacité à exercer des fonctions judiciaires dans leur pays d'origine ou d'une qualification similaire ». CE Concept paper « Investment in TTIP and beyond the path for reform », 6 mai 2015, p. 7.

[829] « Vers un nouveau moyen de régler les différends entre États et investisseurs », mai 2015 www.tresor.economie.gouv.fr

que peu d'arbitres expérimentés ne soient enclins à rejoindre cette liste d'arbitres, d'autant que leur salaire sera bas, comparé à leurs précédents émoluments dans l'arbitrage d'investissement.

292. Les investisseurs seraient appelés à voir, dans ce SJI, une garantie contre le recours aux juridictions internes plus qu'une substitution à l'arbitrage international. En se présentant devant le Tribunal CETA, les investisseurs privés échapperaient au risque de se retrouver devant un système judiciaire étatique défaillant. Si l'arbitrage international est mis de côté en matière d'investissement, il n'existerait pas d'autre substitut juridique à ce SJI pour échapper aux juridictions internes. Pour autant, l'équitabilité de cette solution doit être contestée du fait du mode de désignation. L'expertise des juges au sein du SJI est affirmée et exigée par le CETA. Mais ce n'est pas parce que ces juges seront experts, qu'ils seront automatiquement indépendants et impartiaux. Un lien ne peut pas s'établir entre expertise et indépendance/impartialité. Les juges seront désignés et rémunérés par des Etats, ce qui posera un soupçon naturel de dépendance (au moins financière) et de partialité.

293. Comme l'a énoncé la Commission européenne le 15 décembre 2016, l'un des objectifs de ce SJI demeure l'introduction d'un « Contrôle du gouvernement sur les arbitres »[830]. Ce contrôle sera assuré par le CETA Joint Committee (ci-après « Comité mixte »), consacré à l'article 26.1 du CETA. La nomination des quinze juges, mais également toutes décisions relatives à leur remplacement seront assurées par le CETA Joint Committee. Autrement dit, cela revient à attribuer au Ministre Canadien et au représentant de l'Union européenne le soin de désigner les juges compétents, ce qui est contraire aux exigences d'égalité et de neutralité des parties au litige, à savoir l'Etat d'accueil et l'investisseur[831]. L'instauration du SJI se traduira par un contrôle des Etats dans le règlement des contentieux entre investisseurs et Etats parties et par un contrôle des personnalités chargées de régler de tels différends.

---

[830] D'ailleurs, il est prévu aux articles 8.27 (2) et 8.27(3) qu'un tiers des juges seraient des nationaux des Etats membres de l'Union européenne et un tiers des nationaux du Canada.

[831] L'article 8.30(4) du CETA permet aux parties de demander au CETA Joint Committee de remplacer un juge s'étant comporté d'une façon incompatible avec ses fonctions et ses obligations.

294. Une désignation politisée. Dans une récente Opinion 1/17, la CJUE a affirmé que la juridiction du tribunal CETA sera indépendante et impartiale et ne sera pas favorable aux Etats, puisque les juges « n'ont pas d'attache avec aucun gouvernement » et « ne suivent les instructions d'aucune organisation ou d'aucun gouvernement en ce qui concerne les questions liées au différend »[832]. Pour garantir l'indépendance et l'impartialité, la CJUE a reconnu au Tribunal CETA l'applicabilité de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux relatif au droit d'accès à un tribunal indépendant. Une telle mention est étrange, car le Canada n'est pas membre de l'Union européenne et le tribunal CETA n'est pas un juge de l'Union européenne.

295. La problématique de l'indépendance et de l'impartialité du tribunal CETA a surtout rapport avec le fait que c'est le Comité mixte du CETA qui aura pour mission de désigner les membres du tribunal[833], de les révoquer[834] et de déterminer les modalités de leur rémunération[835]. Or, la présidence de ce comité sera assurée par deux membres de l'exécutif des parties contractantes, à savoir le ministre du commerce international canadien et le membre de la Commission chargée du commerce. La coutume internationale se prête souvent à la nomination et à la révocation des juges de juridictions internationales par les gouvernements des parties contractantes et le traité CETA ne fait que confirmer une pratique désormais bien ancrée[836]. Pour que les Etats puissent faire confiance à une juridiction internationale, encore faudrait-il qu'ils puissent avoir la mainmise sur les modalités de nomination de ses membres qui constitue un « choix politique qui revêt une importance essentielle pour l'Etat »[837].

---

[832] Cf T. AHMED, « The CJEU and the introduction of international dispute settlement mechanisms within the EU : Is alternative dispute resolution in the EU in Safe hands ? », *PEPP. Disp. Resol. L.J*. 2022, vol. 22, p. 491.

[833] Point 64 et cf § 2 et § 3 de l'article 8.27 et § 3 et § 7 de l'article 8.28.

[834] Point 65 et cf article 8.30 § 4.

[835] Point 60 et cf article 8.28 § 7.

[836] Points 100-101 de l'avis 1/17.

[837] S. SZUREK, « La composition des juridictions internationales permanentes : de nouvelles exigences de qualité et de

296. Le SJI ne constituera pas une justice située en dehors de la sphère politique. Les Etats sont parvenus à créer un système judiciaire, un cadre qui leur sera bénéfique. La réticence des Etats à accepter d'être jugés par une Cour internationale pour laquelle ils n'ont pas eu de contrôle sur la désignation des juges a toujours été réelle[838]. Ainsi, les juges de la Cour pénale internationale sont élus par une Assemblée des Etats parties[839]. Les juges de la Cour internationale de justice sont élus par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations-Unies, parmi les listes de candidats proposées par les Etats[840]. Les juges de la CEDH sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, parmi une liste de trois candidats proposés par l'Etat partie dont le juge doit être élu[841]. Etant susceptible de voir leur responsabilité internationale être engagée, les Etats désirent jouer un rôle dans la désignation des juges pour s'assurer de la légitimité de la Cour.

297. Le CETA Joint Committee (composé de représentants de l'Union européenne et des représentants du Canada) pourra adopter des interprétations du Traité CETA qui lieront les juges de première instance et d'appel[842]. Il convient d'apprécier la légitimité de ce Comité susceptible d'influer sur l'interprétation du Traité CETA et donc sur le règlement des contentieux entre Etats et investisseurs privés. A l'origine, rien ne garantissait que les représentants de l'Union européenne présents dans le Comité CETA représenteraient automatiquement les intérêts des Etats membres de l'Union européenne. Les interprétations du CETA auraient même pu se faire par le Comité sans l'aval des Etats membres. Pour davantage de légitimité démocratique, il fallait instaurer un « accord interinstitutionnel » entre l'Union européenne et

---

représentativité », *AFDI* 2010, p. 41-78

[838] Cf L. GROSS, « The International Court of Justice : Consideration of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order », *AJIL* 1971, p. 253-326.

[839] Statuts CPI, article 36.

[840] Statuts CIF, article 4-10.

[841] ETS 5, article 22.

[842] Comme l'énonce l'article 8.31(3)(2) du CETA.

les Etats membres de l'Union européenne[843], afin que les décisions prises par les représentants de l'Union européenne au sein du Comité CETA puissent prendre en considération les vues des Etats membres, que ceux-ci pourraient énoncer au sein du Conseil européen. Dès lors, les Etats membres pourront influencer les décisions du Comité. Cette solution a été proposée par l'Allemagne, par la BVerfG[844], et devrait être adoptée[845]. Ainsi, toutes les décisions qui concerneront les Etats membres de l'Union européenne devront être prises, au sein du Comité, en accord mutuel avec les Etats membres et le Conseil européen[846].

298. Ce cadre suffira-t-il à attirer les investisseurs étrangers ? Il est nécessaire que le SJI satisfasse les investisseurs privés étrangers autant que les Etats d'accueil. Or, Business Europe, la principale organisation représentant les intérêts des investisseurs privés européens, s'est montrée très critique envers ce nouveau système destiné à remplacer l'arbitrage international en matière d'investissement[847]. Ce fut également le cas de l'US Trade Representative, représentant les investisseurs privés américains, ceux-ci pouvant restructurer leurs investissements au Canada et bénéficier alors du CETA[848]. Des soupçons de dépendance et de partialité pesaient hier sur les avocats effectuant le rôle d'arbitre, ces mêmes soupçons pèseront demain sur les « juges-des-Etats » (désignés par les Etats). Nul ne peut garantir que les « juges-des-Etats » seront plus indépendants et impartiaux que les tribunaux arbitraux. En permettant aux parties au litige de désigner chacune un arbitre, l'arbitrage d'investissement ne cherchait pas à favoriser les investisseurs, mais plutôt à garantir les deux parties d'un contrôle dans la direction prise par la procédure arbitrale. Par ailleurs, il est, *a priori*, plus facile d'engager la responsabilité des arbitres qu'il ne sera

---

[843] S. HEPPNER, « A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission », *IJEL*, décembre 2016, vol. 19, issue 1.

[844] BVerfG, 13 octobre 2016 (2 BvR 1368/16) § 1 et 18.

[845] Déclaration du Royaume de la Belgique (et des Etats membres (…)) avec le soutien de la Commission européenne, sur la protection des investissements et la Cour d'investissement (ICS).

[846] Déclaration du Royaume de la Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'Etat fédéral et les Entités fédérés pour la signature du CETA (27 octobre 2016), p. 2-3.

[847]https://www.businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/rex/2015-10-23_assessment_of_commission_proposal_on_a_new_instrument_court_system.pdf.

[848] http://www.reuters.com/article/us-trade-ttip-idUSKCNOSN2LH20151029.

d'engager celle d'une Cour tout entière. La destitution des juges pour défaut d'impartialité nécessitera un accord commun entre le Canada, l'Union européenne et les Etats membres de l'Union européenne. Les juges verront les demandes de récusation pour manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité être traitées par l'organe les ayant désignés[849]. Un risque de parti pris existera, rendant délicat le succès de telles actions en récusation. Il aurait été nécessaire, à l'instar du Règlement du Centre de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CMAP), de faire traiter ces demandes de récusation par une Commission indépendante.

299. La désignation des juges de la Cour internationale d'investissement n'a rien de transparente. Il conviendrait de créer une institution ou de prévoir un organe pour contrôler l'indépendance et l'impartialité de ces juges. Cette Institution pourrait être l'OCDE ou un Comité réunissant les Présidents de la Cour internationale de justice, du Tribunal des réclamations Etats-Unis-Iran, de la Cour européenne des Droits de l'Homme …[850] En plus de contrôler l'indépendance et l'impartialité des juges, l'organe pourrait également traiter des questions visant à leur destitution pour manquement à ces deux obligations.

En tout état de cause, la désignation des juges du Tribunal CETA manquera, aux yeux des investisseurs, de légitimité et même de diversité.

300. Un manque de diversité persistant. L'une des critiques relatives au mode de désignation des arbitres dans l'arbitrage international en matière d'investissement concerne le manque de diversité des arbitres choisis[851]. Le groupe de travail III de la CNUDCI a estimé que les données sur la diversité dans l'arbitrage d'investissement étaient incomplètes, mais suffisantes pour attester d'un manque de diversité

[849] L'article 8.30(4) du CETA permet aux parties de demander au CETA Joint Committee de remplacer un juge s'étant comporté d'une façon incompatible avec ses fonctions et ses obligations.

[850] Investment Treaty Working Group : Task Force Report on the Investment Court System Proposal, 14 octobre 2016, p. 27.

[851] Cf U. STRARMA, « The indivisible stigmatisation of female practitioners in international arbitration », *Int.J.L.C* 2021 vol. 17 (3), p. 371-389.

géographique et genrée des arbitres désignés[852]. Sur ce point, au sein du groupe, l'Union européenne a énoncé ses « préoccupations concernant le manque de diversité appropriée parmi les arbitres des arbitrages d'investissement ». La présence d'une « club des arbitres » est difficile à nier. Il est vrai que vingt-cinq arbitres constituent près de 35 % des arbitrages[853]. Et les Etats s'en plaignent. Outre l'Union européenne, le Maroc estime que « il y a eu des cas de manque de transparence ou de conflits d'intérêts, qui compromettent le régime de règlement des différends entre investisseurs et États. De telles situations se sont produites parce qu'il y a relativement peu de spécialistes du règlement des différends en matière d'investissement et qu'il n'y a donc qu'un nombre limité de personnes pouvant être nommées arbitres ». La Chine aussi constate la présence « d'un très petit groupe d'experts seulement ». Or, sur des millions de candidats potentiels, comment justifier que seuls vingt-cinq posséderaient véritablement toutes les compétences nécessaires ?[854] Est-ce uniquement dû à leur talent que les mêmes arbitres sont souvent les mêmes à être nommés par les parties ? S'il y a forcément du vrai dans le fait que les compétences accrues de certaines personnes contribuent à leur désignation répétée, il ne faut pas occulter un élément d'ordre psychologique. Autrement dit, plus un arbitre est nommé, plus les parties le verront talentueux. Dès lors, « (avant), si quelqu'un était célèbre ou notoire, c'était pour quelque chose -en tant qu'écrivain ou acteur ou criminel- pour un talent, une distinction ou une abomination. Aujourd'hui on est célèbre pour être célèbre (…) »[855].

301. « L'arbitrage (serait) dominé par quelques hommes vieillissants, dont beaucoup ont été des pionniers dans ce domaine. Selon les mots de Sarah François-Poncet de Salans, les suspects habituels seraient 'pâles, hommes et âgés' »[856]. Au regard des chiffres publiés par le CIRDI, en mai 2010, seuls 6,5 % des

---

[852] Submission from Bahreïn, 38e session, 29 août 2019.

[853] M. LANGFORD, D. BEHN et R. HILLEREN LIE, « The revolving door in international investment arbitration », *J.INT'L.Econ.L*. 2017, vol. 20, p. 310.

[854] T.D. GRANT et F.S. KIEFF, « Appointing Arbitrators : Tenure, public confidence, and a middle road for ISDS Reform », *MICH.J.INT'L.L.* 2022, vol. 43, p. 222.

[855] M. MUGGERIDGE, *Muggeridge through the microphone*, Collins, 1969, p. 7.

[856] M. GOLDHABER, « Madame La Présidente : A Woman Who Sits as President of a Major Arbitral Tribunal Is a Rare Creature. Why ? », *Am.Law : FOCUS. Eur*. 2004 (« L'arbitrage est dominé par quelques hommes vieillissants, dont beaucoup ont été les pionniers du domaine. Selon les mots de Sarah François-Poncet de Salans, les suspects habituels sont 'pâles, mâles

arbitres désignés étaient des femmes[857], sachant que dans 75 % des affaires où les arbitres étaient des femmes, il s'agissait essentiellement des deux mêmes personnes -Mme Brigitte Stern ayant été désignée dans 51,61 % des affaires où l'arbitre était une femme, Mme Gabrielle Kaufmann-Kohler dans 22,58 % des affaires[858]. Le nombre de femmes désignées arbitres est extrêmement dérisoire et la situation est même pire dans le mécanisme d'appel du CIRDI (3,49 % des arbitres désignés par le « Chairman », depuis 2008, sont des femmes)[859]. Le système de désignation des arbitres par les parties nuirait donc directement à la diversité des arbitres désignés. Il est également dénombré un faible nombre d'arbitres provenant de pays en développement. Pourtant, plus la diversité des arbitres sera assurée, plus les arbitres disponibles seront nombreux et moins les arbitres statuant sur plusieurs affaires à la fois seront mis en cause pour défaut d'indépendance et d'impartialité[860]. En ce sens, « un système judiciaire diversifié est une condition indispensable de toute démocratie »[861]. Par conséquent, l'arbitrage international en matière d'investissement aurait gagné en légitimité si les arbitres désignés étaient équitablement des femmes ou des hommes, issus de pays développés ou en développement. La diversité aurait apporté une nouvelle fraicheur à l'arbitrage d'investissement, les arbitres ayant chacun leur propre héritage culturel selon le pays dont ils ont l'origine. La diversité des arbitres aurait contribué à une meilleure représentation de la société internationale en matière d'investissement. Il aurait simplement suffit de laisser du temps pour que ces évolutions se mettent en marche et une tendance, en pratique, commençait d'ailleurs à témoigner d'une prise en considération du besoin de diversité.

(…)' »).

[857] G. VAN HARTEN, « The (Lack of) Woman Arbitrators in Investment Treaty Arbitration », *Colum.FDI. Persp*. 2012, n° 59, p. 1.

[858] M. BAKER et L. GREENWOOD, « Getting a Better Balance on International Arbitration Tribunals », *Arb.Int'.L.* 2012, vol. 27, p. 653-655. Cf I. TEN CATE, « Binders Full of Women … Arbitrators ? », *Int.Law.Grrls*, 2 novembre 2012. Cf également A.K. BJORKLUND, D. BEHN, S. FRANCK, C. GIORGETTI, W. KIDANE, A. DE NANTEUIL et E. ONYEMA, « The diversity deficit in international investment arbitration », *J.WORLD INV.&TRADE* 2020, vol. 21, p. 410-412.

[859] Cf notamment D. SONGER, K. CREWS-MEYER, « Does Judge Gender Matter ? Decision-Making in State Supreme Courts », *SSQ*, 2000, vol. 81(3), p. 750-762.

[860] Cf notamment S.A.F. HARIDI, « Towards Greater Gender and Ethnic Diversity in International Arbitration », *BCDR International Arbitration Review* 2015, vol. 2(2), p. 305-316.

[861] Centre for Int'l Cts & Tribunals, « Selecting International Judges : Principle, Process and Politics », *University College London, Discussion Paper*, 2008, vol. 37.

302. Une fois ces constats effectués, il convient de les nuancer. Le manque de présence féminine au sein des arbitrages internationaux en matière d'investissement n'est pas un constat réservé à l'arbitrage. Une récente étude de Mr. Grossman a démontré qu'au milieu de l'année 2015, la présence de femmes au sein de la Cour internationale de justice ne s'élevait qu'à 20 %, qu'à 5 % au sein du Tribunal international du droit de la mer (avec une femme juge sur 21 membres), qu'à 14 % au sein de la Cour de l'OMC (une femme membre sur 7 membres) et qu'à 18 % au sein de la CJUE[862]. La Chambre du commerce internationale détient le meilleur pourcentage avec 39 %, devançant la CEDH avec 33 %.

303. Les institutions d'arbitrage ont été appelées à participer à promouvoir la diversité des arbitres, en proposant dans la liste des arbitres (lorsque les parties ne s'entendent pas sur leur désignation) des arbitres femmes et des arbitres aux origines variées, issues des pays en développement. Pour un système de désignation désirant accroître la diversité des juges, il est à signaler que la liste du traité CETA n'est pas assez longue. Il aurait convenu de prévoir une liste contenant une centaine de personnes, pour ouvrir des panels à de nouvelles générations d'arbitres. Autrement et à terme, la liste pourra être perçue comme un nouveau « club ». En réalité, rien ne permet d'affirmer que le nouveau système de Cour multilatérale des investissements assurera plus de diversité géographique et genrée. Néanmoins, ne pas répondre à ces préoccupations liées au manque de diversité dans l'arbitrage d'investissement serait une erreur, car cela ne ferait que contribuer à accroître les frustrations à ce propos.

Une fois désignés, les membres du Tribunal CETA auront à trancher les litiges. En tout état de cause et nécessairement, le SJI sera amené à traiter de questions relevant du droit de l'Union européenne, de sorte que des tensions ne seront pas à exclure avec la CJUE.

---

[862] N. GROSSMAN, « Shattering the Glass Ceiling in International Adjudication », *VA. J. Int'. L* 2016, vol. 56, p. 213, Table 1, p. 350.

b. SJI et CJUE, lutte programmée

L'Union européenne se caractérise par une autonomie de son ordre juridique et est dotée d'un « cadre constitutionnel qui lui est propre »[863]. Dans l'optique de garantir le respect des dispositions de son droit, l'Union européenne s'est dotée d'une Cour, la CJUE[864]. L'attitude de la CJUE envers le SJI ne sera pas si harmonieuse (b.1), en dépit de ce qu'elle veut laisser entendre (b.2). Par conséquent, l'avenir même du système juridictionnel d'investissement pose question (b.3).

b.1. La CJUE face aux Cours supranationales concurrentes

304. Le strict respect de l'article 344 du TFUE sera essentiel à la cohabitation entre le SJI et la CJUE. L'article 344 du TFUE dispose que « (l)es États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux qui y sont prévus »[865]. Autrement dit, la CJUE conserve l'exclusive juridiction de traiter des litiges dans lesquels un Etat membre de l'Union européenne est partie et pour lesquels se pose une question d'interprétation et d'application du droit de l'Union européenne[866]. En application de cet article, il existe une impossibilité *prima facie* de consacrer une autre juridiction internationale qui viendrait rendre des jugements en se fondant sur le droit de l'Union européenne. Ce monopole de juridiction vise à garantir l'uniformité de l'interprétation du droit de l'Union européenne. Progressivement, la CJUE a consenti quelques concessions et a accepté la possibilité de création, par les autres organes de l'Union européenne, d'autres Cours

[863] Avis 1/17, point 110 et cf D. SIMON, « Rapport général. Les fondements de l'autonomie communautaire », *in Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, SFDI Paris, Pedone 2000, p. 207-250.

[864] Avis 2/13, point 246.

[865] Treaty Establishing the European Community (Consolidated Version 2002), OJ C 325, 24 décembre 2002, p. 33-184.

[866] CJUE, Opinion 1/19 (EEA 1) (1991) ECR I-60709, § 35. Cf H. SCHERMERS, « Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 december 1991, Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1991 », *CMLR* 1992, vol. 29(5), p. 991 ; B. BRANDTNER, « The Drama of the EEA – Comments on Opinions 1/91 and 1/92 », *EJIL* 1992, vol. 3 (2), p. 300.

internationales. Ces concessions sont restées limitées. La CJUE a maintenu sa volonté d'être seule interprète du droit de l'Union européenne et ce faisant, a restreint les fonctions de ces institutions juridictionnelles concurrentes. Gardienne du système juridique de l'Union européenne, la CJUE ne peut « pas accepter que des notions juridiques de l'UE puissent être interprétées par des tribunaux autres (que la CJUE) pour la seule raison que ces notions figurent également dans l'Accord sur l'espace économique européen »[867]. L'autonomie du droit de l'Union européenne est une valeur qu'elle protège.

305. L'Union européenne perdrait de sa crédibilité sur la scène internationale, si elle ne pouvait pas acquiescer à des dispositifs de règlements des contentieux. Dans le cadre des négociations portant sur les accords de Marrakech et dans le cadre de plusieurs avis de la CJUE, il a bien été énoncé que « la compétence de l'Union en matière de relations internationales et sa capacité de conclure des accords internationaux comportent nécessairement la faculté de se soumettre aux décisions d'une juridiction créée ou désignée en vertu de tels accords, pour ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions »[868]. Malgré tout, la CJUE s'est souvent retranchée sur le principe d'autonomie du droit de l'Union pour nier la force de certaines juridictions internationales susceptibles d'interpréter ou d'appliquer le droit de l'Union. Ce fut notamment le cas dans le cadre de l'avis 1/91 dans lequel la CJUE a jugé que le premier projet de traité instituant l'espace économique européen (EEE) et prévoyant l'édification d'une juridiction compétente pour régler des différends visant des Etats membres ou pour interpréter des dispositions similaires au droit européen ne pouvait pas être compatible avec le droit primaire[869].

---

[867] H. SCHERMERS *préc.*, p. 1005.

[868] Avis 1/17, point 106, cf également l'avis 2/13, point 182, l'avis 1/09, point 74 et l'avis 1/91 sur l'Accord sur l'Espace économique européen.

[869] Avis 1/91, points 30 à 35.

306. De même, dans l'avis 1/09, la CJUE a jugé la création d'une juridiction européenne du brevet, par un accord international, incompatible avec le droit primaire, cette juridiction étant susceptible d'interpréter et d'appliquer non seulement les dispositions du traité, mais également le droit européen[870]. La CJUE considère que si une juridiction internationale devient apte à interpréter et appliquer le droit européen, elle se substituera aux juridictions nationales des Etats membres qui ne pourront pas lui poser de questions préjudicielles[871]. Le droit européen serait alors soumis à la libre interprétation de ces nouvelles juridictions[872]. Par conséquent, la CJUE a refusé la première version du projet d'une Cour européenne des brevets, car celle-ci aurait eu une compétence exclusive en la matière, ce qui aurait rompu le rôle d'interlocuteur des Cours nationales avec la CJUE.

307. L'Opinion 1/76 sur le « Fund Tribunal » illustre l'attitude que pourrait avoir la CJUE à propos de la création d'une Cour internationale d'investissement[873]. En l'espèce, il s'agissait d'un accord international conclu entre la Communauté européenne, six Etats membres et la Suisse afin de contrôler le surplus de transport de biens dans les voies navigables entre le Rhin et le Bassin de la Moselle, en retenant temporairement la capacité de transport moyennant compensation financière. Pour fournir cette compensation, un « Fund » avait été envisagé, sous la supervision d'un « Board of Management » et d'un « Fund Tribunal », composé d'un juge suisse et de six juges nommés par la CJUE parmi ses membres. Ce « Fund Tribunal » aurait eu un pouvoir d'interprétation de l'accord, d'annulation de procédures, de sorte que selon les observations de la Commission européenne, la CJUE et le « Fund Tribunal » auraient eu des juridictions parallèles sur des thèmes régis par l'accord[874]. La CJUE a estimé que ce « Fund Tribunal » n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne, car il pouvait potentiellement conduire à la consécration d'interprétations juridiques différentes. A l'instar d'une Cour nationale, la CJUE cherche

---

[870] Point 78.

[871] Dispositif prévu au titre de l'article 33 de la CEDH.

[872] Cf Avis 2/13, points 201 à 214.

[873] CJUE, Opinion 1/76 (*Inland Waterways*) (1977) ECR 741.

[874] *préc*., § 19.

avant tout à sauvegarder ses propres normes. La CJUE consentira à la création d'une Cour supranationale si et seulement si, elle obtient les garanties que les principes fondamentaux et droits de l'Union européenne seront préservés. A ce propos, la Commission européenne avait tenté de rassurer la CJUE sur la possibilité qui serait accordée à la Cour internationale du brevet de poser, à l'instar des juridictions nationales, une question préjudicielle. Cependant, la CJUE avait affiché sa méfiance quant au danger du refus de la juridiction spécialisée du brevet de poser une telle question.

308. A ses détracteurs, la CJUE rappelle que sa compétence exclusive garantit l'égalité et l'uniformité, tous les Etats membres devant s'y conformer et se soumettre à ses exigences et interprétations. A l'image des systèmes juridictionnels nationaux, une juridiction suprême doit veiller à l'uniformité sur le territoire national du droit interne. C'est l'approche du « Lord of the Rings », « one Court to rule them all ».

b.2. L'Opinion relative au système juridictionnel d'investissement, un trompe-l'œil

309. L'Opinion 1/17 du 30 avril 2019 a été rendue en Assemblée plénière, à la suite d'une demande formulée par l'Etat belge à propos de la question de savoir si le SJI pouvait cohabiter avec la CJUE. Cette opinion fait suite aux multiples réserves apportées par le ministre-Président Paul Magnette et le Parlement régional de Wallonie sur l'arbitrage d'investissement[875]. La Belgique avait assujetti la signature du Traité CETA à la création d'un SJI et à la demande d'avis du gouvernement auprès de la CJUE sur la conformité du SJI au droit primaire de l'Union européenne.

310. Contrairement à la vision adoptée dans l'Opinion 2/13, la CJUE a estimé que le Chapitre 8 du CETA était compatible avec le droit primaire européen, en ce que le SJI préservera suffisamment l'autonomie

[875] Dans sa formulation d'avis, l'Etat belge avait énoncé ses doutes quant au respect de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne et l'adhésion, de l'Union européenne au tribunal du CETA. Selon la Belgique, une telle participation pourrait remettre en considération l'autonomie d'interprétation du droit de l'Union européenne et l'autonomie d'action de ses institutions.

du droit de l'Union européenne[876]. La CJUE a rappelé que le SJI ne sera pas compétent pour formuler des interprétations définitives du droit de l'Union européenne et sera simplement compétent pour interpréter les dispositions du traité CETA. Les pouvoirs d'interprétation et d'application du SJI se limiteraient aux seules dispositions conventionnelles de l'accord. Il ne s'agirait donc pas d'une juridiction concurrente[877]. Autrement dit, si la CJUE consent au SJI, c'est essentiellement parce que le Tribunal CETA s'assimilerait plutôt à une Cour de justice de l'Union européenne spécialisée en matière d'investissement. Respectant l'article 19 § 3 du TUE, le SJI ne tranchera que les litiges relatifs à la circulation de capitaux entre l'Union européenne et le Canada et non entre les seuls Etats membres, de sorte que le droit primaire ou dérivé de l'Union européenne ne fera l'objet d'aucune interprétation ou application.

311. La CJUE a déjà affirmé que tout accord international venant créer une juridiction internationale n'était pas contraire au droit de l'Union européenne. Mais son désir de préserver l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne a toujours prédominé, comme en attestait l'Opinion 2/13 dans laquelle ont été durcies les conditions de participation de l'Union à une juridiction internationale. Dans cette Opinion, la CJUE a affirmé qu' « un accord international prévoyant la création d'un tribunal chargé de l'interprétation de sa disposition et dont les décisions sont contraignantes pour l'Union européenne est, en principe, compatible avec le droit de l'Union. En effet, la compétence de l'Union européenne dans le domaine des relations internationales et sa capacité à conclure des accords internationaux entraînent nécessairement le pouvoir de se soumettre aux décisions d'un tribunal créé ou désigné par de tels accords en ce qui concerne l'interprétation et l'application de leurs dispositions »[878], avant de poser des conditions.

---

[876] « Il s'ensuit que l'AECG, en ce qu'il prévoit […] une judiciarisation du règlement des différends entre les investisseurs et les États par l'instauration d'un tribunal et d'un tribunal d'appel de l'AECG et, à plus long terme, d'un tribunal multilatéral des investissements, ne peut être compatible avec le droit de l'Union qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union » (§ 108).

[877] « Il résulte de ces éléments que le droit de l'Union ne s'oppose ni à ce que le chapitre huit, section F, de l'AECG prévoit la création d'un tribunal, d'un tribunal d'appel et, ultérieurement, d'un tribunal multilatéral des investissements ni à ce qu'il leur confère la compétence pour interpréter et appliquer les dispositions de l'Accord à l'aune des règles et des principes de droit international applicables entre les parties » (§ 118).

[878] Avis 1/17, point 107.

La Cour internationale ne devra pas affecter l'autonomie de l'ordre légal de l'Union européenne, autrement dit elle devra respecter les acquis européens (liberté, démocratie, droits fondamentaux …). Surtout, la Cour internationale ne devra en aucune façon et, sous aucune circonstance, interpréter le droit de l'Union européenne. La CJUE a estimé conforme la création du SJI avec la charte des droits fondamentaux, en s'appuyant sur la présomption que le SJI se fondera sur la jurisprudence de la CJUE et que les parties ne violeront pas cette Charte.

312. Contrairement à ce qu'un tribunal arbitral pourrait être amené à faire, le traité CETA n'a prévu aucune disposition permettant au Tribunal CETA de prendre en considération « (le) droit en vigueur de la partie contractante concernée ». Le droit national ne sera interprété par ce Tribunal que comme une simple question de fait. Ce faisant, l'appréciation d'une règle de droit interne ou d'une règle européenne par le SJI « ne saurait être assimilé[e] à une interprétation, par le Tribunal de l'AECG, de ce droit interne, mais consiste, au contraire, en une prise en compte de ce droit en tant que question de fait, ce tribunal étant, à cet égard, tenu de suivre l'interprétation dominante dudit droit donnée par les juridictions et les autorités de ladite partie et ces juridictions ainsi que ces autorités n'étant, au demeurant, pas liées par le sens qui serait donné à leur droit interne par ledit tribunal »[879]. Autrement dit, les juridictions nationales et la CJUE ne seront pas liées par les interprétations du SJI. Comme cela a été énoncé dans l'avis 2/13, l'autonomie d'interprétation du droit de l'Union européenne serait remise en cause « s'il n'était pas permis à la Cour de fournir l'interprétation définitive du droit dérivé et si la Cour européenne des droits de l'Homme, dans son examen de la conformité de ce droit avec la CEDH, devait fournir elle-même une interprétation donnée parmi celles qui sont plausibles »[880]. Un lien a été établie entre appréciation et interprétation, connexion pourtant exclue dans l'opinion 1/17 dans laquelle la CJUE a déclaré que le contrôle par le tribunal de « la conformité avec l'AECG de la mesure contestée par l'investisseur qui a été adoptée par (…) l'Union (…) ne saurait être assimilée à une interprétation, par le Tribunal de l'AECG,

[879] Avis 1/17.

[880] L'avis 2/13 portait sur le projet d'accord relatif a l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et, au mécanisme de contrôle du respect des Etats parties des dispositions présentes dans cette Convention. La CJUE a estimé que cet accord d'adhésion n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne, parce que cette adhésion porterait atteinte à l'autonomie du droit de l'Union.

de ce droit interne, mais consiste, au contraire, en une prise en compte de ce droit en tant que question de fait ». Si le Tribunal CETA aura compétence, en application de l'article 8/28 § 2 du CETA, pour constater la présence d' « erreurs manifestes dans (…) l'appréciation du droit interne », une telle faculté ne lui attribuera pas pour autant « une compétence d'interprétation du droit interne ». Le Tribunal CETA pourrait avoir une autorité amoindrie. Ses arrêts n'auraient pas d'effet contraignant pour les autorités et juridictions de l'Union, mais seulement pour l'Union en tant que Partie au litige. L'interprétation ne liera pas l'Union en ses organes normatifs.

313. Dans son Opinion 1/17, la CJUE a validé la mise en œuvre du tribunal CETA, s'ouvrant nettement à la concurrence juridictionnelle[881]. Cette politique de faveur envers le tribunal CETA se justifie essentiellement par des motifs économiques, l'Union européenne se montrant plus soucieuse de préserver les intérêts économiques que les intérêts civils et politiques. La validation du SJI marque la fin de la vision moniste de la jurisprudence de la CJUE dans les relations entre le droit international et le droit de l'Union européenne[882]. Désormais, la vision dualiste est privilégiée. Si l'avis avait été négatif, l'avenir du traité CETA tout entier aurait été en péril. Même s'il ne s'agissait que d'un avis, l'article 218 § 11 du TFUE énonce qu' « en cas d'avis négatif de la Cour, l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités ». Réviser le traité CETA aurait été complexe, tant ses controverses avaient déjà causé des retards de transposition. L'impatience du Canada, face à tant d'années d'incertitudes européennes, aurait pu coûter l'avenir du traité.

314. Pour autant, la position de la CJUE n'est pas réaliste, lorsqu'elle affirme que le Tribunal CETA n'interprétera ou n'appliquera pas le droit de l'Union. En appliquant et interprétant seulement les dispositions du CETA, les juridictions d'investissement ne viendront-elles pas, en même temps, interpréter et appliquer le droit de l'Union, tant il existe des similitudes entre les deux ? Dans son avis, la CJUE a

---

[881] Cf L. CASTELLARIN, « Quelle politique juridique extérieure de l'Union en matière de règlement des différends investisseur-Etat après l'avis 1/17 ? », *RAE-LEA* 2020, vol. 4, p. 881.

[882] CJCE, 26 octobre 1982, *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, aff. C-104/81.

reconnu que le tribunal CETA risquait d'avoir connaissance du droit de l'Union européenne. Nécessairement, le SJI sera amené à répondre à des questions relevant du droit de l'Union européenne, puisque le droit des investissements fait désormais partie des prérogatives et attributions de l'Union. Les Etats membres devront respecter les décisions du Tribunal CETA, alors même qu'un appel de celles-ci ne sera pas possible devant les juridictions internes. Dès lors, si le Tribunal CETA n'interprète pas correctement les acquis du droit européen, les Etats membres devront juguler la décision rendue de son inévitable conformité avec le droit européen. La CJUE a noté que le Tribunal, « lorsqu'il sera amené à examiner la conformité avec l'AECG de la mesure contestée par l'investisseur qui a été adoptée par l'Etat d'accueil de l'investissement ou par l'Union, devra inévitablement procéder (…) à un examen de la portée de ladite mesure »[883]. Mais pour la CJUE, le tribunal CETA prendra en compte le droit de l'Union européenne simplement en tant que fait. Une telle formulation est obscure. Que signifie réellement prendre le droit comme un « problème de fait » ? Et qu'adviendra-t-il si le Tribunal CETA interprète le droit de l'Union européenne comme un « problème de fait », mais l'interprète mal ? La Cour permanente de justice internationale a déclaré qu' « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'autorité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »[884]. Si le sens donné au droit interne par le tribunal CETA devra correspondre à « l'interprétation dominante donnée en droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie », il y aura malgré tout une interprétation du droit de l'Union européenne.

315. Une distinction est opérée entre « prise en compte » et « interprétation » du droit de l'Union européenne. Pour prendre en compte, ne faut-il pas interpréter ?[885] Dans l'arrêt Achmea, une simple « prise en compte » du droit de l'Union européenne par les tribunaux arbitraux n'avait-elle pas été condamnée,

---

[883] Avis 1/17, § 131.

[884] CPJI, arrêt n° 7 (Série A) du 25 mai 1926, à propos de la Haute Silésie Polonaise, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, p. 19.

[885] B. TRANCHANT, *Avis 1/17 : Une interprétation conciliante de l'autonomie du droit de l'UE au secours du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements de l'AECG*, Bruylant 2020, p. 361.

en ce que cette prise en compte aurait conduit les arbitres à « interpréter » le droit de l'Union européenne ? La contradiction est flagrante. Pour la CJUE (et elle l'a énoncé dans son Avis 1/17), le Tribunal CETA, en application de l'article 8.31 § 2 du CETA, statuera « sur la conformité d'une mesure au présent accord (et pourra) tenir compte, s'il y a lieu, du droit interne d'une Partie en tant que question de fait (…). Dans un tel cas, le Tribunal suit l'interprétation dominante donnée au droit interne par les juridictions ou les autorités de cette Partie, (tandis que) le sens donné au droit interne par le Tribunal ne lie pas les juridictions et les autorités de cette Partie ». Une question se pose. Que faire en l'absence d'interprétation dominante ? Conviendra-t-il d'accorder les pleins pouvoirs au Tribunal CETA pour l'interprétation à retenir ? Le tribunal CETA affectera l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne, puisqu'en application de l'article 8.31 § 2 du CETA, le tribunal CETA pourra donner un sens à une règle de droit de l'Union si « aucune indication à cet égard ne figure dans l'ordre juridique de l'Union ». Or, comme l'a énoncé la CJUE dans son avis 2/13, autoriser une juridiction internationale de se prononcer sur « la question de savoir si la Cour s'est déjà prononcée sur la même question de droit (…) reviendrait à lui attribuer la compétence pour interpréter la jurisprudence de la Cour ».

Toutes ces incertitudes attestent d'une mise en place étriquée d'un SJI dont l'avenir pose déjà question.

b.3. Un échec attendu

316. Rejeter des centaines de traités d'investissement revient à porter atteinte à la civilisation même, en atteignant un droit international établi entre des Etats de façon consensuelle. La proposition d'une Cour publique d'arbitrage n'est pas adaptée, car elle contient en soi le retour au spectre de la politisation, de la bureaucratie du règlement des conflits en matière d'investissements internationaux. Dans un célèbre

article d'Ibrahim F.I Shihota datant de 1986, il a été mentionné que l'avantage le plus saillant de l'arbitrage d'investissement résidait justement dans celui de « dépolitiser » les litiges, en offrant aux justiciables une justice privée neutre, flexible et adaptée[886].

317. L'échec du SJI est crédible. Les tribunaux de première instance auraient dix-huit mois pour statuer, là où la juridiction d'appel du tribunal international d'investissement n'aurait que 124 jours (270 jours si les nécessités l'exigent et sous conditions). Alors qu'un arbitrage international en matière d'investissement n'aboutit généralement à une sentence arbitrale définitive qu'après trois à quatre années de procédure, les délais prévus par le CETA semblent extrêmement ambitieux. Seront-ils réellement respectés ? Comment s'en assurer et qu'adviendra-t-il en cas de dépassement ? Il est important de prendre en considération le fait que les litiges entre investisseurs et Etats donnent lieu à une documentation abondante et à la présentation de nombreuses pièces que les juges devront analyser. Les Etats, assignés par plusieurs investisseurs à la fois, ne seront peut-être pas capables de répondre à toutes les prétentions portées à leur connaissance dans les limites des délais fixés. De plus, dans une approche financière, le SJI sera complexe à mettre en place, chacun des Etats membres devant y contribuer de manière équitable. Les écueils financiers abondent déjà en ce qui concerne les Cours existantes. Entre la Cour internationale de justice,

---

[886] I. F.I. SHIHATA, « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA », *ICSID Rev. – Foreign Investment L. J*. 1986. Cf également du même auteur, « Introduction by the Secretary General », *ICSID 1984 Annual Report*, 1984 ; S. PUIG, « Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration and International Investment Law », *Georgetown J. Int'l L.* 2013, vol. 44, p. 531 ; S. FRANCK, « The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards », *Virginia J. Int'l L* 2011, vol. 51(4), p. 825, 833–834 ; S. FRANCK, « Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration », *Harvard Int'l L. J*. 2009, vol. 50, p. 435-442 ; M. PAPARINSKIS, « The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration », *in* J. CRAWFORD et S. NOUWEN (eds.), *Selected Proceedings of the European Society of International Law*, 2010 ; M. REISMAN, « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration », *Duke L. J.* 1989, vol. 4, p. 739-750 ; E. LAUTERPACHT, «Foreword », *in The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 2009 ; CH. SCHREUER, « Investment Protection and International Relations », *in* A. REINISCH et U. KRIEBAUM (eds.), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Eleven International Publishing 2007, p. 345-347 ; Cf M. RYAN, « Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Stability and Legitimacy of International Investment Law », *U. Pennsylvania J. Int'l L*. 2008, vol. 29, p. 725-734 ; CH. SCHREUER, « Do We Need Investment Arbitration? », *TDM* 2014, p. 11 (1) ; cf J. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), « Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap », *in Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System - Journeys for the 21st Century*, TDM-OGEMID and Brill Nijhoff, 2015. Cf enfin sent. CIRDI, 1er septembre 2000, *Banro American Resources, Inc. & Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL c. Congo*, aff. n° ARB/98/7, § 17, 19 ; sent. CIRDI, 15 janvier 2008, *Corn Products International, Inc. c. Mexique*, aff. n° ARB(AF)/04/1, Separate Opinion of Andreas F. Lowenfeld, § 1 ; Equateur c. Etats-Unis d'Amérique, PCA aff. n° 2012-5, Michael Reisman's Opinion with respect to jurisdiction, 24 avril 2012, § 37.

la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour pénale internationale ou les Cours de la Haye, ce sont plusieurs centaines de millions de dollars qui sont investis chaque année par les Etats, qu'ils participent ou non aux instances pendantes devant celles-ci[887].

318. Si l'échec de la réforme est prévisible, les effets dominos sont également très attendus. En février 2016, le Lobby européen de l' « Industrie Business Europe » à la Commission européenne, a rappelé l'importance du maintien de l'arbitrage d'investissement. Ce maintien se justifie par le fait que les systèmes judiciaires des Etats peuvent susciter des préoccupations en termes de lenteur des procédures, de qualité du système judiciaire et de perception de l'indépendance judiciaire, pointant ainsi du doigt certains pays nouvellement entrant d'Europe centrale et orientale. Ces préoccupations se retrouveront au sein du SJI. Par ailleurs, il a été dénombré de plus en plus d'investissements à l'étranger et, dans le même temps, il a été constaté une augmentation du nombre d'accords d'investissement contenant une clause d'arbitrage. Un lien objectif explique cette concordance.

319. Renoncer à l'arbitrage d'investissement rendra, pour les Etats membres de l'Union européenne, périlleuse la conclusion de convention d'arbitrage dans les relations d'affaires internationales en cours et à venir avec leurs partenaires extérieurs. La mise au ban de l'arbitrage d'investissement dans l'Union européenne aura des répercussions désastreuses sur l'arbitrage d'investissement dans le monde. Les Etats en développement pourront, à leur tour, s'opposer à son application, si bien que les investisseurs privés européens perdront un gage de sécurité inestimable et seront découragés à investir hors de leurs frontières. La qualité d'un système judiciaire influence l'arrivée d'investisseurs privés étrangers. Dans une récente étude du Fonds Monétaire International (FMI), à propos du système judiciaire italien, il a été fait état que « l'inefficacité du système judiciaire italien a contribué à la réduction des investissements, au

[887] C. ROMANO, « The Price of International Justice », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2005, vol. 4(2), p. 281. Cf également M. HODGSON, « Costs in Investment Treaty Arbitration : The Case for Reform », *TDM* 2014.1 et du même auteur, « Counting the costs of investment treaty arbitration », *GAR News*, 24 mars 2014, Table 2.

ralentissement de la croissance et à un environnement commercial difficile »[888]. Rien ne permet de garantir que le SJI rassurera les investisseurs privés étrangers autant que les Etats.

320. Par conséquent, il est à se demander s'il était réellement judicieux de remplacer l'arbitrage d'investissement par un SJI, surtout dans une période de crise économique encore plus accrue en ces temps COVID, dans une Europe dépendante d'investissements étrangers. Les investissements directs étrangers sont l'un des moteurs phares de la compétitivité et de l'économie européenne[889], l'Union européenne étant le plus grand investisseur et importateur d'IDE du monde[890]. D'ailleurs aujourd'hui, de plus en plus de Parlements nationaux refuseraient de ratifier le traité plurilatéral, en ces temps où plus que jamais, les investissements internationaux s'avèrent indispensables. En ce sens, la Cour constitutionnelle allemande a été saisie d'un recours visant à interdire l'Etat allemand de signer l'accord. Devant ces défiances et face à la protestation de communauté arbitrale et des investisseurs, la Commission européenne a lancé, en mai 2020, une consultation publique afin d'évaluer le tableau actuel de la protection des investissements en droit européen.

§2 : Les pistes procédurales occultées

Un mécanisme d'appel des sentences arbitrales aurait pu répondre aux insatisfactions quant à l'impossibilité de les rectifier et à l'incohérence de solutions arbitrales entre elles. La légitimité des sentences arbitrales, en présence d'un appel, aurait pu s'accroître (1). D'autres propositions annexes auraient pu

---

[888] G. ESPOSITO, S. LANAU et S. POMPE, « Judicial System Reform in Italy – A Key to Growth », *IMF Working Paper*, 2014.

[889] F. UZKOVITZ et al., « Steps Towards a Depper Economic Integration : The Internal Market in the 21st Century », *in European Economy : European Commission Economic Papers,* janvier 2007, p. 8.

http://ec.europa.eu/economy_finance/pulications/publication784_en.pdf.

[890] Economic and Financial Affairs : Foreign Direct Investment, European Commission,

http://ec.europa.eu/conomy_finance/international/globalisation/fdi/index_en.htm (27 octobre 2014).

être développées, notamment le recours à une médiation préalable obligatoire ou l'admissibilité, pour un tribunal arbitral, de saisir la CJUE dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel (2).

1) Proclamation d'un appel obligatoire dans l'arbitrage d'investissement

Plusieurs gouvernements nationaux ont milité pour l'instauration d'un mécanisme d'appel au sein du groupe de travail III. Il peut être fait mention du Maroc[891], de l'Equateur[892], de la Chine[893], de l'Afrique du Sud[894], de Bahreïn[895], du Chili[896], d'Israël[897] ou encore du Japon[898] et de l'Union européenne et ses Etats membres[899]. L'Union européenne est même allée plus loin que simplement demander la création d'un mécanisme d'appel, en demandant en plus la création d'une Cour permanente multilatérale des investissements[900]. L'Union européenne insistant sur le fait qu' «13. Un mécanisme permanent devrait avoir deux niveaux de décision. Un tribunal de première instance connaîtrait des litiges. Il procéderait, comme les tribunaux arbitraux le font aujourd'hui, à l'établissement des faits, puis appliquerait le droit applicable aux faits. Il s'occuperait également des affaires qui lui seraient renvoyées par le tribunal d'appel lorsque le tribunal d'appel ne pourrait pas statuer sur l'affaire. Elle aurait son propre règlement intérieur » et ajoutant qu' « 14. Un tribunal d'appel connaîtrait des appels du tribunal de première instance.

---

[891] 37e session, 4 mars 2019.

[892] 37e session, 17 juillet 2019.

[893] 38e session, 31 juillet 2019.

[894] 37e session, 17 juillet 2019.

[895] 37e session, 29 août 2019.

[896] 37e session, 15 mars 2019.

[897] 37e session, 15 mars 2019.

[898] 37e session, 15 mars 2019.

[899] 37e session, 24 janvier 2019.

[900] Cf M.W. SWINEHART, « Institutionalism, legitimacy, and fact-finding in international disputes », *Fla.St.U.L.Rev* 2020, vol. 47, p. 279, 287-290, 299 et 303-305.

Les motifs d'appel doivent être une erreur de droit (y compris des vices de procédure graves) ou des erreurs manifestes dans l'appréciation des faits. Il ne devrait pas procéder à un examen de novo des faits. 15. Des mécanismes permettant de s'assurer que la possibilité d'appel n'est pas abusive devraient être inclus. Ceux-ci peuvent inclure, par exemple, l'exigence d'une garantie pour le paiement des coûts ». L'Union Européenne a procédé de la même manière dans les accords conclus avec le Canada[901], le Mexique[902], le Vietnam[903] et Singapour[904].

En principe, les décisions du CIRDI ne sont pas contestables, sauf en cas de corruption ou si des faits nouveaux sont ultérieurement révélés. Aucun recours contre celles-ci n'est recevable par un juge étatique. L'article 54 de la convention de Washington oblige les Etats contractants à reconnaitre le caractère obligatoire des sentences CIRDI et à assurer l'exécution des obligations pécuniaires qui en découlent, « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ». Les sentences CIRDI sont obligatoires et sans recours possible, excepté le recours au Comité ad hoc qui, à l'instar de la Cour de cassation française, tranche en droit et non en fait[905]. Malgré tout, quelques modes de recours ont tenté de se faire une place, sans constituer un appel véritable (a). Dans une période de crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement, traversée par des contestations sur des sentences considérées comme mal fondées, l'absence d'appel au sein du système CIRDI ne se justifie plus (b).

---

[901] Articles 8.27 et 8.28 du CETA.

[902] Article 14 de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique.

[903] Articles 3.38 et 3.39 de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam.

[904] Articles 3.9 et 3.10 de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour.

[905] Il peut être mentionné que le 27 septembre 1978, le Secrétariat du CIRDI avait adopté le Règlement du « Mécanisme supplémentaire » pour l'arbitrage entre Etats et investisseurs étrangers n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention de Washington (l'Etat ou l'investisseur n'étant pas un ressortissant d'un Etat partie). Dans les hypothèses où des Etats ne seraient pas parties à la Convention de Washington, mais auraient bénéficié du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, le Secrétariat du CIRDI est autorisé à administrer des procédures de contestation des faits, des procédures de conciliation et d'arbitrage. J. PAULSSON, dans le cadre d'une consultation lancée en décembre 2004 par le Comité de l'investissement auprès du BIAC, de la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE (TUAC), avait alors proposé pour uniformiser le traitement de l'administration des litiges par le CIRDI, de prévoir la révision en créant une « facilité additionnelle d'annulation ». Cela aurait eu pour optique d'offrir aux Etats non-membres de la Convention de Washington d'avoir également accès au régime d'annulation indépendant du CIRDI.

a. L'appel, entre apparence et faux semblant

Des brèches se sont entrouvertes, pour laisser un certain espace à une remise en cause des sentences arbitrales prononcées. Qu'il s'agissent des voies de recours destinées à annuler une sentence, à éluder les vices de forme ou encore à signifier l'interprétation à en retenir, aucune de ces voies ne constitue un appel (a.1). De surcroît, le traité CETA ne répond pas avec netteté à son ambition d'une procédure d'appel dans les litiges relatifs aux investissements internationaux (a.2).

a.1. Une procédure distincte d'autres recours

La procédure d'appel ne doit être confondue ni avec le recours en annulation, ni avec le recours préalable CCI ni même avec les recours en interprétation ou en révision. En effet, aucun de ces recours n'est destiné à amender le fond d'une sentence arbitrale rendue.

321. Appel et recours en annulation. Au sein du système CIRDI, la procédure d'annulation est institutionnalisée. Le recours en annulation est mis à la connaissance d'un Comité ad hoc, spécialement constitué, composé de trois membres n'ayant pas intégré le tribunal arbitral. Les membres de ce Comité sont proposés par les parties et possèdent l'autorité d'annuler, en totalité ou en partie, une sentence CIRDI. Les parties ont 120 jours pour faire un recours[906]. Si, au cours de ces dernières décennies, le nombre d'arbitrage d'investissement s'est multiplié, il en est de même à propos des demandes d'annulation, avec une augmentation de 93 % en dix ans. D'après les chiffres, près de 25 % des demandes d'annulation ont

[906] Article 52(2) de la Convention CIRDI.

été reçues favorablement[907]. La première décision d'annulation d'une sentence arbitrale par le Comité ad hoc du CIRDI date d'octobre 1983, avec l'affaire Klöckner c. Cameroun[908].

322. L'article 53 de la convention de Washington dispose que les sentences CIRDI « ne peu(ven)t faire l'objet d'aucun recours ». Si la convention de Washington prévoit cette mesure hydragogue, à savoir la procédure d'annulation, il convient de ne pas l'assimiler à un mécanisme d'appel. Le recours en annulation ne peut conduire qu'à l'annulation de la sentence ou d'une partie de celle-ci. Il n'a pas vocation à amender une sentence arbitrale[909]. Le Comité ad hoc n'est pas une juridiction d'appel, puisqu'il n'a pas pour objet de remplacer le raisonnement de la sentence arbitrale par le sien, ni de réviser au fond une sentence arbitrale. Le Comité ad hoc « peut détruire une chose jugée (*res judicata*), mais ne peut pas en créer une nouvelle »[910]. Au sein du système traditionnel du CIRDI, lorsqu'une sentence est annulée par le Comité ad hoc, les parties pourront simplement soumettre le différend à l'arbitrage, en constituant un nouveau tribunal arbitral[911].

---

[907] D. CARON, « Framing the Work of ICSID Annulment Committees », *World.Arb.Mediation Rev*. janvier 2012, vol. 6, p. 173-180.

[908] Sent. CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others c. United Republic of Cameroun and Société Camerounaise des Engrais*, aff. n° ARB/81/2.

[909] Cf en ce sens sent. CIRDI, *CDC Group plc c. République des Seychelles*, aff. n° ARB/02/14. Le Comité ad hoc a souligné que « les décisions d'annulation de deuxième et troisième générations (MINE, Vivendi et Wena Hotels en sont les exemples publiés) ont encore cristallisé la proposition désormais généralement acceptée selon laquelle 'l'annulation n'est pas un recours contre une décision incorrecte (…) Les comités ad hoc ne révisent les procédures arbitrales que dans la mesure où elles garantissent leur équité fondamentale, en évitant toute tentation de «remettre en cause» leurs résultats sur le fond » (§ 35, 11 ICSID Rep.249). Cf sent. CIRDI, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou*, aff. n° ARB/03/4 : « (c)ela ne fait pas partie des fonctions du Comité qui consiste à réviser la décision elle-même (…), encore moins à substituer ses propres vues à celles du Tribunal, mais simplement à décider si la manière dont le Tribunal a exercé ses fonctions répondait aux exigences de la convention CIRDI » (§ 97).

[910] CH. SCHREUER et al., *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 901.

[911] C'est d'ailleurs ce qu'énonce l'article 52(6) du CIRDI.

Le Comité ad hoc ne reçoit les demandes de recours en annulation que si l'un des cinq motifs d'annulation est rempli, à savoir un vice dans la constitution du tribunal ; un excès de pouvoir manifeste du tribunal ; la corruption d'un membre du tribunal ; l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; ou le défaut de motifs[912]. La corruption d'un membre du tribunal peut être active ou passive. Un tribunal arbitral peut être perçu comme ayant excédé ses pouvoirs de manière manifeste, notamment lorsqu'il outrepasse sa compétence octroyée par la Convention de Washington. L'excès est manifeste « quand il est évident par lui-même à la simple lecture de la sentence, c'est-à-dire même avant tout examen détaillé de son contenu »[913], « (…) s'il peut être décelé sans grand effort et sans une analyse approfondie »[914]. En ce qui concerne l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure, les Comités ad hoc d'annulation considèrent qu'une règle est fondamentale, dès lors qu'elle concerne des principes essentiels de la procédure arbitrale, comme les principes de bonne foi, d'impartialité, de respect du contradictoire, d'égalité de traitement entre les parties … Pour que l'entrave à cette règle soit « grave », elle doit être sérieuse, concrète et priver une partie de la protection que garantissait cette règle. Le caractère substantiel de l'entrave est exigé. Le défaut de motifs concerne la carence de toute motivation dans la sentence arbitrale. C'est le cas lorsqu'un tribunal arbitral précise, dans sa sentence, les conclusions apportées par les parties et en vient directement à énoncer la solution, sans en préciser les tenants et les aboutissants. Ce cas d'annulation peut poser problème, car un Comité ad hoc n'a pas vocation à statuer sur le fond d'une sentence arbitrale[915]. L'article 52 (1) de la convention de Washington ne vise que l'absence de motif. Mais le Comité a déjà eu l'occasion d'énoncer qu'une sentence arbitrale peut être annulée, lorsqu'elle donne des motifs « superficiels, contradictoires, insuffisants ou inadéquats pour parvenir

---

[912] Article 52 de la Convention CIRDI.

[913] DCAH, 8 janvier 2007, *Repsol YPF Ecuador c. Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petroecuador)*, § 36, *JDI* 2008.319.

[914] CH. SCHREUER et al, *The ICSID Convention. A Commentary*, *op. cit.*, p. 938, § 135.

[915] Ce fut par exemple le cas dans la sentence CIRDI, 3 juillet 2002, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, aff. n° ARB/97/3 (« *Vivendi c. Argentine* »). En l'espèce, il était question d'une clause-parapluie insérée dans un TBI et prévoyant que chaque partie était tenue de respecter les engagements qu'elle avait souscrit. Le Comité ad hoc avait estimé que le tribunal arbitral n'avait pas suffisamment motivé sa sentence et avait conclu en un défaut de motifs, alors qu'en réalité, les motifs étaient simplement peu étendus. Il n'y avait pas de défaut de motifs, puisqu'il n'y avait pas d'absence totale de motivation.

à la solution donnée par la sentence ou pour expliquer le résultat auquel le tribunal est arrivé »[916]. La jurisprudence n'est pas parfaitement fixée sur ce point, d'autres Comités considérant qu'ils n'ont pas vocation à apprécier si les motifs étaient « justes ou non convaincants »[917].

323. Les rédacteurs de la convention ont longtemps été pressés de rédiger un article permettant de faire appel pour erreur de droit d'une sentence CIRDI. Ils ont toujours refusé d'admettre une telle possibilité. En ce sens, dans les Rapports sur les négociations, il a été noté que « (…) le projet de convention ne prévoyait pas de recours contre la sentence et, une erreur dans l'application de la loi ne constituerait pas un motif valable pour l'annulation de la sentence », cela parce qu' « une erreur de droit ainsi qu'une erreur de fait constituaient un risque inhérent à une décision de justice ou d'arbitrage pour lequel aucun appel n'était prévu »[918]. En précisant cinq situations permettant la révision ou l'annulation d'une sentence, l'article 52 de la convention CIRDI en a exclu toutes les autres. L'une des optiques initiales était de créer un « mécanisme d'annulation autonome » ou un « Comité ad hoc d'annulation », afin d'exclure toute possibilité pour une juridiction nationale de jouer quelque rôle que ce soit dans la révision ou dans l'annulation des sentences CIRDI[919]. En pratique, les comités ad hoc du CIRDI ont déjà été accusés de jouer le rôle d'une Cour d'appel. Si ces Comités ne peuvent réviser ou annuler une sentence arbitrale qu'en présence des cinq cas d'annulation, certains n'ont pas hésité à remettre en cause des sentences arbitrales, dès lors qu'ils étaient en désaccord avec la présentation des faits de la sentence ou la détermination du droit et ce, alors même qu'aucune des cinq situations d'annulation n'était présente[920].

---

[916] Sent. CIRDI, 5 juin 2007, *Hussein Nauman Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, § 122, § 125 et s. Cf E. GAILLARD, obs. *JDI* 2008.339.

[917] Sent. CIRDI, 5 février 2002, *Wena Hotels Ltd. c. République arabe d'Egypte*, aff. n° ARB/98/4, § 79.

[918] E. MARTINEZ, « Understanding the debate over necessity : Unanswered questions and future implications of annulments in the Argentine gas cases », *DJCIL* 2012, vol. 23, p. 149, p. 175.

[919] C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article 53(1) de la Convention CIRDI.

[920] « En plus de critiquer la sentence (Fraport) pour des motifs pour lesquels le comité ad hoc a conclu qu'il n'y avait aucune raison d'annuler et que cela n'était pas pertinent pour sa décision d'annuler, il a ainsi manifesté son désaccord apparent avec les conclusions de la sentence comme si le comité ad hoc avait décidé d'annuler la sentence sua sponte pour des raisons qui n'avaient été avancées par aucune des parties et annoncé pour la première fois dans la décision d'annulation elle-même », Letter from Jose Anselmo L. Cadiz, Solicitor General, Republic of the Philippines, to the ICSID Administrative Council (27 juin 2011). Cf également S. ZULKER NAYEEN, « Does the objective of ICSID annulment jurisprudence invite an appellate

324. Enfin, lorsque l'arbitrage n'est pas établi en vertu de la Convention CIRDI, les parties peuvent remettre en cause leur sentence arbitrale dans le cadre du système d'arbitrage commercial établi par la législation nationale. La demande d'annulation de la sentence sera régie par la loi du lieu de l'arbitrage. La majorité des législations nationales prévoient une liste limitative de motifs de révision, en reprenant l'article V de la convention de New-York listant les motifs de non-exécution des sentences, à savoir l'incapacité d'une des parties au litige au moment de la conclusion d'une clause d'arbitrage ; le défaut d'information d'une des parties de la désignation de l'arbitre ou l'impossibilité subie par l'une des parties de faire valoir ses droits ; la prise en considération dans la sentence de problématiques différentes de celles soumises à l'instance arbitrale ; l'irrégularité dans la composition du tribunal ou dans la procédure d'arbitrage ; l'objet du litige insusceptible d'être tranché par la voie de l'arbitrage ; la violation de l'ordre public international.

325. Appel et procédure préalable CCI. L'article 27 du Règlement d'arbitrage, intitulé « Examen préalable de la sentence par la Cour », dispose qu' « avant de signer toute sentence, le tribunal arbitral doit en soumettre le projet à la Cour d'arbitrage CCI. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut, en respectant la liberté de décision du tribunal arbitral, appeler son attention sur les éléments ayant trait au fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendue par le tribunal arbitral sans avoir été approuvée en la forme par la Cour ». La Cour veut s'assurer du respect de la forme de la sentence[921]. Lorsque la Cour décide de prescrire des modifications de forme, le tribunal arbitral est tenu de les effectuer. Une sentence CCI ne peut pas être notifiée aux parties en cas contraire. L'article 27 ne donne pas compétence à la Cour d'arbitrage de la CCI de contraindre le tribunal arbitral à modifier le fond du projet de sentence. Tout au plus, elle peut l'informer de son opinion sur des « points intéressant le fond », mais ces informations n'obligeront pas un tribunal arbitral à les appliquer. Il ne s'agit pas d'une procédure d'appel, car il n'est pas question d'amender le fond de la sentence rendue. Malgré tout, l'avantage de la procédure

---

mechanism ? A critical evaluation », *International trade law & Regulation* 2021, vol. 27 (3), p. 207-220.

[921] CH. IMHOOS, E. SCHÄFER et H. VERBIST, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2016, p. 123-125.

préalable réside dans le fait qu'elle renforce la légitimité d'une sentence arbitrale et minimise considérablement le risque de vices de forme plus ou moins graves. De plus, cette procédure n'allonge pas de manière notable les délais de procédure, puisqu'en matière d'arbitrage CCI, la procédure d'examen préalable est censée, en principe[922], s'effectuer dans un délai de deux semaines à compter de la date de réception du projet de sentence par le Secrétariat.

326. Appel et procédure d'interprétation et de révision. L'article 60 de la convention CIRDI permet à toute partie au litige de demander au Secrétaire général de rendre une interprétation sur la sentence, que ce soit sur sa signification ou encore sur son champ d'application. Il ne faut pas confondre l'interprétation d'une sentence avec sa révision, puisque l'interprétation ne suffit pas à remettre en question l'exécution d'une sentence arbitrale. La convention CIRDI prévoit également la possibilité pour les parties d'engager une procédure de révision de la sentence. Les parties peuvent demander que la sentence rendue fasse l'objet d'une révision, en application de l'article 51 de la convention de Washington. Cet article dispose que « chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général, la révision de la sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence, à condition qu'avant le prononcé de la sentence, ce fait ait été inconnu du Tribunal et de la partie demanderesse et qu'il n'y ait pas eu, de la part de celle-ci, faute à l'ignorer ». La demande doit être produite dans les 90 jours à partir de la découverte du fait nouveau et dans les trois ans à compter du prononcé de la sentence. Aucun de ces mécanismes ne constitue un appel de la sentence et, les dispositions prévues par le récent traité CETA s'en éloignent également.

a.2. L'appel dans le traité CETA, un phantasme

327. L'ambition de l'appel dans le traité CETA n'est pas singulière à ce traité. Souvent réputés pour être le fer de lance de la conclusion de traités de libre-échange, les Etats-Unis ont adopté une loi, en 2002,

[922] C'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas besoin d'une traduction du projet de sentence ou que la Cour doive se réunir en séance plénière …

qui énonce plusieurs objectifs concernant les investissements étrangers[923]. Il y est question de l'instauration d'une négociation sur un mécanisme d'appel dans le règlement des différends en matière d'investissement. Cette loi affiche sa volonté de « prévoir une instance d'appel ou mécanisme similaire pour garantir une interprétation cohérente des dispositions sur l'investissement contenues dans les accords commerciaux (…) »[924]. Les Etats-Unis resteront cohérents dans leurs démarches et ont inséré des dispositions de cette loi dans leur modèle TBI de 2004[925], mais également dans des accords de libre-échange conclus avec le Chili[926], le Maroc[927] ou encore Singapour[928]. Il est fait état, dans ces accords et modèle TBI des Etats-Unis, que « dans un délai de trois ans à partir de la date d'entrée en vigueur du présent Accord, les Parties étudieront le bien-fondé d'établir une instance bilatérale d'appel ou un mécanisme similaire en vue de réviser les sentences rendues en vertu de l'article (…) dans les affaires d'arbitrage engagées après l'établissement de l'instance d'appel ou d'un mécanisme similaire »[929]. L'accord de libre-échange de l'Amérique centrale, réunissant les Etats-Unis, la République dominicaine et cinq Etats d'Amérique centrale (ALECA), a également fixé un calendrier précis, ayant pour objet de favoriser la création d'un groupe de négociation, afin d'accélérer la création d'une instance d'appel[930].

---

[923] 19 U.S.C. § 3802(b)(3).

[924] Le Congrès estimait alors qu' « (à) mesure que les États-Unis concluent de plus en plus d'accords d'investissement et que le nombre de différends entre investisseurs et États augmente, la nécessité d'une cohérence dans l'interprétation des termes courants - tels que l'expropriation et le traitement juste et équitable - augmentera. En l'absence d'une telle cohérence, les termes clés peuvent avoir différentes significations selon les arbitres nommés pour les interpréter. Cela compromettrait la prévisibilité des droits conférés par les accords d'investissement. Un mécanisme d'appel unique pour examiner les décisions des groupes arbitraux en vertu de divers accords d'investissement devrait aider à résoudre ce problème et à réduire au minimum le risque d'interprétations incohérentes ». Cf B. LEGUM, « The Introduction of an Appellate Mechanism : the US Trade Act of 2002 », *in* E. GAILLARD et Y. BANIFATEMI, *Annulment of ICSID awards*, IAI Arbitration Series n° 1, 2004, p. 289-313 et 19 U.S.C. § 3802(b)(3)(G)(iv).

[925] US Code 19 ss.3803-3805 approved on 6 August 2002 (HR 3009-63) and US Model BIT art. 28(10).

[926] Annexe 10-H, 6 juin 2003.

[927] Annexe 10-D, 15 juin 2004.

[928] Accord du 15 janvier 2003.

[929] Annexe D.

[930] « La Commission, créera, dans un délai de trois mois suivant l'entrée en vigueur du présent Accord, un Groupe de négociation ayant pour mission de mettre en place une instance d'appel ou mécanisme similaire chargé de réviser les sentences rendues par les tribunaux en application du présent chapitre. Ladite instance ou ledit mécanisme sera conçue de manière à garantir une interprétation cohérente des dispositions sur l'investissement contenues dans l'Accord. La Commission

328. De manière générale, l'appel dans l'arbitrage d'investissement semble chimérique, du fait de la diversité et de la multitude de TBI. Chaque TBI prévoit des appréciations différentes de notions et de clauses clés, de sorte qu'il serait ardu de retenir des définitions uniformes et d'assurer efficacement une cohérence dans les sentences d'appel. C'est ainsi que préalablement à la consécration d'un appel contraignant, la solution pour remédier à ces problématiques était l'adoption d'un accord multilatéral ayant pour finalité de remplacer, à terme, les TBI et prévoyant des définitions monocordes et précises des clauses d'investissement (clause de traitement juste et équitable, clause de la nation la plus favorisée …). Autrement, « (e)n l'absence d'un texte de référence multilatéral unique, une procédure de recours qui doit examiner des sentences sur la base de textes de traités divergents peut ne pas suffire à renforcer la cohérence et à créer de la valeur pour les précédents »[931]. Avec le traité CETA, qui est un accord multilatéral, l'appel trouve terrain d'élection. Le Traité CETA aurait pu se limiter à imiter la stratégie américaine, à simplement promouvoir l'appel dans l'arbitrage d'investissement. Plus qu'en faire la promotion, le traité CETA ambitionne d'en faire une consécration.

329. Initialement, le CETA ne prévoyait pas de mécanisme d'appel *stricto sensu*. Il faisait simplement mention de « clauses de rendez-vous », par lesquelles les parties auraient pu étudier la possibilité de prévoir un appel dans le futur. Puis, tout en tentant d'apporter des définitions homogènes à des notions controversées dans l'arbitrage d'investissement, la version définitive du CETA a consacré un mécanisme d'appel. L'appel est expressément énoncé à l'article 8.28 (2). Cet article donne compétence au tribunal

---

demandera au Groupe de négociation d'examiner, entre autres, les éléments ci-après :(a) la nature et la composition d'une instance d'appel ou d'un mécanisme similaire ;(b) le champ d'application et la nature de la révision ;(c) la transparence de la procédure mise en œuvre par une instance d'appel ou un mécanisme similaire ;(d) les effets des décisions rendues par une instance d'appel ou un mécanisme similaire ;(e) le lien entre la révision par une instance d'appel ou un mécanisme similaire et les règles arbitrales qui peuvent être choisies conformément aux articles 10.16 et 10.25 ; et (f) le lien entre la révision par une instance d'appel ou un mécanisme similaire et le droit national et international en vigueur en matière d'exécution des sentences arbitrales.La Commission demandera au Groupe de négociation de lui présenter, dans un délai d'un an à compter de sa création, un projet de modification de l'Accord visant à instaurer une instance d'appel ou un mécanisme similaire. L'Accord sera réputé modifié dès l'approbation de la modification par les parties, selon les modalités prévues à l'article 22.2 » (Annexe 10-F, signé le 5 août 2004).

[931] G. REINER, « The Multifaceted Nature of International Investment Law », *in* K. SAUVANT, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 21.

d'appel de pouvoir confirmer, annuler ou modifier un jugement du tribunal de première instance en cas « (a) d'erreurs dans l'application ou l'interprétation de la loi applicable ; b) d'erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent ; (c) pour les motifs énoncés à l'article 52 (1) a) de la Convention CIRDI, dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les alinéas a) et b) ». Incontestablement, le mécanisme d'appel prévu au sein du système du SJI est bien plus large que les cinq cas d'annulation prévus au sein de la convention de Washington. Plus que de simplement valider ou annuler un jugement de première instance, le mécanisme prévu permet de modifier ce jugement, ce que le système CIRDI ne permet pas de faire. Le tribunal d'appel du CETA sera doté de pouvoirs importants, puisqu'il pourra corriger des erreurs d'interprétation ou d'application du droit et des erreurs dans la détermination des faits. Si les attributions au tribunal d'appel sont larges, le mécanisme d'appel n'est pas des plus respectueux de l'égalité des parties au litige, car il appartiendra au Comité CETA (composé de représentants du Canada et de l'Union européenne) de nommer les membres des juges d'appel et de désigner leurs remplaçants et successeurs.

330. En réalité, le caractère obligatoire de l'appel prescrit dans le CETA n'est obligatoire que si les parties se retrouvent assujetties au Traité CETA et au SJI. Or, il a été prévu que le tribunal CETA et sa juridiction d'appel pourraient se voir attribuer, par les parties, le respect et la conduite de l'instance sous l'égide du règlement d'arbitrage de leur choix. Dès lors, si les parties au litige décident d'opter pour la convention CIRDI, elles devraient pouvoir contourner l'appel, puisque l'article 53 de la convention CIRDI énonce le caractère obligatoire de la sentence et l'absence d'appel[932]. Dès lors, un Tribunal CETA, statuant sous l'égide du CIRDI, aura du mal à concilier l'appel avec les dispositions de la convention de Washington, à moins d'assimiler la solution rendue par le Tribunal CETA à une décision provisoire, échappant alors au régime de la convention de Washington[933].

[932] L'article 54 rappelle également que « (c)haque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ».

[933] Cf en ce sens V. THIEFFRY, « The Achmea judgment : an additional stage in the construction of a group of international litigation resolution mechanims ? An analysis in the light of French arbitration law », *RDAI* 2018, p. 7.

331. L'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités permet à des parties de déroger à un traité multilatéral, sous certaines conditions. Les Etats membres de la convention CIRDI pourraient se ranger derrière cette disposition pour ne pas reconnaître le caractère obligatoire des sentences arbitrales rendues sous l'égide du CIRDI et dénuées d'appel. En réalité, il ne semble pas que cette astuce puisse trouver à s'appliquer ; d'une part, parce qu'une telle dérogation à une sentence obligatoire doit être prévue par le traité en question, ce que ne fait pas la convention CIRDI ; d'autre part, parce qu'une telle dérogation ne doit pas porter atteinte « ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations » et ne doit porter « sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble ». La Convention CIRDI ne répond pas à ces deux exigences, l'exécution des sentences arbitrales et la protection des droits des investisseurs étant ses leitmotivs essentiels.

332. Si des procédures ont été instaurées pour pallier l'absence d'appel obligatoire dans l'arbitrage d'investissement, elles ne sont pas comparables dans leurs effets. Aucune des procédures prévues dans le système CIRDI ne permet d'amender le fond d'une sentence déjà prononcée par un tribunal arbitral. Si le traité CETA a tenté de dessiner les contours d'un véritable appel, il n'y parviendra pas réellement. Le caractère obligatoire de l'appel consacré dans le CETA n'a de caractère contraignant que dès lors que les parties se retrouveraient assujetties au Traité CETA et au SJI. Or, le traité CETA a doté les parties de la faculté de conduire l'instance sous l'égide du règlement d'arbitrage de leur choix. En optant pour la convention de Washington, les parties pourront éluder l'appel. On peut légitimement s'interroger sur les raisons ayant conduit les rédacteurs du CETA à s'éloigner de la logique de l'arbitrage d'investissement, tout en laissant la possibilité aux parties de se référer à des règlements d'arbitrage aptes à remettre en cause la possibilité de l'appel[934]. En réalité, les rédacteurs du traité CETA n'étaient pas sans ignorer les multiples attaques adressées à l'encontre de la procédure d'appel.

[934] A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* n° 1, janvier 2017, doctr. 2 et cf CH. BROWER, J. BRUESCHKE, *The Iran-United States claims tribunal*, La Haye, Nijhoff, 1998.

b. Les doléances à combattre

Etant donné le peu d'annulation de sentences arbitrales en matière d'investissement[935], il est légitime de se demander si cela ne témoigne pas de la nécessité d'instaurer un mécanisme d'appel. Promouvoir l'appel dans l'arbitrage d'investissement n'échapperait pas aux reproches. L'appel conduit à remettre en cause un principe essentiel en arbitrage, celui du caractère définitif des sentences et de non-révision au fond de celles-ci (b.1). Malgré tout, toute justice devrait être accompagnée d'un mécanisme efficient de contrôle (b.2).

b.1. Des écueils à anticiper

333. Les réticences à la consécration d'un appel obligatoire dans l'arbitrage d'investissement tirent leurs origines de plusieurs dénégations. L'ambition d'un appel dans l'arbitrage d'investissement peut être remise en cause dans son principe. Obliger les arbitres de première instance aux sentences arbitrales provenant d'un appel ultérieur leur retireront finalement toute flexibilité et autonomie dans le prononcé de leurs sentences. Par ailleurs, l'essence de l'arbitrage d'investissement est de permettre aux parties de désigner elles-mêmes les arbitres qui trancheront leur litige. Ce faisant, les parties sont naturellement invitées à nommer les arbitres les plus expérimentés et compétents. D'une part, il paraît abscons de considérer que de tels arbitres puissent rendre une solution aux aboutissants erronés. D'autre part, il est délicat d'affirmer que la sentence rendue par un appel potentiel bénéficiera d'une forte légitimité, puisqu'une telle sentence sera rendue par des arbitres de second choix.

[935] Un chiffre de 4 % a été relevé dans les ICSID Caseload Statistics de 2021-2022.

334. Enfin, l'appel s'accompagnera nécessairement d'un allongement des délais de procédure[936] et d'une augmentation des coûts. Sous la pression de l'opinion publique, il est fort attendu que les Etats se lanceront systématiquement en appel, lorsque la décision rendue leur sera défavorable. Longtemps, les acteurs de l'arbitrage international ont exprimé leur désaveu vis-à-vis d'un « système de contrôle vertical »[937] des sentences arbitrales. La finalité même de l'arbitrage d'investissement est de rendre des sentences dans un délai suffisamment court ; tandis que l'idéal de la justice légitimerait un appel pour permettre de contrer des sentences injustes ou jugées incorrectement. Ainsi, il existe « une tension entre deux politiques de système de contrôle : justice et finalité »[938]. Jusqu'à présent, dans l'arbitrage d'investissement, la finalité l'a toujours emporté sur l'idéal de la justice. Le groupe de travail III de la CNUDCI a également recueilli, le 18 décembre 2019, les propositions de la CCIAG, la Corporate counsel international arbitration group, qui représente les intérêts des investisseurs, le 18 décembre 2019[939]. La CCIAG a tenu à rappeler l'importance des investissements internationaux dans le développement des économies mondiales, dans la croissance, l'emploi, le développement d'infrastructures, l'amélioration des conditions de vie, l'essor des transferts de technologies … Ce faisant, elle a souligné la nécessité de promouvoir les investissements internationaux et, pour ce faire, à appuyer sur le besoin de maintenir un système de règlement des différends basé sur l'intervention d'un tiers impartial. La CCIAG a également relevé que les investisseurs ne remportaient pas un nombre plus élevé d'affaires que les Etats et que le système d'arbitrage garantissait une égalité dans la désignation des juges, égalité qu'il convient de maintenir. Elle a réfuté les oppositions sur le manque de précédents dans l'arbitrage d'investissement, en estimant que la matière n'était pas conçue pour avoir une consistance absolue des sentences entre elles. Enfin, la

---

[936] Il conviendrait néanmoins de faire état que des récentes comparaisons entre les règlements des litiges dans l'Organisation mondiale du commerce (OMC) par la voie de l'appel et les règlements des litiges dans le CIRDI, ont démontré que la procédure d'appel ne ralentit pas le processus de l'instance. Au contraire, les différends portés devant l'OMC et susceptibles d'appel sont réglés toujours plus rapidement que les différends portés devant un CIRDI non doté de procédure d'appel. Pour lutter contre les retards, il suffirait de proposer des délais précis à respecter pour la procédure d'appel.

[937] K. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria,* Kluwer Law International, 2010, p. 57-73.

[938] *Ibid*., p. 966.

[939] Y. MISRA, « Standing at crossroads : The trajectory of IIAs and ISDS and their projection in the post-pandemic golbal economy », PEPP.Disp.Resol.L.J. 2022, vol. 22, p. 476.

CCIAG a énoncé sa réticence à la consécration d'une procédure d'appel, qui contribuerait à augmenter les coûts et délais des procédures.

Pour autant, la présence d'intérêts publics dans l'arbitrage d'investissement a rendu encore plus notable l'exigence de la justice.

b.2. Les arguments en faveur d'une consécration

L'appel dans l'arbitrage d'investissement permettrait aux parties de défendre une nouvelle fois leurs prétentions. Dans une justice imprégnée d'intérêts publics, le bien-fondé d'un appel au bénéfice des Etats condamnés en première instance pourrait concourir à légitimer l'arbitrage d'investissement. La procédure d'appel permettrait d'aboutir à des rectifications de certaines sentences contestées. De là à contribuer à de véritables précédents en matière d'arbitrage d'investissement ? La réponse doit être nuancée.

335. Volonté de légitimation de l'arbitrage d'investissement. L'idée d'instaurer un mécanisme d'appel dans l'arbitrage international faisait déjà l'objet de discussions lors des Conférences pour la paix ayant abouti à la convention de La Haye en 1899 et en 1907. Elle a également été envisagée par la Société des Nations et analysée dans les années 1950, lorsque la Commission du Droit international s'était penchée sur les règles de la procédure arbitrale. Cette optique d'un appel en arbitrage international n'avait pas contaminé l'arbitrage d'investissement qui fut à l'écart des discussions au XX^{e} siècle. Ce n'est que récemment que l'éventualité d'un appel a atteint l'arbitrage d'investissement, au début des années 1990, notamment lors des débats sur les négociations de l'AMI[940]. Par la suite, la Commission européenne, à l'issue d'une réponse à une consultation publique, avait exprimé le besoin d'un véritable mécanisme

[940] E. LAUTERPACHT, *Aspects of the Administration of International Justice*, Grotius Publications, Cambridge, 1991 ; S. SCHWEBEL, « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », *in* M. HUNTER, A. MARIOTT et V.V. VEEDER, *The Internationalisation of International Arbitration*, 1995, p. 115.

d'appel au sein de l'arbitrage international en matière d'investissement[941]. La possibilité d'un appel au sein du CIRDI sera finalement mentionnée dans un article intitulé « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration » en octobre 2004[942]. Cet article faisait mention du fait qu'en 2005, une vingtaine de pays devraient avoir conclu des TBI contenant des dispositions énonçant une volonté de création d'un mécanisme d'appel au sein de l'arbitrage d'investissement.

336. En matière d'arbitrage commercial international, la sentence rendue ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation[943]. L'appel est écarté. « (S)'agissant d'un arbitrage international, les voies de recours ouvertes par l'article 1504 du nouveau Code de procédure civile ont un caractère impératif qui exclut tout appel réformation de la sentence indépendamment de toute volonté contraire des parties »[944]. Une telle exclusion est compréhensible, les parties privilégiant l'arbitrage pour sa rapidité. Autrement dit, « dès lors que, dans une affaire portant sur le commerce international, les parties ont manifesté explicitement le désir de voir trancher leur litige rapidement, confidentiellement, devant un juge privé choisi par leurs soins et donc d'exclure ainsi les juges publics des Etats parties, il ne serait guère cohérent qu'exprimant cette volonté, elles indiquent dans le même temps vouloir bénéficier, le cas échéant, d'un réexamen de la sentence arbitrale par le juge d'appel étatique »[945].

337. A la différence de l'arbitrage commercial international et s'il est fait abstraction de l'arbitrage issu de contrats d'Etats, l'arbitrage d'investissement est constamment imprégné de considérations d'intérêts

---

[941] European Commission, News Archive, Report Presented Today : Consultation on Investment protection in EU/US trade talks (13 janvier 2015).

[942]« Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration », octobre 2004,

http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf, § 20-23.

[943] Article 1518 du CPC : « (l)a sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ».

[944] Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, *D*. 2007.949, obs X. DELPECH.

[945] C. CHAINOIS, « Réflexions perspectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2018, n° 59.

publics. En tant que système de règlement des litiges délégué, il pourrait être annexé à l'arbitrage d'investissement un mécanisme visant à s'assurer qu'il fonctionne comme les Etats l'avaient prévu. Autrement dit, « dans les dispositifs sociaux et juridiques dans lesquels le pouvoir est délégué, les systèmes de contrôle sont essentiels », parce que « sans eux, les restrictions putatives disparaissent et le pouvoir limité peut devenir absolu (…) ». De plus, « les contrôles sont nécessaires (…) pour un fonctionnement efficace »[946]. Dès lors, il serait utile de consacrer un mécanisme de contrôle à l'arbitrage d'investissement, qui est perçu par les Etats l'ayant édifié par traités comme une dérogation à la compétence des juridictions étatiques. Pour les Etats comme pour les investisseurs, défaits devant l'arbitrage, l'appel constituerait une aubaine notable, car il permettra aux parties de défendre à nouveau leurs arguments et leurs intérêts. Les tribunaux arbitraux sont naturellement amenés à prendre des risques en tranchant un litige. Les juges courageux sont ceux qui « vont inévitablement faire des erreurs » et du fait de cette fatalité, « (un) besoin d'un système d'appel »[947] apparaît.

338. Enfin, le principal motif invoqué pour permettre à un tribunal arbitral d'interjeter appel de la sentence d'un autre tribunal arbitral ne résiderait-il pas dans la recherche de précédents en matière d'arbitrage d'investissement ? Ne serait-il pas dans l'intérêt public « (…) que le droit soit certain et (qu'il n'y ait pas) de conclusions différentes, selon les tribunaux, (dans des affaires similaires) (…)»[948] ? Dans l'arbitrage d'investissement et contrairement à l'arbitrage commercial, l'intérêt public demeure constant et n'est pas celui des « commercial men », mais celui de la société civile entendue largement.

339. L'appel pour l'essor de précédents ? Dans la récente affaire Watkins, « le tribunal n'estime pas que, pour répondre aux questions juridictionnelles soulevées, il soit nécessaire d'adopter une disposition générale sur la pertinence des précédents en droit international des investissements ou de décider quelles

---

[946] M. REISMAN et al., « Control Mechanisms », *in International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, The Foundation Press, New York, 1997, p. 965.

[947] V. V. VEEDER, « The Necessary Safeguards of an Appellate System », *Transn'l. Dispute GMT* 2005, vol. 2, p. 7.

[948] A. REDFERN et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, 3e éd., p. 434.

sentences arbitrales ayant statué sur les relations entre le droit de l'UE et le TCE devraient être suivies ou non. La fonction première d'un tribunal arbitral est de résoudre le différend entre les parties en appliquant la loi choisie aux faits. Ce faisant, le tribunal peut bien sûr s'inspirer des sentences antérieures, dans la mesure où leur raisonnement juridique aide le tribunal en cause à clarifier le contenu de la loi »[949]. Il pourrait être considéré que la procédure d'appel dans l'arbitrage d'investissement apporterait davantage de cohérence entre les sentences arbitrales, en l'absence supposée de précédents. Les décisions rendues après appel, sur le fondement d'un même traité d'investissement, seraient perçues comme énonçant et appliquant le juste droit, de sorte que les tribunaux arbitraux de première instance s'y référeraient, afin de ne pas voir leur sentence être annulée. L'instauration dans l'arbitrage de la règle du précédent ne pourrait se faire efficacement sans la création d'un véritable mécanisme d'appel. La consécration de précédents réduirait le nombre d'affaires devant les tribunaux arbitraux, puisqu'une solution limpidement énoncée par la Cour d'appel d'arbitrage, sur la base d'un même traité d'investissement, serait reprise par les tribunaux arbitraux de première instance, elle ferait foi et désinciterait les parties de solliciter un arbitrage sur une question déjà tranchée et ancrée en leur défaveur. D'ailleurs, le modèle indien TBI de 2015 dispose que les parties peuvent convenir de la création d'une procédure d'appel de la sentence, justement dans l'optique de rechercher la cohérence de l'interprétation des dispositions du traité[950]. Avec le modèle de la juridiction d'appel de l'OMC ou encore celui du Tribunal des réclamations Iran-Etats-Unis, il est question d'accroître la coordination et la consultation entre les arbitres, qui statueraient à l'instar de la majorité des juridictions nationales, à savoir en banc ou en « full court ». La cohérence des sentences arbitrales entre elles s'en trouverait davantage renforcée, sur des questions portant sur un même traité d'investissement.

340. En plus du modèle indien, de nombreux autres accords d'investissement prévoient des mécanismes d'appel. Si cet effort est à souligner, il est objecté que l'éparpillement de ces mécanismes d'appel conduirait à encore plus d'incohérences, avec des sentences en appel différentes les unes des autres, dès lors que les arbitres d'appel statueraient sur des traités d'investissement différents. Le CIRDI lui-même

[949] Sent. CIRDI, *Watkins Holdings SARL et autres c. Espagne*, aff. n° ARB/15/44, 21 janvier 2020, § 204.

[950] Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, 28 décembre 2015, article 29.

n'avait pas été sourd à ces inquiétudes relatives à cet éparpillement potentiel et avait proposé l'instauration d'un mécanisme d'appel facultatif au sein du CIRDI, créé et réglementé par un Règlement spécifique, le Règlement sur le mécanisme d'appel.

341. L'absence d'un mécanisme d'appel a pu inciter les Etats à opter pour un SJI, censé apporter davantage de certitude et de cohérence dans l'essaim de sentences arbitrales. Il n'existe pas de doctrine du précédent *de jure* dans l'arbitrage d'investissement et cela s'est traduit par des sentences controversées[951]. Le traité CETA a pour atout de prévoir un mécanisme d'appel commun pour tous les différends pouvant naître entre des investisseurs et des Etats, liés par un accord international[952]. L'ambition est la création d'une institution unique d'appel statuant sur un texte unique.

342. Pour autant, en dépit de l'éparpillement des procédures d'appels et de l'absence d'un traité d'investissement international unique, certains tribunaux arbitraux s'étaient déjà référés à des sentences arbitrales antérieures et même fondées sur des traités d'investissement différents, pour trancher le différend posé devant eux[953]. Des principes posés par des arbitres ont fait jurisprudence[954]. Par exemple, il est admis dans toutes les sentences arbitrales que le consentement à l'arbitrage des Etats d'accueil peut se déduire d'une loi nationale ou d'un traité d'investissement, sans qu'il ne soit nécessaire d'exiger la signature d'un compromis d'arbitrage.

---

[951] Lauder c. République Tchèque, Ad hoc- UNICTRAL Arbitration Rules, 3 septembre 2001.

[952] OCDE, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats : Vue d'ensemble », *Documents de travail sur l'investissement international*, n° 2006/1, février 2006, p. 11.

[953] Cf sent. CIRDI, *Saipem c. Bangladesh*, aff. n° ARB/05/07, dans laquelle le tribunal arbitral a déclaré qu'il « estime que, pour des raisons impérieuses, il lui incombe d'adopter des solutions établies dans une série d'affaires cohérentes » (§ 67).

[954] Cf E. LOQUIN, « A la recherche de la jurisprudence arbitrale », *in La Cour de cassation, l'Université et le droit, Mélanges en l'honneur d'A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 213.

343. Ainsi, il semble que les créateurs du SJI n'ont pas mesuré le fait que les tribunaux arbitraux en matière d'investissement fonctionnaient déjà un peu à la manière dont le ferait une Cour. Si la règle du précédent n'est pas une règle du droit coutumier, les sentences arbitrales en matière d'investissement sont, pour la plupart, publiées. Du fait de ces publications, il est né une certaine jurisprudence arbitrale en matière d'investissements internationaux. Selon les chiffres les plus récents, les arbitres citaient des sentences antérieures dans 80 % des sentences d'arbitrage d'investissement, contre 15 % dans l'arbitrage commercial[955]. Par conséquent, il s'avère que des références à des sentences arbitrales antérieures sont volontairement et fréquemment opérées par les tribunaux arbitraux, dans un souci affiché de cohérence et pour « une construction rationnelle de la jurisprudence en matière de droit des investissements étrangers »[956]. En l'espèce, le tribunal arbitral a modéré le principe de l'absence de *stare decisis* en arbitrage, en énonçant que « chaque tribunal reste souverain et peut conserver, comme le confirme la pratique du CIRDI, une solution différente pour résoudre le même problème ; toutefois, les décisions de juridiction traitant de questions identiques ou très similaires peuvent au moins indiquer des raisonnements d'un intérêt réel ; ce tribunal peut les examiner pour comparer sa propre position avec celles déjà adoptées par ses prédécesseurs et, s'il partage les vues déjà exprimées par un ou plusieurs de ces tribunaux sur un point de droit déterminé, il est libre d'adopter la même solution »[957]. Une sentence arbitrale antérieure peut provoquer chez les arbitres un véritable « duty », un devoir de respecter le principe du précédent[958].

344. En définitive, si l'appel dans l'arbitrage d'investissement aurait contribué à légitimer l'instance, il n'aurait pas directement consacré un *stare decisis* factuel. Si les tribunaux arbitraux ne sont pas liés par les précédentes sentences arbitrales, y compris celles rendues sur des faits similaires[959] et s'il y a pu avoir

---

[955] G. KAUFMANN-KOHLER, « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », *Arb Int'l* 2007, p. 362 et cf D. BENTOLILA, « Le précédent arbitral », *Rev. arb*. 2017.1180, n° 28 et 29.

[956] Sent. CIRDI, 26 avril 2005, *AES Corporation c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/17, § 30.

[957] *Ibid*.

[958] Sent. *Saipem c. Bangladesh préc*.

[959] En ce sens, à propos d'une clause-parapluie, le tribunal arbitral a énoncé, dans la sentence *SGS Société Générale de Surveillance c. Philippines*, que « comme il apparaîtra clairement, le Tribunal actuel n'approuve pas à tous égards les conclusions auxquelles est parvenu le tribunal de SGS c. Pakistan sur l'interprétation de termes prétendument similaires dans le TBI Suisse-Philippines. Cela soulève la question de savoir si, néanmoins, le tribunal actuel devrait s'en remettre aux

une inconstance ou une incohérence entre les sentences arbitrales, c'est avant tout dû au manque flagrant de précision des traités d'investissement sur des notions clés que les arbitres ont la charge d'interpréter. Globalement, la majorité des sentences rendues en matière d'arbitrage d'investissement étaient cohérentes entre elles et si des divergences existaient, le fait jurisprudentiel ne peut pas être nié, puisque ces divergences ne sont pas majoritaires. Selon une étude réalisée par Ole Fauchald en 2008, sur 98 sentences arbitrales en matière d'investissement, les tribunaux arbitraux s'étaient référés dans 90 d'entre elles à des sentences du passé[960]. Les sentences du passé unifiaient les sentences du futur.

345. Par conséquent, remettre en cause l'arbitrage d'investissement par l'absence de *stare decisis*, comme cela a pu être fait, n'est pas un argument audible. Le fait que des tribunaux arbitraux puissent prendre des décisions inconsistantes entre elles n'est pas propre à l'arbitrage. Le système de la common law connait ce phénomène qui se produit également devant la Cour internationale de justice, devant la CEDH ou encore devant la CJUE[961] et rien ne permet d'affirmer que le Tribunal CETA et son mécanisme d'appel respecteront le principe du précédent. D'ailleurs, l'absence de *stare decisis* dans l'arbitrage d'investissement avait également, dans certaines situations, des avantages pour les Etats qui étaient assurés qu'une sentence contestée et rendue contre l'un d'eux ne sera pas forcément reprise par d'autres tribunaux arbitraux saisis pour des faits similaires. Désormais, le risque est que le SJI adopte des précédents

---

réponses données par le tribunal SGS c. Pakistan. La Convention CIRDI prévoit seulement que les sentences rendues en vertu de celle-ci sont 'contraignantes pour les parties' (article 53 (1)), disposition qui pourrait être considérée comme visant l'effet de la chose jugée des sentences plutôt que leur impact en tant que précédent dans des affaires ultérieures. De l'avis du Tribunal, bien que différents systèmes relevant du système CIRDI devraient en général chercher à agir de manière cohérente, il appartient en fin de compte que chaque tribunal exerce sa compétence conformément au droit applicable, qui par définition sera différent pour chaque TBI et chaque Etat défendeur. De plus, il n'existe pas de doctrine du précédent en droit international si l'on entend par précédent une règle de l'effet contraignant d'une décision unique. Il n'existe pas de hiérarchie des tribunaux internationaux et même s'il en existait, il n'y avait pas de bonne raison de laisser au premier tribunal le temps de résoudre les problèmes de tous les tribunaux ultérieurs. C'est d'abord aux mécanismes de contrôle prévus par le TBI et la Convention du CIRDI et, à plus long terme, au développement d'un avis juridique commun ou d'une jurisprudence constante, de résoudre les difficiles questions juridiques examinées par le tribunal SGS c. Pakistan et également dans la présente décision » (sent. CIRDI, 29 janvier 2004, *SGS Société Générale de Surveillance S.A c. Philippines*, aff. n° ARB/02/6, § 97).

[960] O. FAUCHALD, « The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis », *Eur. J. Int'l. L*. 2008, vol. 19, p. 301-364 et spéc. p. 335.

[961] G. GUILLAUME, « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrator », *J. Int. Disput. Settl.* 2011, vol. 2, p. 5 et p. 13-14.

que les Etats d'accueil n'approuveraient pas. De plus, si la règle du précédent assure une certaine prévisibilité juridique et une égalité de traitement, elle bride également la liberté des juges et conduit à figer le droit des investissements, qui ne peut plus évoluer au gré des contextes du commerce international. Enfin, le SJI ne mettra pas un terme à la fragmentation de la justice d'investissement, car il faudrait que ce système adopte des solutions similaires avec d'autres systèmes de Cours mis en place par d'autres traités. Le souci de cohérence risque rapidement de s'évaporer.

346. Allongement des délais de procédure, accroissement des coûts, perte d'autonomie des tribunaux arbitraux dans le prononcé de leurs sentences, autant de dénégations environnant l'appel obligatoire qui ont empêché toute consécration. Pourtant, l'appel dans l'arbitrage d'investissement ouvrirait la porte à la rectification de sentences erronées, à la prise en compte de faits nouveaux et éclairants. L'appel répondrait à la légitimité de l'arbitrage d'investissement en constituant une voie de recours visant à confirmer ou à infirmer des sentences contestées.

347. Les Etats se sont rapidement penchés sur les avantages de l'appel dans l'arbitrage d'investissement. De nombreux traités d'investissement témoignent de la volonté des Etats d'instaurer une seconde instance dans la procédure. Cependant, cette volonté n'a jamais réellement dépassé le stade de l'ambition, du fait des écueils encore trop notables (délais accrus, coûts surabondants, manque de légitimité des juges d'appel …). Et le récent traité CETA de libre-échange, annonçant expressément la mise en œuvre d'un appel, n'est pas allé au bout de sa logique, en laissant le soin aux parties de diriger l'instance sous l'égide du règlement arbitral de leur choix. En définitive, les doléances à l'appel l'ont toujours emporté, malgré les atouts de légitimité que l'appel aurait pu apporter à l'institution. En mai 2015, une autre proposition aurait pu paraître convaincante. Il s'agissait de la proposition de création d'un mécanisme de contrôle des sentences arbitrales en matière d'investissement, avant qu'elles n'acquièrent un caractère définitif. Il ne s'agissait pas de remplacer l'arbitrage d'investissement[962]. Cette proposition émanait du Secrétariat

[962] A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* 1/2017, p. 66-67.

d'Etat au commerce extérieur français[963]. Les sentences CIRDI rendues en matière d'investissement auraient été réexaminées par une Cour permanente. La sentence des tribunaux d'investissement n'aurait alors été que provisoire et aurait nécessité l'aval de la Cour supérieure pour devenir définitive. Sans cet aval, le tribunal arbitral aurait eu à retrancher l'affaire en prenant en compte les mentions énoncées par la Cour permanente. Si ce projet n'a finalement pas abouti, il a fortement inspiré la Commission européenne, qui a retenu l'utilité et les bienfaits potentiels d'une Cour permanente, en laissant de côté le désir de survie du mécanisme de l'arbitrage international en matière d'investissement. La Commission européenne a estimé qu'une telle Cour supérieure aurait, finalement, rendu désuet l'arbitrage d'investissement.

Outre ces pistes qui auraient pu assurer la survie de l'arbitrage d'investissement, des solutions annexes et complémentaires à l'arbitrage auraient pu être envisagées.

2) Les alternatives annexes

L'enclenchement direct de l'arbitrage d'investissement a pu paraître trop soudain pour les opposants à l'arbitrage d'investissement, qui auraient alors pu se satisfaire de certains prérequis, comme la saisine de voies procédurales antérieures et obligatoires (a). Cette hypothèse aurait nécessité une complexe réécriture des traités d'investissement. Dès lors, une solution plus envisageable aurait été de rétablir un lien positif entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement, notamment par la consécration des questions préjudicielles accordées aux tribunaux arbitraux (b).

[963]www.data.gouv.fr/s/ressources/corpus-de-documents-relatif-aux-négociations-commerciales-internationales-en-cours-ttip-et-ceta/20151022-154940/20150530_ISDS_Papier_FR_VF.pdf, p. 8-9.

a. Des procédures préalables obligatoires

Pour assurer la confiance dans l'arbitrage d'investissement, un partage aurait pu s'opérer entre les prérogatives des tribunaux étatiques et celles des tribunaux arbitraux, à savoir l'exigence inconditionnelle d'un épuisement des voies de recours internes antérieurement à la saisine d'un tribunal arbitral. D'ailleurs, cette piste a été envisagée dans certaines sentences arbitrales et dans certains textes internationaux (a.1). L'arbitrage aurait également pu laisser davantage de place à une procédure préalable obligatoire, celle de la médiation (a.2).

a.1. L'exigence *a minima* d'un épuisement des voies de recours internes

348. L'impératif d'un épuisement des voies de recours internes, avant la saisine d'un tribunal arbitral, consisterait pour un investisseur à enclencher une procédure contentieuse devant les juridictions étatiques, avant d'éventuellement pouvoir se pourvoir devant un tribunal arbitral. Cette exigence a déjà été mentionnée par des tribunaux arbitraux et dans certains accords internationaux. Au paragraphe 164 de la sentence Loewen, il a été fait état que les parties ne disposaient pas d'autre choix que d'agir devant les juridictions internes, sauf en cas de violation du droit international non constatée par un acte juridique. Par cette revendication, l'Etat d'accueil a pu être mis en position de corriger la violation qu'il avait causée[964], avant la saisine d'un tribunal arbitral.

349. Le traité de l'ALENA prévoit l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, sauf si l'obtention de la réparation ne peut être satisfaisante, en cas de voies de recours inefficaces ou inaccessibles. Ainsi, sous l'ALENA, si les parties peuvent directement saisir un tribunal arbitral, elles doivent

[964] « L'article 1121 n'entraîne pas la renonciation à l'obligation de recourir à des recours internes dans le cadre de son application à une violation du droit international constituée par un acte judiciaire ».

d'abord démontrer l'impossibilité d'épuiser les voies de recours internes[965]. Dans la sentence Mandev c. Etats-Unis, l'investisseur qui alléguait avoir subi une violation d'un traitement juste et équitable, avait préalablement dû démontrer un déni de justice de la justice étatique, pour pouvoir saisir ensuite un tribunal arbitral[966].

L'article 44 alinéa b) du projet d'Articles de la CDI (Commission du droit international) a également prévu que la responsabilité de l'Etat ne peut pas être invoquée si « toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes ». Par conséquent, « lorsqu'un fait non autorisé ou non valable d'après le droit interne a été commis et qu'un recours interne est donc disponible, il faut en faire usage, conformément au principe de l'épuisement des recours internes avant de présenter une réclamation internationale ». La règle de l'épuisement des recours internes est « un principe important du droit international coutumier »[967].

350. En dépit de toutes ces illustrations, les parties peuvent passer outre l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, dès lors que le traité d'investissement applicable ou que le contrat conclu admet le recours direct à l'arbitrage[968]. En ce sens, dans l'affaire Benvenuti, une société italienne avait conclu un contrat avec l'Etat congolais pour la création d'une société. L'Etat avait pris le contrôle de cette société en multipliant les ingérences dans sa gestion. Avant que les juridictions internes n'aient tranché le différend, l'investisseur italien avait saisi le CIRDI. L'Etat congolais avait estimé que les procédures

---

[965] C'est d'ailleurs ce qui ressort des paragraphes 166 et 170 de la sentence *Loewen préc.*

[966] Sent. CIRDI, 11 octobre 2002, *Mondev International Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, aff. n° ARB(AF)/99/2. Le paragraphe 96 de la sentence a énoncé qu' « (i)l incombera à l'investisseur de décider s'il doit entamer un arbitrage immédiatement, parallèlement à la nécessité, en vertu de l'article 1121, de continuer à recourir à des recours internes dans l'État hôte ou de réclamer initialement un préjudice au titre de la mesure. devant les tribunaux locaux ».

[967] CIJ, 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique c. Italie).*

[968] Comme il en est fait état dans les paragraphes 276 et 277 de la sentence CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, aff. n° ARB/06/18.

internes étaient en cours et donc, que la société italienne ne pouvait pas saisir le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral a considéré qu'aucune clause contractuelle ne faisait mention de la condition d'épuisement des voies de recours internes, malgré la possibilité offerte aux Etats contractants, par l'article 26 de la Convention de Washington, d'exiger que « les recours administratifs ou judiciaires soient épuisés » comme « condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention »[969]. Cette disposition de la convention de Washington témoigne du caractère exceptionnel de l'épuisement des voies de recours, qui ne joue qu'au prisme de l'autonomie de la volonté de l'Etat contractant. Le principe demeure le non-épuisement des voies de recours internes, sauf disposition contraire, l'article 26 de la convention de Washington rappelant que le consentement des parties à l'arbitrage « est, sauf indication contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours ». Il peut également être fait mention de l'affaire Maffezzini, dans laquelle le traité d'investissement applicable ne soumettait pas *expressis verbis* le recours devant un tribunal arbitral à l'épuisement des voies de recours internes, mais faisait simplement référence à des procédures auprès des tribunaux nationaux[970]. Il convenait de s'interroger sur le point de savoir si ces références pouvaient s'analyser comme exigeant l'épuisement des voies de recours internes. Les arbitres ont finalement considéré que « le traité bilatéral n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes par rapport à cette notion en droit international »[971].

En définitive, pour assurer davantage de légitimité à l'intervention des tribunaux arbitraux, il reviendrait aux Etats d'insérer, de manière systématique, au sein de leurs traités d'investissement, une clause d'épuisement des voies de recours internes, préalables à l'arbitrage.

---

[969] Sent. CIRDI, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant c. Congo*, aff. n° ARB/77/2.

[970] Sent. CIRDI, *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, aff. n° ARB/97/7.

[971] CH. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention, Article 25 », *ICSID Rev*. 1997, vol. 12, p. 59, § 201.

a.2. La médiation préalable

351. Le groupe de travail II de la CNUDCI s'est penché sur la réforme de l'arbitrage d'investissement en abordant le thème de la médiation. Ce faisant, ce groupe de travail a adopté le UNICTRAL Model Law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation de 2018 et a adopté un second instrument, le United-Nations Convention on mediated international settlement agreements (adoptée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies en décembre 2018 et signée par 51 Etats). Le groupe de travail II de la CNUDCI a tenté de répondre aux difficultés posées par la médiation. La médiation tire sa source d'une nature purement contractuelle, ce qui la rend flexible et complique son organisation et son encadrement procédural. Dès lors, il n'est pas aisé d'adopter des mécanismes pour la réguler et pour s'assurer de son efficacité, d'autant que l'absence d'autorité de la décision de médiation a toujours constitué son principal défaut. Pour répondre à ces problématiques, le groupe de travail a proposé que les Etats s'engagent à respecter l'accord de médiation. Dans la même veine, le 15 juin 2021, le CIRDI a proposé des amendements par le biais de son groupe de travail V sur la médiation. Aucune grande nouveauté n'est à relever, le CIRDI réaffirmant que la médiation est possible sur tout ou partie du litige, même au cours d'une procédure arbitrale pendante.

352. Les différends entre Etats et investisseurs sont devenus bien trop conflictuels. Dans l'affaire Metalclad c. Mexique[972], si l'investisseur avait gagné plus de 17 millions de dollars US, il en avait regretté l'issue. Il avait assuré qu'il aurait préféré une autre voie, moins contentieuse que celle de l'arbitrage, dont la durée avait excédé cinq années et les coûts avoisiné les cinq millions de dollars[973]. Comme le soulignait Abraham Lincoln, « le dénommé gagnant est souvent un véritable perdant en frais, en dépenses et en

[972] Sent. *Metalclad Corp préc*.

[973] Cf J. COE JR., « Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes-A Preliminary Sketch », *U.C Davis J. Int'l L. & Pol'y* 2015, vol. 12, p. 7, 8-10.

perte de temps »[974]. Les positions ne sont pas toujours inconciliables entre des parties en différend et une médiation imposée pourrait produire des effets sur la survie de leurs relations d'affaires.

353. La majorité des institutions d'arbitrage disposent que les conflits peuvent être résolus soit par la médiation soit par l'arbitrage. Ainsi, médiation et arbitrage sont en concurrence dans la Convention CIRDI, mais aussi dans les règles LCIA. Cette concurrence traduit un résultat sans appel. D'après les chiffres, sur les affaires rendues au 8 mars 2019, il y a eu 702 procédures arbitrales et que onze procédure de médiation ou conciliation. Dans d'autres institutions arbitrales, la médiation ne représente même que 3 % des procédures instituées par les parties. En 2020, sur les 2577 TBI étudiés, 627 prévoient une médiation ou une conciliation comme alternatives aux arbitrages entre les investisseurs et les Etats[975]. La médiation aurait mérité davantage de crédits. Elle consiste en une négociation administrée par une tierce partie neutre. Ce processus est volontaire et a le vent en poupe dans les litiges commerciaux internationaux, où elle tend de plus en plus à supplanter l'arbitrage. Préalable à un arbitrage éventuel, la médiation dans les relations entre investisseurs et Etats permettrait de réduire les coûts et de préserver une relation cordiale entre les parties. D'ailleurs, la médiation bénéficie, pour les parties, de l'avantage de la confidentialité.

354. De plus en plus de traités d'investissement contiennent des dispositions mentionnant la présence des « ombudsman » (des médiateurs) et des Comités conjoints de représentants des Etats parties, dont les fonctions sont de prévenir et de régler les différends entre investisseurs privés étrangers et les Etats d'accueil[976]. L'inconvénient majeur de ce système de médiation par Etats est son caractère inter-étatique,

---

[974] Cf R. BASLER et al., « Abraham Lincoln's Notes for a Law Lecture », *Abraham Lincoln Online* http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm ; TH. N. HYDE, « Lincoln, Legal Ethics and Success in Mediation », *Hillsborough County B. Ass'n Law* 2014, vol. 24(7), p. 54.

[975] Sur ces points, cf S. MANCIAUX, « Mediation or arbitration for the settlement of investment disputes : rivalry and/or complementarity ? », *IBLJ* 2019, vol. 6, p. 657-666.

[976] Cf Modèle TBI de Norvège de 2015, article 14.2 : « (t)out différend au titre du présent article sera, si possible, réglé à l'amiable. Une partie et un investisseur de l'autre partie peuvent convenir de procédures non contraignantes, y compris les bons offices, la conciliation ou la médiation ».

l'investisseur privé étranger remettant le litige entre les mains de son Etat d'origine, qui deviendrait maître de la stratégie à adopter. L'Etat d'origine pourrait privilégier la préservation de la relation diplomatique avec l'Etat d'accueil et transiger durant la médiation à des conditions défavorables pour l'investisseur ressortissant. De plus, la médiation entre Etats pourrait être déséquilibrée, si elle met en relation un Etat développé et un Etat en développement ou peu développé[977]. Une réécriture des traités d'investissement auraient alors pu s'opérer, afin que la médiation puisse s'effectuer dans un cadre unissant exclusivement l'Etat d'accueil à l'investisseur étranger.

355. Le CETA n'a pas ignoré l'importance de la médiation et a proposé une médiation préalable avant l'enclenchement de l'instance du SJI. Le CETA a également admis la médiation à n'importe quel moment de la procédure. Plus qu'une simple proposition, la médiation aurait dû devenir une alternative de soutien à l'arbitrage d'investissement, une procédure en amont, plus rapide, moins chère, pouvant réduire le nombre d'affaires. Déjà et selon les chiffres, sur plus de 2500 TBI étudiés, 624 prévoient une médiation préalable, soit environ 24 % des TBI[978]. Un chiffre encore bien trop bas, mais en hausse constante[979]. Des TBI sont même allés jusqu'à détailler la procédure[980]. D'ailleurs, la Convention CIRDI a soutenu la

---

[977] J. CAZALA, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI* n° 1, janvier 2017, doctr. 3.

[978] Cf K. FAN, « Mediation of Investor-State Disputes : A Treaty Survey », *JDR* 2020, vol. 2, p. 327. Cf également S. MANCIAUX, « The use of mediation for the settlement of investment disputes », *Indian journal of arbitration law* 2022, vol. 10, p. 98.

[979] Cf article 29.1 SADC modèle TBI de 2012 : « (e)n cas de différend d'investissement entre un investisseur ou son investissement et un État hôte en vertu du présent accord, l'investisseur et l'État hôte devraient dans un premier temps chercher à résoudre le différend par la consultation et la négociation, ce qui peut inclure l'utilisation de la médiation (…) ». Cf article 13 modèle TBI Chine : « (t)out différend juridique entre un investisseur d'une partie contractante et l'autre partie contractante en relation avec un investissement sur le territoire de l'autre partie contractante sera, dans la mesure du possible, réglé à l'amiable par voie de négociation entre les parties au différend, dont la médiation ». Article 12(1) du TBI Suisse Egypte de 2010 : « (l)e différend entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante concernant un investissement (…), qui concerne une violation alléguée du présent Accord (…) sera (…) dans la mesure du possible, réglé par consultation, négociation ou médiation (…) ». De même pour les traités multilatéraux, cf CPTPP, « en cas de litige en matière d'investissement, le demandeur et le défendeur devraient dans un premier temps chercher à résoudre le différend par la consultation et la négociation, ce qui peut inclure l'utilisation de procédures de tiers non contraignantes, telles que les bons offices, la conciliation ou la médiation », Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CTPP), art. 9.18, 30 décembre 2018.

[980] Cf article 10.4 modèle TBI Thaïlande de mai 2012 : « (l)es parties au litige peuvent à tout moment convenir de conciliation ou de médiation. Les procédures de bons offices, de conclusion ou de médiation peuvent commencer à tout moment et prendre

médiation. A l'origine, cette Convention avait même été édictée dans l'optique principale du système de médiation, avant que les Etats ne lui préfèrent l'arbitrage[981]. C'est ainsi que le CIRDI a créé des règles pour la Médiation (ICSID Mediation Rules notamment)[982].

356. En définitive, la faiblesse de la médiation, c'est son exécution, qui reste spontanée. Des voix se sont donc élevées pour donner à la médiation plus de contrainte dans l'exécution[983]. Et ces voix ont été entendues par l'Assemblée générale des Nations-Unies, qui a adopté le 20 décembre 2018 la Résolution 73/198 « United-Nations Convention on international settlement agreements resulting from mediation », développée sous les auspices de la CNUDCI. Cette Convention est ouverte à la signature des Etats depuis le 7 août 2019 et reprend des termes de la Convention de Singapour qui dispose, à son article 3, que les parties à la Convention autoriseront le caractère exécutoire d'une sentence de médiation, appelé « settlement agreement », en respect avec les règles de la procédure fixées par la Convention.

Si les pistes liées aux procédures préalables à l'arbitrage d'investissement auraient pu être envisagées de manière endémique, elles auraient, le plus souvent, impliqué une réécriture des traités d'investissements existants. Assainir la relation entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement aurait été une autre solution envisageable.

---

fin à tout moment. Ces procédures peuvent se poursuivre pendant que la question est examinée par un tribunal arbitral institué en vertu du présent article, à moins que les parties au litige n'en conviennent autrement. Les procédures de bons offices, de conclusion, de médiation engagées par les parties au litige au cours de ces procédures doivent être confidentielles et sans préjudice des droits de l'investisseur en litige dans toute procédure ultérieure ou autre ».

[981] Cf A. PARRA, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2e éd., 2017 Cf également J. CLAXTON, « Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes : No Pressure, No Diamonds ? », *Pepp. Disp. Resol. L.J*. 2020, vol. 20, p. 78.

[982] ICSID Rules & Regulations Amendment Process, ICSID et cf Proposals for Amendment of the ICSID Rules, *Int'l Ctr. For Settlement of Inv.Disp. 2 Working Paper* n° 3, août 2019.

[983] L. JIAN, « How can investor-state mediation be more effective : Legal framework and capacity of Institutions and Governments », *J.WTO&China* 2021, vol. 11, p. 34.

b. L'alternative de la question préjudicielle ouverte aux tribunaux arbitraux

357. Partie intégrante du droit des Etats membres, le droit de l'Union est susceptible d'être appliqué par un tribunal arbitral[984]. Si les Etats membres ont « obligation de prendre toutes dispositions utiles pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire »[985], pareille obligation n'est pas opposable aux tribunaux arbitraux et, cette absence d'opposabilité fonde toutes les difficultés. Un projet posait les prémices d'un certain respect par les arbitres du droit de l'Union. En ce sens, le paragraphe 8 du Projet Nisser/Blanke affirmait l'existence d'un devoir des tribunaux arbitraux d'invoquer d'office le droit communautaire, sans faire référence à la nature de l'obligation violée, au siège de l'arbitrage ou encore à la loi applicable au contrat[986]. Ce projet partait du principe selon lequel la défense de l'ordre public européen exigeait la reconnaissance aux instances européennes d'un droit d'intervention et d'un droit de contrôle dans les procédures arbitrales. Ce projet n'a pas abouti, puisqu'il serait parvenu à un contrôle exacerbé de la CJUE sur l'activité des tribunaux arbitraux. En intégrant l'arbitrage d'investissement dans la sphère de l'ordre juridique européen, le danger aurait été de remettre en question l'autonomie même de l'arbitrage d'investissement.

358. En réalité, plus que le contrôle, il suffirait simplement d'imposer aux arbitres le respect d'une coopération accrue avec les institutions européennes. La coopération entre un tribunal arbitral et les institutions européennes pourrait se matérialiser par le mécanisme de la question préjudicielle. La question préjudicielle permet à une juridiction de poser une question à la CJUE sur l'interprétation ou la validité du droit de l'Union européenne, afin de s'assurer du respect de l'effectivité de ce droit ainsi que de son application uniforme dans l'Union européenne. En contrepartie du maintien des TBI intra-UE et des arbitrages d'investissement, il aurait pu être proposé d'admettre aux arbitres de transmettre à la CJUE des

---

[984] Point 41 de l'arrêt Achmea.

[985] CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. P. 630, p. 634.

[986] C. NISSER et G. BLANKE « Projet de Lignes directrices sur la Commission européenne intervenant en tant qu'amicus curiae dans les procédures d'arbitrage international », *Rev. Lamy concurr*, juillet/septembre 2007, p. 148-158.

questions préjudicielles ayant pour effet de les obliger. Cette proposition aurait pu garantir l'application effective du droit de l'Union. Ledit mécanisme préjudiciel a pour objet de lutter contre les divergences d'interprétation du droit de l'Union et vise à s'assurer d'une parfaite et étroite collaboration et coopération entre la CJUE et les juridictions nationales pour une bonne application et interprétation du droit de l'Union européenne. Mais la CJUE se refuse à accorder aux arbitres la possibilité d'un renvoi préjudiciel et un paradoxe apparaît alors. En effet, « la tenson existante entre l'arbitrage et l'Union européenne se cristallise autour de la question préjudicielle. D'une part, la Cour de justice se refuse, de façon résolument dogmatique, à accueillir un renvoi préjudiciel des arbitres. D'autre part, elle se prévaut de cette interdiction pour interdire méthodiquement le recours à l'arbitrage »[987].

359. Il pourrait être objecté que les tribunaux arbitraux ne se seraient pas montrés enthousiastes à l'idée de transmettre des questions préjudicielles. Ils n'auraient pas souhaité se placer sous l'autorité de la CJUE, sans obtenir des garanties d'autonomie en retour. D'ailleurs, même le Conseil d'Etat a longtemps été réticent à poser une question préjudicielle à la CJUE, en se réfugiant derrière la théorie de l'acte clair[988]. Imposer aux tribunaux arbitraux le soin de poser des questions préjudicielles aurait été à l'encontre de la décentralisation offerte par l'arbitrage et de la rapidité des procédures. A cela, il convient de rétorquer. Il n'est plus satisfaisant d'attendre que les juridictions d'un Etat membre soient saisies d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale et décident de transmettre une question préjudicielle à la CJUE sur le fondement de cette sentence. Des concessions auraient pu être tolérées par les arbitres pour le maintien de leur compétence.

360. Pour qu'un tribunal arbitral puisse poser une question préjudicielle à la CJUE, encore faut-il qu'il puisse être confondu avec une juridiction. Le système juridictionnel de l'Union européenne est composé des juridictions européennes, mais aussi des instances juridictionnelles des Etats membres. Le juge européen a rappelé que l'appréciation de la notion de juridiction est une « question qui relève uniquement

---

[987] J. JOURDAN-MARQUES, « Arbitrage et question préjudicielle », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 2, p. 595.

[988] CE. 10 juillet 1970, *Synacomex*, Rec., p. 477, *JCP* 1971. II. 1670, note D. RUZIE.

du droit de l'Union »[989]. Une décision du Tribunal de l'Union européenne en 2021 étant inattendue, et a adopté une position favorable à la qualification de « tribunal étatique » à un tribunal arbitral[990]. Pour autant, il ne s'agit pas d'une décision de principe.

361. La CJUE détermine la qualité de juridiction compétente pour soumettre une question préjudicielle en prenant en considération « l'origine légal de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organisme des règles de droit ainsi que son indépendance »[991]. Une fois que l'offre publique d'arbitrage émise dans un TBI a été acceptée par l'investisseur, le caractère obligatoire du tribunal arbitral s'imposera à l'Etat. Autrement dit, l'Etat d'accueil ne pourra pas échapper au tribunal arbitral une fois l'offre publique d'arbitrage acceptée par l'investisseur privé étranger. De plus, les tribunaux arbitraux, tirant très généralement leur compétence des TBI, se manifestent par leur indépendance, par le caractère contradictoire de leur instance et ils appliquent incontestablement des règles de droit. Pourtant, ils ne semblent pas répondre, à première vue, au critère de la permanence. Dans un arrêt rendu le 23 mars 1982, la CJCE a déclaré qu'un tribunal arbitral n'est pas une juridiction au sens de l'article 267 du TFUE, dès lors que rien n'oblige les parties à « confier leurs différends à l'arbitrage et que les autorités publiques de l'Etat membre concerné ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage, ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre »[992]. Il n'existe pas d'obligation de sélectionner l'arbitrage comme mode de règlement des conflits. Pourtant, la CJUE a déjà reconnu, dans l'arrêt Ascendi Beiras Litoral, qu'un tribunal arbitral pouvait être qualifié de « juridiction », au sens de l'article 267 du TFUE, et ainsi formuler en cette qualité une question préjudicielle[993]. La CJUE a affirmé que, « (b)ien que la composition des formations de jugement du Tribunal Arbitral Tributario (était) éphémère et que l'activité de celles-ci

---

[989] CJUE, 31 février 2013, *Belov*, C-394/11, ECLI:EU :C :2013 :48, § 38.

[990] TUE, 22 septembre 2021, aff. T-639/14, § 150.

[991] CJCE, 17 septembre 1997, C-54/96, Rec. P. I-4961, point 23 ; CJUE, *Belov*, *préc*., point 38.

[992] CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, 102/81, Rec. P. 1095, points 10-12.

[993] CJUE, 12 juin 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta S.A c. Autoridade Tributaria e Aduaneira*, C-377-13, §§ 22 et ss.

(s'achevait) après qu'elles aient statué, il n'en demeure pas moins que, dans son ensemble, le Tribunal Arbitral Tributario (présentait), en tant qu'élément dudit système, un caractère de permanence »[994]. A propos de l'arrêt Achmea, l'avocat général a estimé que l'exigence de la permanence était satisfaite sur le fondement de l'article 8 du TBI et que l'arbitrage s'était déroulé dans le cadre d'une Cour permanente d'arbitrage ayant appliqué le règlement de la CNUDCI. En réalité, si les tribunaux arbitraux répondent à la condition de la permanence, c'est parce qu'ils sont institués sur une base normative, qu'elle soit légale ou par accord international de l'Etat visant à organiser leur activité et leur compétence[995].

362. En dépit de tous les arguments laissant présager d'une assimilation du tribunal arbitral en une juridiction, en déclarant le tribunal arbitral comme un « organisme » contraire au principe de confiance mutuelle entre les Etats membres, la CJUE ne l'a pas assimilé à « une juridiction de l'un des Etats membres », sans apporter plus d'éclaircissements. Et admettre les questions préjudicielles pour un tribunal arbitral n'aurait pas suffi à sa survie, puisque la CJUE a prohibé l'arbitrage d'investissement intra-européen, y compris lorsque le tribunal arbitral n'interprète ni n'applique le droit de l'Union.

363. A sa mise en place, si le Tribunal CETA ne sera pas une juridiction des Etats membres et ne sera pas rattaché à un ordre juridique déterminé, il détiendra les habits d'une juridiction. La CJUE admet qu'un tribunal puisse poser une question préjudicielle, dès lors qu'il s'agit d'une juridiction établie par la loi, permanente, dont la compétence est obligatoire pour les parties, indépendante et respectant le contradictoire. Indéniablement, le Tribunal CETA répond à plusieurs de ces conditions[996]. Si son établissement par la loi pourrait poser problématique, étant institué par un traité, le traité est assimilé à la loi dans plusieurs ordres juridiques. L'une des conditions ferait défaut, à savoir la nature obligatoire de ce Tribunal, qui n'aurait compétence obligatoire que pour les Etats, mais non pour les investisseurs, sauf si

---

[994] CJUE, 12 juin 2014, *Ascendi c. Autoridade Tributaria e Aduaneira*, aff. C-377/13, Rec. numérique, pt. 26.

[995] Cf CJUE, 13 février 2014, *Merck Canada c. Accord Healthcare e.a.*, aff. C-555/13, Rec. numérique, pt. 24.

[996] Le SJI est établi par la loi, en particulier par la section F du chapitre 8 du CETA. Le SJI semble permanent (articles 8.27 et 8.28), il est indépendant et impartial (article 8.30.1), la procédure arbitrale est contradictoire. Le SJI applique des règles de droit, celles du CETA et, à défaut, le droit européen et le droit canadien. Et les décisions du SJI sont de nature juridique.

les investisseurs choisissent de la saisir. Néanmoins, dans ses conclusions sous l'affaire Achmea, l'avocat général a conclu au caractère obligatoire de la compétence du tribunal arbitral notamment du fait de la force obligatoire de ses sentences[997]. Il a même ajouté que « (l)e fait que l'investisseur peut choisir d'ester en justice soit devant les juridictions de l'Etat membre concerné, soit devant le tribunal arbitral, n'affecte pas le caractère obligatoire de la juridiction du tribunal arbitral »[998]. Par conséquent, le caractère obligatoire de la compétence du Tribunal ne serait pas un obstacle insurmontable. En tant que juridiction, les juges du Tribunal CETA seront légitimes à transmettre une question préjudicielle à la CJUE, pour s'assurer de la conformité de leur solution avec le droit européen et cela a sans doute convaincu la CJUE d'accorder au SJI sa reconnaissance. En pratique, le Tribunal CETA pourra tout de même décider de ne pas poser de questions préjudicielles à la CJUE et interpréter seul le droit de l'Union européenne, puisqu'un Etat tiers, en l'occurrence le Canada, est partie au Traité et ne reconnaîtra probablement pas la légitimité de la CJUE[999]. Le Tribunal CETA pourrait alors contredire l'affirmation selon laquelle « (l)a CJUE est l'autorité suprême en matière d'interprétation (…) du droit de l'Union »[1000], D'ailleurs, aucune disposition au sein du CETA ne prévoit la possibilité du recours aux questions préjudicielles par le Tribunal CETA. Ainsi, dans son avis du 30 avril 2019, la CJUE a signalé que l'ouverture aux questions préjudicielles ne serait pas cohérent dans le cadre du CETA, le mécanisme du SJI étant totalement extérieur au système juridictionnel de l'Union européenne[1001].

Conclusion sous-section II : A la différence de l'arbitrage d'investissement, les parties ne pourront pas choisir les juges qui trancheront leur litige. Il s'agit là d'un profond problème institutionnel. D'après une étude récente, 75 % des parties prenantes à un arbitrage d'investissement préféraient la sélection directe

---

[997] Point 115.

[998] Point 117.

[999] Il n'est pas certain que le Canada ou les Etats-Unis ou le Vietnam acceptent de se placer sous la vassalité de la Cour de justice de l'Union européenne en restant dans l'expectative de ses réponses aux questions préjudicielles.

[1000] B. DE WITTE, « A Selfish Court ? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union », *in* M. CREMONA et A. THIES (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law. Constitutional Challenges*, Hart 2014, p. 34.

[1001] Point 134 de l'avis du 30 avril 2019.

des arbitres par les parties. « Ces chiffres montrent qu'il existe une désapprobation générale à l'égard des récentes propositions visant à mettre fin à la nomination unilatérale des parties »[1002]. Toutes les études empiriques ont témoigné du fait que la possibilité pour les parties de désigner leurs arbitres était une des raisons clés au recours à l'arbitrage. Une étude, parue en octobre 2012, de la School of International Arbitration de l'Université de Queen Mary, de l'Université de Londres et du cabinet White & Case, « Enquête sur l'arbitrage international 2012 : pratiques actuelles et privilégiées dans le processus arbitral», a démontré que dans trois quarts des cas, les parties optaient pour un système dans lequel elles étaient autorisées à désigner leur propre arbitre[1003]. La justice doit être exercée en toute légitimité. Concernant le SJI, la légitimité pose question. En étant privés par le CETA de la possibilité de nommer leurs juges, les investisseurs perdront le sentiment de contrôle de l'instance qui pouvait les habiter. Les Etats européens eux-mêmes perdront ce sentiment, car les juges seront nommés non pas par eux, mais par le Canada et un représentant de l'Union européenne, l'autre tiers étant nommé par des Etats tiers. Par conséquent, il serait inadéquat de comparer le SJI avec la CEDH ou avec la CJUE comme l'a fait la Commission européenne, puisque les juges du SJI ne seront pas élus[1004]. Certes, la déclaration du Royaume de la Belgique[1005] avait annoncé qu'il sera accordé le droit aux Etats membres de l'Union européenne et à l'Union européenne de joindre leur compétence de nomination des juges de première instance et d'appel du SJI. Ainsi, « (l)a sélection de tous les juges du Tribunal et du Tribunal d'appel sera faite, sous le contrôle des institutions européennes et des Etats membres, d'une façon rigoureuse, avec l'objectif d'en garantir l'indépendance et l'impartialité, ainsi que la plus haute compétence »[1006]. Toutefois, ce processus

---

[1002] P. FRIEDLAND, S. BREKOULAKIS, « International Arbitration Survey : Current and Preferred Practices in the Arbitral Process », *White & Case* 2012, p. 5.

[1003] Cf J. TEMPLEMAN, « The 2012 International Arbitration Survey : Looking Behind the Closed Doors of International Arbitration », *Practical.L.Co*, 7 novembre 2012.

[1004] Council of the European Union, « Joint Interpretive Instrument on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the European Union and its Member States » (Bruxelles, 27 octobre 2016), (13541/16) p. 6a.

[1005] Déclaration du Royaume de la Belgique (et des Etats membres (…)) avec le soutien de la Commission européenne, sur la protection des investissements et la Cour d'investissement (ICS).

[1006] *Ibid*.

de sélection conjointe demeure incertain et rien n'a été mentionné sur le rôle particulier que tiendra chacun des Etats membres.

Délais pour statuer extrêmement ambitieux, coûts financiers à la mise en place de l'instance, autant de défis rendant l'échec du SJI inévitable. En renonçant à l'arbitrage d'investissement, les Etats membres plaideront difficilement en sa faveur dans les négociations commerciales et internationales, en cours et à venir, avec leurs partenaires extérieurs. Il s'agit là d'un des effets dominos à anticiper. Les véritables attentes procédurales des opposants à l'arbitrage d'investissement ne seront pas comblées par la consécration de ce SJI, puisque certaines garanties procédurales offertes aux investisseurs dans l'arbitrage d'investissement et, contestées, se retrouvent dans le nouveau système. Le Tribunal CETA n'impose pas, pour être saisi, l'épuisement des voies de recours internes et le Tribunal CETA ne pourra être saisi que par les investisseurs privés étrangers, qui continueront de détenir le monopole des plaintes. Ce faisant, les attentes des opposants à l'arbitrage d'investissement ne sont pas toutes comblées.

Avant de déclencher son droit d'action à l'instance arbitrale, l'investisseur aurait pu se voir contraindre de se saisir des recours internes dans l'État hôte ou de tenter de résoudre le différend à l'amiable, par voie de négociation, comme la médiation. Ces voies procédurales auraient pu permettre un règlement des différends en amont, sans avoir à recourir à l'arbitrage d'investissement. Même si de plus en plus de traités d'investissement ont posé l'exigence des voies de recours préalables, nombreux sont ceux restés silencieux, de sorte qu'une renégociation des traités d'investissements existants aurait été nécessaire. L'opération aurait été complexe. Une autre piste était d'améliorer la perception de l'arbitrage d'investissement aux yeux de l'Union européenne, en permettant aux tribunaux arbitraux de se référer à la CJUE pour toute question relative à l'interprétation du droit de l'Union européenne. Aussi séduisante soit-elle, cette proposition n'aurait pas été suffisante, dès lors que la CJUE a dénié toute légitimité aux arbitrages d'investissement, que le tribunal arbitral interprète ou non le droit de l'Union.

Conclusion section II : Les investisseurs, parties au litige, perdent le privilège de désigner leur propre arbitre et le Président du Tribunal CETA. Cette volonté de monopole était déjà rappelée par Philippe

Fouchard qui, dans sa thèse, soulignait que « nombres d'accords inter-institutionnels poussent la coopération jusqu'à prévoir la désignation par les parties d'arbitres sur des listes spécialement dressées et représentatives de l'ensemble des spécialistes des problèmes du commerce international, praticiens ou juristes, tout en souhaitant qu'il soit possible ainsi d'aboutir à la confection d'une liste unifiée de personnes susceptibles de contribuer à la création d'un personnel arbitral propre à cette matière, avec pour objectif la finalisation d'un système mondial de l'arbitrage commercial international »[1007]. Le Professeur Jan Paulsson déclarait, en 2010, qu'il n'existait pas de droits acquis pour une partie de désigner son arbitre[1008]. Pourtant, « toutes les parties devraient avoir les mêmes droits en ce qui concerne la nomination des arbitres »[1009]. Il s'agit là d'un paradigme élémentaire et laisser le monopole aux Etats dans la désignation des arbitres provoquera inévitablement une perte de légitimité du SJI. En définitive, le SJI ne résoudra pas les problématiques relatives à l'arbitrage d'investissement. « Dès qu'il y a de la politique, vous ne pouvez pas garantir une qualité décente des juges qui seront là »[1010]. Or, avec le traité CETA, le monde de l'arbitrage d'investissement se dirige non pas vers une évolution mais vers une révolution, « à un système totalement orienté ou à un système de combinaison d'Etats »[1011].

A propos de l'avis rendu par la CJUE relatif au SJI, l'avocat général a énoncé, dans ses conclusions, que « l'Union se veut à l'initiative d'une réforme globale du modèle de règlement des différends entre investisseurs et Etat (…), l'Union se situant à l'avant-garde d'un mouvement dont l'avenir dira s'il est juridiquement amené à être perpétué »[1012]. Toutes ces incertitudes évoquées ne peuvent pas laisser présager

---

[1007] PH. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Thèse, Dalloz, 1965.

[1008] J. PAULSSON, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Rev*. 2010, vol. 25(2) : Foreign Investment LJ, p. 339.

[1009] Cass. civ. 1re., 7 janvier 1992, *Sociétés BKMI et Siemens c. Société Dutco*, n° 89-18.708, 89-18.726 ; J. MAIR, « Equal Treatment of Parties in the Nomination Process of Arbitrators in Multi-Party Arbitration and Consolidated Proceedings », *Austrian Rev. Intl & Eur. L.* 2007, vol. 12, p. 59-64.

[1010] CH. BROWER, « ICSID at a crossroads : How the settlement of Investor-State Disputes is being transformed », *ASIL Proceedings* 2018, 192.

[1011] *Ibid*.

[1012] § 8 et § 18.

du succès du SJI. Par sa nature controversée, la désignation politisée de ses juges ou les luttes à venir avec la CJUE, le système juridictionnel d'investissement ne fera pas l'unanimité. L'arbitrage d'investissement demeurera toujours la seule justice de compromis acceptable, en ce qu'il contribue à organiser des opérations entre les Etats et les investisseurs étrangers. Aucun des accords de négociation prévoyant l'instauration d'une Cour internationale d'investissements « ne pourrait entrer en vigueur à court terme, compte tenu notamment du processus de ratification de l'UE, qui suppose une approbation de l'ensemble des Etats membres suivant les règles constitutionnelles de chacun et demande donc, en tout état de cause, un certain temps »[1013]. Une fois entré en vigueur, le seul moyen pour un Etat européen de se soustraire à l'application du SJI serait, à l'instar du Royaume-Uni, de sortir de l'Union européenne.

Au lieu de se pencher sur la création de paramètres de contrôle *post-factum* ou d'exiger le renforcement des moyens de contrôles existants, l'Union européenne a préféré, *stricto sensu,* s'en limiter à exclure toute juridiction arbitrale internationale, pour éluder les dangers d'une mauvaise interprétation ou de la non-application du droit de l'Union européenne. Des pistes de réformes plus acceptables et complémentaires à l'arbitrage d'investissement auraient mérité d'être envisagées avec plus de profondeur. Les cadres de l'arbitrage se seraient renforcés et ses garanties relevées.

Conclusion chapitre II : En mai 2020, vingt-trois Etats membres dont la France ont signé le traité plurilatéral d'extinction des TBI intra-européens reprenant les conséquences de l'arrêt Achmea susvisées[1014]. L'extinction rétroactive des TBI intra-européens est posée à l'article 4.1 : « Les parties contractantes confirment que les clauses d'arbitrage sont contraires aux traités de l'Union, et qu'elles sont donc inapplicables. En raison de cette incompatibilité entre les clauses d'arbitrage et les traités de l'Union, à compter de la date à laquelle la dernière des parties à un TBI est devenue un Etat membre de l'Union européenne ; la clause d'arbitrage figurant dans un tel TBI ne peut servir de fondement juridique à une

[1013] A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* n° 1, janvier 2017, doctr. 2.

[1014] JOUEL169

procédure d'arbitrage ». L'extinction sera rétroactive à la date à laquelle un Etat est devenu membre de l'Union européenne. Le traité a recommandé à ces investisseurs d'abandonner ces instances et d'opter pour les juridictions internes ou se retrancher derrière un facilitateur dans le cadre d'une transaction, appelée le « dialogue structuré ». L'inconvénient est indéniable. Ce dialogue structuré ne constituera en aucune mesure une obligation pour l'Etat de respecter ce qui sera décidé et il ne concernera que les violations potentielles ou avérées au droit européen.

Les instances de l'Union européenne sont intervenues, en parallèle de la CJUE, pour poser les bases d'un SJI, avec le traité CETA. En ce sens, l'article 8.29 du CETA énonce une véritable politique multilatérale exprimée par l'Union européenne et le Canada, puisqu'il dispose que les parties s'engageront à œuvrer avec ses autres partenaires commerciaux à la mise en place d'un cadre juridictionnel multilatéral pour les investissements comprenant un mécanisme d'appel. La prochaine étape à la consécration d'une Cour internationale d'investissement serait, pour palier la délitescence programmée des TBI, l'édiction d'un accord d'investissement international contenant des dispositions protectrices pour tous les investisseurs investissant à l'étranger. D'ailleurs, à la fin du XX^{e} siècle, plusieurs Etats avaient émis la nécessité de s'entendre dans un accord multilatéral d'investissement (AMI) destiné à créer un cadre pour les investissements internationaux. En attendant, le système juridictionnel d'investissement consacré devra répondre des nombreuses incertitudes environnantes et son succès est fort peu crédible.

Nous avons tenu à mettre le SJI devant ses incertitudes, en affirmant que son échec sera prévisible. Il ne pourra pas survivre, à terme, à son mode de désignation politisé des juges, aux délais ambitieux qu'il entend assurer ou même, à sa confrontation inéluctable avec la CJUE. Dès lors, plutôt que d'aboutir à un SJI voué à l'échec, les institutions européennes auraient pu demander aux Etats membres d'apporter à l'arbitrage d'investissement des garanties supplémentaires. En ce sens, au soutien de l'arbitrage d'investissement, nous avons estimé que des solutions auraient mérité davantage de considération. Si le problème de cette justice privé réside dans sa légitimité, alors il aurait pu suffire de promouvoir des procédures préalables obligatoires dans les nouveaux traités d'investissement (médiation, épuisement des voies de recours internes …) ou encore d'instaurer un appel obligatoire. Finalement, le traité CETA a pris la voie d'une refonte majeure du mode de règlement des conflits en matière d'investissements, alors

que cela ne s'imposait pas. Surtout, les demandes réformatrices étaient, en réalité, davantage d'ordre substantiel que procédural.

Des solutions procédurales de soutien à l'arbitrage d'investissement auraient mérité d'être approfondies avec réflexion, plutôt que de s'en résoudre à une alternance. Des compromis auraient pu être trouvés, des garanties nouvelles être consacrées. L'arbitrage possède un atout indéniable, il rassure les investisseurs. Or, la CCIAG a rejeté la proposition du groupe de travail III d'une Cour multilatérale d'investissement. Ainsi, si les initiatives de ce groupe de travail sont louables, aucune de ses propositions ne sont envisageables, dès lors que les représentants des investisseurs affichent leurs doutes. Dans une période post-COVID et dans un contexte de guerre en Europe, il ne serait pas judicieux de provoquer encore plus d'incertitudes auprès des investisseurs étrangers. Ce faisant, il aurait été plus satisfaisant d'adopter des mesures avec pour visée le renforcement de la légitimité de l'arbitrage d'investissement, considéré à tort par l'opinion contestataire comme anti-démocratique.

Conclusion partie I : Toute justice, tout juge et de tout temps, cristallise des critiques. « La justice, d'une façon générale, et les juges en particulier, ont suscité de tout temps la critique, l'ironie et la satire. Certainement parce que l'idée du 'juste' est au centre des préoccupations philosophiques, mais aussi quotidiennes de l'homme. Et que la Justice les déçoit souvent »[1015]. Démanteler l'arbitrage d'investissement, une institution ancienne qui existait même avant Hugo Grotius[1016], alors qu'il était encore réparable s'apparente à un schisme. L'Union européenne aurait dû s'attacher aux garanties déjà existantes et réfléchir à des solutions complémentaires visant à renforcer la légitimité de l'arbitrage d'investissement. La fin de l'arbitrage d'investissement pourrait même conduire à la fin de la paix diplomatique, objectif initial de la signature des TBI contenant des offres d'arbitrage.

[1015] CH. BAILLON, « Le juge sur grand écran », *Petites affiches*, 10 juin 1998, n° 69, p. 4.

[1016] H. GROTIUS, *The rights of war and peace*, Richard Tuck & Jean Barbeyrac eds., Liberty Fund 2005, p. 1123.

Aujourd'hui, la réforme du RDIE est essentiellement centrée sur les aspects procéduraux ; sur l'éthique, sur la création d'un système juridictionnel des investissements ou sur la volonté d'un mécanisme d'appel, en bref sur l'architecture institutionnelle. Les réformes de l'arbitrage CIRDI, notamment par le biais d'un Code de conduite conjoint, s'expliquent surtout par le fait que les arbitrages CIRDI constituent plus de la moitié des arbitrages en matière d'investissement. Le CIRDI a surtout tenu à afficher sa volonté de rester la place dominante en la matière, en rassurant les opposants à l'arbitrage sur la probité contrôlée de l'instance[1017]. Or, en réalité, l'arbitrage d'investissement est perçu comme la matérialisation d'une justice qui ne prendrait en compte que les intérêts des investisseurs. Le droit international des investissements issu des traités d'investissement contiendrait un trop grand nombre de clauses favorables aux investisseurs. Autrement dit, les principales critiques audibles adressées à l'arbitrage d'investissement ne sont pas d'ordre institutionnel, elles sont d'ordre substantiel. Il est urgent, si ce n'est pas trop tard, de restaurer un dialogue entre l'Union européenne et l'arbitrage international[1018]. Il faut faire en sorte que soit regagner la confiance en ce mode de règlement des litiges. Pour ce faire, ce ne sont pas des réformes procédurales et institutionnelles qui s'imposent, mais une refonte du droit international des investissements. Ce faisant, il est à gager que le droit de l'Union européenne sera parfaitement capable et disposé à cohabiter avec l'arbitrage d'investissement, comme il l'a fait pendant des décennies. D'ailleurs, l'année 1958 ne marque-t-elle pas l'année à laquelle le « Traité instituant la Communauté économique européenne est entré en vigueur et l'année de la signature de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères » ?[1019] Comme dans toute relation, des frictions, des turbulences, des tensions peuvent apparaître. S'il convient de ne pas les réduire au silence, il faut apporter des remèdes efficients. Or, les remèdes actuellement proposés par la CNUDCI et le CIRDI (par le recours à un Code de conduite contraignant visant à la probité de l'arbitrage) et l'Union européenne (remise en cause total de l'arbitrage d'investissement intra-UE) s'éloignent du véritable cœur du problème, à savoir le caractère déséquilibré de la substance même du droit international des investissements.

[1017] A. DE NANTEUIL, « Reform of ICSID Arbitration Rules », *IBLJ* 2022, vol. 5, p. 557-560.

[1018] J. NG, « Human Rights and International Investment Law : Examining four approaches to integration », *Hong Kong Law Journal*, 2021, vol. 51, p. 523.

[1019] K. VON PAPP, « EU Law and international arbitration : Managing distrust through dialogue », *E.L.Rev.* 2022, vol. 47 (1), p. 146-147.

Il convient, au préalable, de s'interroger sur les origines des aversions de l'Union européenne portées à l'encontre de l'arbitrage d'investissement. Autrement dit, il convient de se demander pourquoi l'arbitrage d'investissement est décrit comme « un assaut frontal contre la démocratie » par l'environnementaliste britannique George Monbiot ?[1020]. Les universitaires et les ONG sont aussi nombreux à pointer du doigt les défauts du système du règlement des différends entre investisseurs et Etats, ses disfonctionnements. L'opposition s'est globalisée, avec en ligne de crête la pression de l'opinion publique, accrue depuis la consultation de la Commission européenne sur cette thématique.

Se pencher sur les sources de ces contestations est primordiale et ce, pour deux raisons principales. D'une part, si les origines des oppositions ne sont pas identifiées, il sera impossible de désigner les modalités de réformes adéquates qu'il faut envisager pour y répondre. D'autre part, si les origines des contestations ne sont pas éclaircies, les réformes engagées ne répondront pas aux tensions et les difficultés ne seront pas résolues. Les institutions arbitrales ont tenté de répondre aux oppositions en partant du postulat qu'en accroissant la transparence et en renforçant la probité de l'instance arbitrale, on parviendrait à calmer les nombreuses voix dissidentes. L'Union européenne, pour sa part, pense que c'est toute l'institution de l'arbitrage qui est remise en cause et s'estime alors favorable à une extinction des clauses d'arbitrage dans les traités d'investissement et à la promotion d'un système juridictionnel de règlement des litiges en la matière. En réalité, ces réformes se trompent de postulat. Les oppositions à l'arbitrage d'investissement s'atténuerait considérablement s'il était envisagé une refonte des traités d'investissement, contestés pour leurs nombreux déséquilibres substantiels. Les sentences des tribunaux arbitraux sont critiquées alors qu'elles se basent sur ces traités. Si ces derniers étaient mieux rédigés, les sentences auraient une apparence d'équilibre plus renforcée. D'ailleurs, les expériences et enquêtes le démontrent, les critiques adressées à l'arbitrage d'investissement ne viennent pas d'un rejet de cette forme de justice, mais surtout du contenu des TBI. Aujourd'hui, s'il est prôné la fin de l'arbitrage d'investissement, c'est surtout

[1020] G. MONBIOT, « This Transatlantic Trade Deal is a full-frontal assault on democracy », *The Guardian*, 4 novembre 2013.

pour des raisons politiques manœuvrées par l'Union européenne principalement. En définitive, les réformes envisagées par la CNUDCI et le CIRDI se trompent de cible. Autrement dit, ce n'est pas en promouvant un Code de conduite astreignant pour les arbitres que la donne changera et que la perception de l'arbitrage d'investissement s'améliorera. Il faut surtout et davantage se pencher sur des réformes substantielles tenant à l'équilibre des traités. L'arbitrage d'investissement est victime de son succès et s'est dès lors trop exposé, car il a trait à des problématiques touchant l'intérêt public. C'est sous le prisme des craintes de l'opinion publique, que les solutions doivent émerger. Faire le procès de l'arbitrage d'investissement sur le terrain du manquement aux devoirs d'indépendance et d'impartialité de cette justice est l'opprobre qui doit être le plus combattu. L'arbitrage d'investissement offre aux parties des garanties de neutralité certaines et nous avons tenu à les rappeler et à les réaffirmer. D'ailleurs, la CJUE, dans ses séries d'arrêts rendus ces cinq dernières années, n'a pas expressément rejeté l'arbitrage d'investissement sur de tels fondements.

PARTIE II : LA REFONTE SUBSTANTIELLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS, CONDITION A LA SURVIE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

La résolution du litige englobe, d'une part, ce que le juge décide et, d'autre part, la manière dont la sentence est exécutée. Pour fonder sa décision, le tribunal arbitral s'appuie sur les traités d'investissement conclus par les Etats. Ces traités fondent la compétence des arbitres et contiennent des clauses venant édifier aux parties prenantes des droits et des devoirs. Le problème réside dans le fait que les accords internationaux d'investissement sont négociés et conclus entre les Etats. Les investisseurs privés étrangers n'y sont pas parties. Dès lors, ils ne peuvent pas, en principe, se voir imposer d'obligations, tout simplement car ils ne consentent pas au contenu du traité international. Ils se saisissent simplement de l'offre publique d'arbitrage contenue dans celui-ci. Par conséquent, les traités d'investissement sont contestés pour leur apparente disparité dans les droits et les obligations accordés et exigés aux investisseurs et aux Etats (Chapitre I). Si les allégations s'orientent vers un déséquilibre substantiel de l'arbitrage d'investissement en défaveur des Etats, elles doivent être relativisées par les réformes qu'il aurait été possible d'envisager. Si l'équité substantielle de l'arbitrage d'investissement est remise en question, une responsabilité sociale des entreprises (RSE), à nature contraignante, pourrait répondre aux contestations actuelles ainsi qu'à la problématique de l'exécution insuffisante des sentences arbitrales. Autrement dit, les déséquilibres substantiels, s'ils existent, incitent les Etats à ne pas exécuter les sentences prononcées en leur défaveur. Autrement dit, sans un rééquilibrage des droits et obligations dans la relation Etats-investisseurs, les investisseurs se trouveront de plus en plus bénéficiaires de sentences favorables, mais dénuées d'efficacité, rompant avec l'objet même de la résolution du litige (Chapitre II).

Chapitre I : Une justice substantiellement orientée

Dans l'optique de fonder le prononcé de leur sentence, les tribunaux arbitraux s'appuient sur les dispositions issues des traités d'investissement. Ces traités contiendraient des clauses tendant à une surprotection substantielle des investisseurs. Des voix se sont faites insistantes, pour contester des droits qualifiés de démesurés accordés aux investisseurs. L'arbitrage d'investissement doit plutôt se matérialiser par une relation Etat-investisseur qui soit de l'ordre du « gagnant-gagnant ». Pour y parvenir, les Etats sont appelés à adopter des traités rééquilibrant cette relation, en complément de l'action des arbitres déjà observable sur ce point. Les chiffres sont formels. Un rééquilibrage des obligations des parties au sein des accords de protection et de promotion des investissements réduirait le nombre de recours devant les tribunaux arbitraux. En ce sens, les accords de nouvelle génération, posant des devoirs équilibrés entre Etats et investisseurs, ont conduit les investisseurs américains à n'engager que 7,7 % de nouvelles procédures arbitrales, tandis que les accords européens de l'ancienne génération, encore peu équilibrés, ont conduit 60 % d'investisseurs européens à avoir recours à l'arbitrage d'investissement[1021]. Les traités d'investissement actuels sont encore trop peu nombreux à procéder à un rééquilibrage des droits et obligations entre investisseurs et Etats. Ces traités sont attaqués pour contenir des clauses octroyant des droits trop exorbitants au profit des investisseurs (Section I). Craignant de violer les nombreux droits des investisseurs et de se retrouver attraits devant les tribunaux arbitraux et condamnés à des amendes considérables, les Etats se sentiraient restreints dans leurs prérogatives souveraines (Section II).

[1021] *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements* novembre 2013, Commission européenne, p. 5.

Section I : Les déséquilibres substantiels allégués

L'arbitrage d'investissement est la pierre angulaire de l'assurance d'un procès équitable, juste et impartial. Dans ce contexte de mondialisation et du fait de l'avènement des idéologies libérales, l'attrait d'un Etat devant l'arbitrage d'investissement constitue la suite cohérente de la globalisation des économies mondiales. Malgré tout, le succès de l'arbitrage d'investissement tend à ralentir. Même si, au 1er juillet 2009, la Convention de Washington a été signée par 156 Etats et ratifiés par 144 d'entre eux, plusieurs Etats ont pris la décision de la dénoncer au cours des années 2000. A l'occasion du Sommet de l'ALBA (Alternativo Bolivarian para las Americas) du 29 avril 2007, Evo Morales, dirigeant de la Bolivie, a prétendu qu' « aucun gouvernement en Amérique Latine n'a(vait) gagné un arbitrage devant le CIRDI et que le système favoris(ait) exclusivement les entreprises multinationales ». La Constitution bolivienne a alors été modifiée pour amoindrir le respect de l'arbitrage international. L'article 366 de la Constitution bolivienne exige désormais de toutes les entités étrangères, participant à la production d'hydrocarbures dans le pays, qu'elles se soumettent aux lois et tribunaux nationaux. La compétence du tribunal arbitral n'est plus reconnue.

Du fait de clauses substantielles accusées d'être déséquilibrées au sein des traités et ce, en dépit des nuances devant être rapportées (sous-section I), l'arbitrage d'investissement serait devenu un risque pour les Etats, atteignant leur souveraineté par l'octroi de compensations disproportionnées (sous-section II).

Sous-Section I : Des clauses accusées de disparité

La quasi-totalité des traités d'investissement contient des clauses aux intitulés similaires, comme la clause de la nation la plus favorisée et la clause de traitement juste et équitable. Le traitement de la nation la plus favorisée vise à faire bénéficier à chacun des Etats parties au traité des avantages que l'autre viendrait à octroyer, postérieurement, à un Etat tiers à la faveur d'un traité similaire. Favorable aux investisseurs, la question s'est posée de savoir si un investisseur pouvait se prévaloir du jeu de la clause de

la nation la plus favorisée pour bénéficier d'une offre publique d'arbitrage présente dans un traité d'investissement conclu entre l'Etat d'accueil et un Etat tiers à l'investisseur. Autrement dit, l'extension de la clause de la nation la plus favorisée attire les controverses, dès lors qu'elle s'appliquerait aux aspects procéduraux (§1). Quant à la clause du traitement juste et équitable, il convient de rappeler que les politiques incitatives aux investissements étrangers dans le monde, telles que les politiques de l' « *entreguista* » et des « *vendepatrias* » en Amérique du Sud, ont permis aux investisseurs étrangers d'avoir accès à plusieurs secteurs clés de l'économie des Etats, comme l'agriculture, l'industrie pétrolière ou encore l'industrie minière. De même, après la décolonisation, plusieurs pays ont ouvert leur territoire aux investisseurs étrangers, dans l'optique de la reconstruction. Puis des Etats se sont lancés dans de véritables politiques expropriatrices. Il est rapidement apparu nécessaire, pour les Etats exportateurs d'investissements, de multiplier les accords de protection des investissements en prévoyant des clauses de standard minimum de traitement des étrangers, de traitement juste et équitable. La clause du traitement juste et équitable est la clause la plus invoquée devant les tribunaux arbitraux, celle à l'origine de nombreuses contestations portées contre l'arbitrage d'investissement en ce qu'elle serait abusivement utilisée par les investisseurs privés étrangers (§2).

§1 : La clause de la nation la plus favorisée

« La clause de la nation la plus favorisée, c'est la disposition conventionnelle selon laquelle les pays contractants acceptent de s'octroyer mutuellement le bénéfice des avantages commerciaux supplémentaires qu'ils viendraient à accorder ultérieurement à des pays tiers, soit de manière inconditionnelle soit sa(ou)ns condition de réciprocité »[1022]. Un investisseur étranger subissant un traitement moins favorable que celui que l'Etat hôte accorde à d'autres investisseurs ou à ses nationaux, peut demander le bénéfice de cette clause si celle-ci a été insérée dans le traité d'investissement conclu entre son Etat d'origine et l'Etat d'accueil de son investissement. Le berceau de la clause de la nation la plus favorisée est ancien et

[1022] R. BISMUTH, D. CARREAU, A. HAMANN et P. JUILLARD, *op. cit.*, p. 173-174.

celle-ci suscite les réprobations, en ce qu'elle pourrait remettre en cause la nature consensuelle de l'arbitrage en s'étendant aux aspects procéduraux (1). Toutefois, l'extension de la clause de la nation la plus favorisée est limitée et la remise en cause de cette clause n'est pas justifiée (2).

1) Les origines et les contestations

La clause de la nation la plus favorisée tire sa provenance de sources diverses (a) et l'une des controverses majeures entachant celle-ci a trait à son extension procédurale (b).

a. Les sources

364. La clause de la nation la plus favorisée possède des racines qui remontent au Moyen-Âge. L'empereur Henri III avait conclu un accord avec la ville de Mantoue en 1055, lui octroyant un privilège. Cet accord avait garanti à la ville de Mantoue le bénéfice des coutumes concédées de manière générale et impersonnelle aux autres villes[1023]. Il a également été retrouvé les traces de la clause de la nation la plus favorisée dans un Traité de 1290, conclu entre le Royaume d'Aragon et le Sultanat mamelouk du Caire. Elle était aussi présente dans un Traité conclu en 1231 entre la République de Venise et le Sultan hafside, Abû Zakariô-Yahyâ. Enfin, l'article 15 du Traité de Jay de 1794, conclu entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne, disposait qu' « il est convenu qu'il ne sera point payé d'autres ni plus forts droits par les vaisseaux ou les marchandises d'une partie dans les ports de l'autre, que ceux qui sont payés par les vaisseaux et marchandises des autres nations. Et il ne sera point imposé de droits plus forts dans un pays sur l'importation des articles du cru, produits ou manufactures de l'autre, que ceux qui sont ou seront payables sur l'importation de semblables articles du cru, produits ou manufactures d'aucun autre pays étranger. Et

[1023] B. NOLDE, « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI* 1932, vol. 39, p. 25.

il ne sera fait de prohibition sur l'importation d'aucun article dans les territoires des deux pays qui ne s'étendra pas également à toutes les autres nations (…) ».

Les tribunaux arbitraux ont pris pour habitude de veiller au strict respect de la clause de la nation la plus favorisée. Figurant aujourd'hui parmi les clauses les plus fréquemment observées dans les traités d'investissement et la plus vétuste, sa notoriété fait débat. Les Etats ont, le plus souvent, conclu des TBI qui, dans leur contenu, se rapprochent les uns des autres, réduisant l'intérêt de la clause de la nation la plus favorisée.

b. Une extension procédurale débattue

365. La clause de la nation la plus favorisée convient d'être applicable « dans tous les domaines sujets à cet accord ». Un investisseur privé étranger, par le jeu de cette clause, peut se prévaloir d'une clause de traitement juste et équitable énoncée dans un second TBI[1024]. En matière d'indemnisation subséquente à l'expropriation, l'investisseur peut bénéficier du mode d'évaluation de son préjudice le plus avantageux tiré d'un autre TBI[1025]. Le traitement de la nation la plus favorisée vise à une extension automatique des clauses les plus bénéfiques du second traité, lorsqu'un des Etats parties au premier traité l'est également au second.

366. La question s'est posée de savoir si un investisseur pouvait se prévaloir du jeu de la clause de la nation la plus favorisée pour bénéficier d'une offre publique d'arbitrage présente dans TBI conclu entre

[1024] C'est ce qu'a rappelé une sentence CIRDI *Bayindir Inscrat Turigm Ticaret Sanoyi c. Pakistan*, rendue le 14 novembre 2005 *préc.*

[1025] Comme l'a déclaré une sentence ad hoc *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, UNCITRAL du 14 mars 2003.

l'Etat d'accueil et un Etat tiers à l'investisseur ? Si la réponse demeure controversée, elle doit être positive[1026]. Cette clause a pour objet de permettre à un investisseur d'invoquer des dispositions plus favorables contenues dans d'autres traités d'investissement conclus par l'Etat d'accueil. La disposition relative à l'arbitrage international est une disposition favorable aux investisseurs. Certes, pareille solution peut paraitre sévère pour l'Etat d'accueil, qui n'a pas expressément destiné son offre publique d'arbitrage à la nationalité de l'investisseur en question. Cela contribue à remettre en cause la nature consensuelle de l'arbitrage. Malgré tout, en consentant à une clause de la nation la plus favorisée dans un autre traité d'investissement, l'Etat s'est lui-même exposé à cette possibilité. Ainsi et comme l'a énoncé la Cour d'appel de Paris, « sauf mention expresse en ce sens, il ne peut être écarté d'emblée la possibilité pour une clause de la nation la plus favorisée d'inclure l'importation de procédures de règlement des différents »[1027].

367. L'affaire Maffezzini du 25 janvier 2000 a été la première à consacrer l'extension de la clause de la nation la plus favorisée aux aspects procéduraux. En l'espèce, un investisseur chilien avait agi contre l'Espagne devant un tribunal arbitral, pour violation du TBI conclu entre l'Argentine et l'Espagne. Ce traité imposait à l'investisseur de saisir préalablement les tribunaux étatiques et d'attendre l'écoulement d'un délai de dix-huit mois, afin de donner aux juridictions étatiques le temps et les moyens de se prononcer sur le litige. L'investisseur avait invoqué la clause de la nation la plus favorisée dans l'optique de bénéficier du TBI conclu entre le Chili et l'Espagne, qui n'imposait pas le recours préalable aux tribunaux internes, mais seulement le respect d'un délai de six mois entre la naissance du litige et la saisine du centre d'arbitrage. L'Espagne avait contesté cette demande en invoquant le principe *ejudem gereris* et avait considéré que la clause de la nation la plus favorisée ne jouait que dans les matières envisagées par le traité, que seuls les aspects substantiels du traitement étaient susceptibles d'être étendus et non les aspects procéduraux. Le tribunal arbitral a rejeté les arguments de l'Espagne et a jugé que les procédures

[1026] Cf sent. CIRDI, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistan*, aff. n° ARB/11/20. .

[1027] CA Paris, 23 mars 2021, n° 18/05756, *Etat de Libye c. DS Construction FZCO*, § 94, *RGDIP* 2021.669-680, note J. CAZALA.

de règlement des litiges étaient « indissociablement liées à la protection des investisseurs étrangers et (…) essentielles à la protection adéquate des droits »[1028].

368. En réalité, l'extension de la clause de la nation la plus favorisée aux aspects procéduraux n'est pas « jupitérienne ». Elle a fait l'objet de nombreuses sentences arbitrales contradictoires[1029]. Ces divergences peuvent s'expliquer par le fait que la clause de la nation la plus favorisée constituerait une atteinte à la souveraineté des Etats d'établir des relations avec les Etats qu'ils veulent et selon les modalités qu'ils souhaitent. De surcroît, conformément à la convention de Vienne sur le droit des traités, la disposition selon laquelle « les investisseurs doivent convenir d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux investissements des investisseurs de tout autre Etat » convient d'être analysée comme faisant référence aux droits substantiels et non aux droits procéduraux.

369. En définitive, l'extension du jeu de la clause de la nation la plus favorisée à des questions procédurales n'a été acceptée que pour des questions relatives à la recevabilité de la requête, pour contrecarrer le défaut de saisine des juridictions internes et le non-respect des délais entre cette saisine et le recours à l'arbitrage[1030]. D'ailleurs, des tribunaux arbitraux restent vigilants et excluent le jeu de la clause de la

---

[1028] § 54 de la sentence *Maffezzini préc*. Dans la sentence CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Jordanie*, aff. n° ARB/02/13, les demandeurs avaient voulu lutter contre l'exclusion de l'arbitrage dans le TBI entre la Jordanie et l'Italie. Ce TBI excluait de la compétence du tribunal arbitral les contrats conclus entre un investisseur et une entité publique. Ils invoquaient alors le jeu de la clause de la nation la plus favorisée comme fondement à la compétence du tribunal arbitral, en arguant du fait que les restrictions à l'arbitrage n'étaient pas semblables dans les différents TBI conclus entre la Jordanie et les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Le tribunal arbitral a déclaré qu'il « partage les préoccupations exprimées par certains à propos de la solution apportée dans l'affaire Maffezzini », mais que ces préoccupations étaient délicates à appliquer.

[1029] F. LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », *in Les techniques interprétatives de la norme internationale*, RGDPI, Pedone 2011, t. 115, p. 465-466 ; cf sent. CIRDI*, Maffezzini c. Royaume d'Espagne*, aff. n° ARB/97/7, ILR, 2003, n° 124 (ici, le tribunal arbitral a estimé que cette clause jouait autant pour les questions substantielles que procédurales). Cette sentence sera confirmée par la sentence CIRDI rendue le 3 août 2004, *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/8. Mais dans une sentence CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Etats-Unis du Mexique*, aff. n° ARB (AF)/00/2, le tribunal arbitral est venu limiter la portée de cette clause en distinguant « les clauses centrales qui doivent être négociées directement entre les parties contractantes et dont la portée ne peut être étendue par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée d'une part et, les clauses périphériques qui ne sont pas soumises à la même restriction, d'autre part ».

[1030] Cf sent. *Maffezini préc.*, et sent. *Siemens préc*.

nation la plus favorisée à des questions procédurales, sauf preuve certaine de l'intention des parties[1031]. La compétence doit être distinguée de la recevabilité, seule la recevabilité devrait pouvoir faire l'objet d'une application de la clause de la nation la plus favorisée.

En tout état de cause, ces controverses ne doivent pas masquer l'ensemble des justifications qui entoure la stipulation de la clause de la nation la plus favorisée au sein des traités d'investissements.

2) Une clause légitime et relative

370. Si les Etats doivent assurer un traitement égalitaire entre les investisseurs privés étrangers, la clause de la nation la plus favorisée porte les germes du « treaty shopping ». Par le biais de cette clause, les investisseurs peuvent se créer un « super traité » qu'aucun Etat n'a voulu consentir, en créant une mosaïque de droits par la sélection des dispositions protectrices des différents TBI signés par l'Etat d'accueil. Dès lors, il conviendrait de parler de clause de l'investisseur le plus favorisé, plutôt que de clause de la nation la plus favorisée.

371. Des voix se sont emportées pour réduire le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée, afin d'apporter davantage d'*intuitu personae* dans la rédaction des traités d'investissement. Le TTIP prévoyait d'exclure la possibilité pour les investisseurs de bénéficier des dispositions plus favorables, procédurales ou substantielles, contenues dans d'autres traités au titre de la clause de la nation la plus favorisée. Ces dénégations témoignent d'une vision purement statique du droit international. L'application de la clause de la nation la plus favorisée n'entraîne pas de difficultés particulières pour les Etats libéraux, car elle permet de faire progresser la compétitivité de l'économie nationale et d'attirer des

[1031] Affaire Salini *préc.*

capitaux étrangers. Selon la philosophie libérale des Lumières, l'intérêt de la Nation réside dans la recherche de sa richesse[1032]. Par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, les accords d'investissement contribuent à cette recherche, en attirant la venue d'investisseurs étrangers sur le territoire d'un Etat. Cette clause pose simplement des écueils pour les Etats désirant appliquer des mesures sélectives selon la nationalité des investisseurs. La raison pour laquelle cette clause a souvent les faveurs des arbitres tient au fait qu'elle favorise l'émergence du libre-échange et vient en contradiction avec les protectionnismes ambiants.

372. La clause de la nation la plus favorisée est un engagement conventionnel et non un principe de droit international applicable aux Etats. L'article 7 du Projet d'Articles sur le traitement de la nation la plus favorisée dispose qu' « aucune obligation des présents articles n'implique qu'un Etat a le droit de se voir accorder par un autre Etat le traitement de la nation la plus favorisée, si ce n'est sur la base d'une obligation internationale assumée par ce dernier Etat ». La clause de la nation la plus favorisée a donc systématiquement un socle juridique et, comme l'ont fait remarquer les Commentaires du Projet d'Articles, « (…) s'il est vrai que l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée est fréquemment prévu dans les traités de commerce, rien ne permet d'affirmer que cette pratique soit devenue une règle du droit international coutumier. Aussi considère-t-on généralement que les traités constituent l'unique fondement de l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée ». Il appartient alors aux Etats de préciser, à l'avance, les domaines de procédures et/ou de fond qu'ils souhaitent écarter du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. D'après une étude effectuée par la CNUCED et reposant sur deux échantillons de TBI, il en est ressorti des constats intéressants. Le premier échantillon comprenait 862 TBI conclus entre 1962 et 2011, le second 40 TBI conclus entre 2012 et 2014. Au sein du premier échantillon de TBI, seuls 3 % d'entre eux contenaient une disposition énonçant que la clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquait pas aux dispositions relatives au règlement des litiges. Dans le second échantillon, une

[1032] A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations,* W. Strahan et T. Cadell, Londres, 1776.

telle disposition était présente dans 33 % des TBI. La solution Maffezzini énoncée précédemment a donc pu être remise en cause par les Etats[1033].

373. De surcroît, certains Etats ont décidé d'exclure la clause de la nation la plus favorisée de leurs traités d'investissement. En ce sens, l'accord global de partenariat économique conclu entre l'Inde et la Corée du Sud (CEPA)[1034] et l'accord analogue conclu entre l'Inde et Singapour[1035] n'en font pas mention. Le TBI conclu entre la Colombie et la Suisse le 17 mai 2006, à son article 4 § 2, a également exclu le jeu de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions plus favorables relatives aux procédures de règlement des litiges[1036]. Le Brésil a aussi inséré dans son accord avec le Mexique une clause visant à exclure expressément le règlement des différends du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée[1037], même si le Brésil n'a pas agi de la même façon pour les accords conclus avec l'Angola et le Mozambique, portant pourtant sur des rapports similaires[1038]. De même, après la sentence Siemens, l'Argentine et le Panama ont échangé des notes diplomatiques pour s'accorder sur une « déclaration interprétative » de la clause de la nation la plus favorisée présente dans leur TBI de 1996[1039], l'optique

---

[1033] UNCTAD, « Taking Stocks of IIA Reforms : IIA Issues Note », mars 2016, n° 1.

[1034] Cet accord, entré en vigueur le 1er janvier 2010, peut être consulté à

http://commerce.nic.in/trade/INDIA%20KOREA%20CEPA%202009.pdf.

[1035] Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore, Ch. 6 (signé le 29 juin 2005, entré en vigueur le 1er août 2005).

[1036] Cf également l'Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et la Chine, Ch. 11, art. 139 (signé le 7 avril 2008, entré en vigueur le 1er octobre 2008).

[1037] Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la Republic Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, 26 mai 2015, art. 5.3.a.i. Cf également en ce sens l'accord entre conclu entre la Turquie et le Cambodge (21 octobre 2018, article 3.4) et l'accord conclu entre le Japon et la Georgie (29 janvier 2021, article 3.2), affichant une exclusion de l'extension de la clause de la nation la plus favorisée aux dispositions relatives au règlement des différends.

[1038] Brazil-Mozambique Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 30 mars 2015, art. 11.3 et Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreement, 1er avril 2015, art . 11.3.

[1039] Cf *National Grid c. République d'Argentine*, UNCITRAL, 20 juin 2006, § 85 : « après la décision relative à la compétence de Siemens, la République argentine et le Panama ont échangé des notes diplomatiques contenant une 'déclaration interprétative' de la clause de la nation la plus favorisée dans leur traité d'investissement de 1996, selon lesquelles la clause de la nation la plus favorisée ne s'étend pas aux clauses de règlement des litiges, et cela a toujours été leur intention ».

étant de refuser l'extension de cette clause aux dispositions de règlements des litiges. Enfin, la Chine a conclu trois sortes de TBI ; d'une part des traités d'investissement ne prévoyant aucune clause de la nation la plus favorisée ; d'autre part, des traités prévoyant une telle clause ; et des traités énonçant expressément que la clause de la nation la plus favorisée excluait de son application la clause relative au règlement des litiges[1040].

374. Dans un arrêt Schooner, il a été considéré que par la clause de la nation la plus favorisée, « les Etats parties au TBI ont admis la possibilité d'importer des dispositions plus favorables, cette extension doit s'inscrire dans le périmètre du TBI de base et ne saurait excéder le champs des matières qui sont incluses dans ce TBI, sauf à être en contradiction directe avec la volonté commune des Etats parties. Ainsi, sauf disposition expresse résultant de la clause de la nation la plus favorisée, celle-ci n'a vocation à produire ses effets que dans la limite et le champ du traité de base »[1041] En définitive, les Etats gardent la mainmise sur l'équilibre substantiel des traités d'investissement. Les Etats auraient inséré des clauses de la nation la plus favorisée dans les TBI sans se rendre compte de leurs effets potentiels ; « cette clause qui, dans l'abstrait (…), semblait être un moyen d'égalisation, un moyen d'unification, un moyen d'amener à une sorte d'état harmonique les relations internationales, au moins sur certains terrains, risque au contraire, à tout moment, de par sa nature de saut dans l'inconnu, de créer un parfait désordre »[1042]. C'est alors que l'article 8-7 (4) du CETA est venu limiter la portée de la clause de la nation la plus favorisée en énonçant qu' « il est entendu que le 'traitement' mentionné aux paragraphes 1 et 2 n'inclut pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux d'investissement et accords commerciaux. Les obligations de fond découlant

[1040] Concernant la troisième classe des TBI, la Chine a conclu un TBI avec la Colombie en 2008, disposant que « (l)es dispositions du présent accord relatives à l'octroi du statut de nation la plus favorisée dans des circonstances similaires dans les divers traités ou accords internationaux d'investissement ne s'appliquent pas aux mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements, tels que définis aux articles huitième et neuvième du présent accord », Agreement Between the People's Republic of China and Colombia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, art 3(3), 22 novembre 2008.

[1041] J. JOURDAN-MARQUES, « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *D.* 2022, note sous CA Paris, 31 mai 2022, n° 21/01497.

[1042] A. PIOT, « La clause de la nation la plus favorisée », *Trav. comité fr. DIP* 1958, vol. 16-18, p. 17-40.

d'autres traités internationaux d'investissement et autres accords commerciaux ne constituent pas en elles-mêmes un 'traitement' et ne peuvent donc donner lieu à une violation du présent article, à moins que des mesures ne soient adoptées ou maintenues par une Partie en vertu de ces obligations »[1043]. Cet article exclut le traitement procédural du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. De plus, l'investisseur privé étranger devra démontrer qu'un investisseur placé dans la même situation que lui bénéficie d'un traitement plus favorable, ce qui tend à réduire la portée de la clause de la nation la plus favorisée, puisqu'il est rare que des investisseurs soient placés dans une situation identique, c'est-à-dire partageant une même activité économique ou opérant au sein du même marché ... Par conséquent, les objections relatives à la clause de la nation la plus favorisée dans l'arbitrage d'investissement doivent s'estomper, tant son champ d'application substantiel s'en est trouvé de plus en plus réduit. Pareil constat aurait dû s'observer à terme pour la clause du traitement juste et équitable, perçue à tort comme une clause contribuant au déséquilibre substantiel entre les Etats et les investisseurs.

§2 : La clause du traitement juste et équitable, socle des abus ?

L'origine de la clause de traitement juste et équitable est ancienne et provient de l'affaire Neer du 15 octobre 1926[1044]. Il y avait été affirmé qu'un Etat détenait une obligation internationale de protéger la sécurité personnelle des étrangers présents sur son sol. Outre cette protection physique, le standard de protection pleine et entière sera ensuite étendu à toute protection juridique[1045]. Les implications de la clause de traitement juste et équitable sont multiples. Elle permet aux investisseurs étrangers de faire entendre leurs prétentions de manière équitable et d'être protégés contre les décisions arbitraires des

[1043] CETA, Investment Chapter, Art. X.7(4).

[1044] *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) c. Etats-Unis du Mexique*, 4 R.I.A.A. 60 (2006), 15 octobre 1926.

[1045] C'est ce qui ressort de la sentence CIRDI, *Azurix Corp. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/12 et de la sentence CIRDI, 6 février 2007, *Siemens A.G. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/8 : « (u)ne protection et une sécurité complètes peuvent être violées même en cas de violence ou de dommage non physique » (§ 406).

autorités étatiques, leur ingérence et leur immixtion dans la gestion de leurs investissements[1046]. La notion de traitement juste et équitable est une notion difficile à cerner, alors même qu'elle est présente dans la très grande majorité des traités d'investissement (1). Aujourd'hui, cette clause est apostillée pour faire le jeu des investisseurs. Pourtant, sa finalité est juste en ce qu'elle vise simplement à ce que les injustices soient réparées[1047] et à préserver la confiance des investisseurs. D'ailleurs, les tribunaux arbitraux en font une application rigoureuse, en condamnant vigoureusement les abus de procédure en la matière (2).

1) Une clause délicate à appréhender

La présence de la clause du traitement juste et équitable au sein des traités d'investissement est si commune, qu'elle semblerait appartenir au droit international coutumier[1048], garantissant aux investisseurs privés étrangers une protection et un système de justice neutre et efficace. Si certains traités d'investissement consacrent un lien entre le traitement juste et équitable et le droit coutumier[1049], ce lien est ténu et est parfois remis en cause (a). Le texte consolidé du CETA ne fait plus référence au droit international coutumier à propos du traitement juste et équitable, dont la place est d'ailleurs circonscrite à une liste exhaustive, susceptible d'être révisée par les parties au traité (b).

[1046] Par exemple, le TBI conclu entre le Congo et les Etats-Unis et la Suisse prévoyait mention de cette clause, de sorte que dans l'affaire *SARL Benvenuti c. Congo préc.*, les investisseurs étrangers avaient agi contre l'Etat congolais du fait de son ingérence par la prise de contrôle de l'entreprise par des agents de l'Etat. Le CIRDI avait condamné le Congo pour violation du traitement juste et équitable. Cf E. GAILLARD, *La jurisprudence CIRDI*, Pedone, 2010, vol. 2, p. 13.

[1047] Lorsque l'Equateur, en 2007, avait annoncé sa décision d'imposer aux compagnies pétrolières étrangères le versement de 99 % des bénéfices, au lieu des 50 % traditionnel, résultant d'un dépassement du prix plancher sur les marchés internationaux, les plaintes étaient légitimes. En ce sens, les entreprises américaines Murphy Oil et Camaco Philippes ainsi que la compagnie française Perenco avaient porté l'affaire devant le CIRDI pour expropriation.

[1048] C'est d'ailleurs ce que dispose l'article 1105 de l'ALENA et ce qui ressort des sentences *Loewen c. Etats-Unis préc.*, du 26 juin 2003, au paragraphe 125 ; *Glamis Gold, Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique*, UNCITRAL, du 8 août 2003, au paragraphe 125 et *Joseph Charles Lemire c. Ukraine préc.*, du 14 janvier 2010.

[1049] TBI entre l'Argentine et le Venezuela : « (c)onformément aux normes et critères du droit international, chaque Partie contractante assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie ; et ne compromettra pas sa gestion, son entretien, son utilisation, sa jouissance ou sa cession par des mesures injustifiées ou discriminatoires ».

a. L'ascendance discutée du droit international coutumier

375. Le traitement équitable a été pour la première fois consacré dans la charte de La Havane, instituant une Organisation internationale du commerce. L'article 11 (2) disposait que les investissements étrangers devaient être assurés d'un « traitement juste et équitable ». L'article 22 de l'accord économique de Bogota, adopté après la Neuvième Conférence internationale panaméricaine en 1948, énonçait également que « les capitaux étrangers recevront un traitement équitable. Les Etats conviennent par conséquent de ne pas prendre des mesures injustifiées, déraisonnables ou discriminatoires qui seraient préjudiciables aux droits ou aux intérêts légitimement acquis par des ressortissants d'autres pays en raison de l'effort d'entreprise, des capitaux, des compétences techniques, des procédés ou des techniques qu'ils avaient fournis ». Si ni la charte de La Havane ni l'accord économique de Bogota ne sont entrés en vigueur, la clause prévoyant un traitement juste et équitable a été reprise dans une grande majorité de traités internationaux tels que l'ALENA (en son article 1105 (1)), la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investisseurs (à l'article 12 (d)) ou encore le Traité de 1994 instituant le marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe (COMESA) (à l'article 159). En 1959, l'article 1er d'un Projet de Convention sur les investissements étrangers, sous la direction de Herman Abs, disposait que « chacune des parties s'engageraient à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties »[1050]. La clause de traitement juste et équitable accorde aux investisseurs l'écoute équitable de leurs revendications et la protection contre des décisions étatiques arbitraires. Les tribunaux arbitraux ne peuvent pas être contestés sous prétexte qu'ils veilleraient au respect d'une protection pleine et entière des investisseurs, une telle attitude devant être présente peu important la forme de justice privilégiée par les parties.

[1050] H. ABS et L. SHAWCROSS, « The proposed Convention to protect Foreign Investment : A round Table : Comment on the Draft Convention by its authors », *Journal of Public Law* 1960, vol. 9, p. 119-124.

376. Très implantée dans les traités d'investissement, la clause du traitement juste et équitable tirerait son origine du droit international coutumier. Selon une étude portant sur 375 TBI, il en est ressorti que seuls 19 d'entre eux ne contenaient pas une clause de traitement juste et équitable[1051]. Ce nombre est même bien inférieur, car ces 19 TBI contenaient une clause de la nation la plus favorisée, ouvrant leur extension à la clause du traitement juste et équitable. Nonobstant, en dépit de sa large présence, l'interprétation de la clause du traitement juste et équitable n'est pas uniforme[1052]. Le champ d'application de ce traitement diffère entre les traités d'investissement.

377. Dans la pratique, certains traités d'investissement consacrent un lien entre le traitement juste et équitable et le droit coutumier[1053]. Le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Uruguay énonce que « chaque partie accorde aux investissements visés un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité entières » et ajoute que « pour plus de certitude », les dispositions « prescrivent la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier (…) »[1054]. De nombreux accords d'investissement de nouvelle génération définissent aussi le traitement juste et équitable par référence au droit international coutumier. Il peut être fait mention d'accords récents conclus par la Chine, la Corée du Sud, le Mexique, le Nigéria, le Japon ou encore l'Inde. De même, des Etats comme le Canada ont circonscrit le traitement juste et équitable à la règle de protection issue du droit international coutumier, basé sur « la pratique générale et cohérente

---

[1051] I. TUDOR, *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment* , Oxford University Press, 2008, p. 23.

[1052] Le tribunal arbitral a estimé qu'il n'existait qu'un seul standard universel du traitement juste et équitable et que tout autre standard autre que celui-ci « serait admettre un double standard inacceptable » (*Merrill & Ring Forestry c. Canada*, UNCITRAL (NAFTA), 31 mars 2010).

[1053] TBI entre l'Argentine et le Venezuela : « (c)onformément aux normes et critères du droit international, chaque Partie contractante assurera un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie ; et ne compromettra pas sa gestion, son entretien, son utilisation, sa jouissance ou sa cession par des mesures injustifiées ou discriminatoires ».

[1054] Treaty on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, U.S.-Uru., art. 5(1), 4 novembre 2005, 44 I.L.M. 268. Cf également le fait que la Commission du Libre-Echange de l'ALENA a énoncé que « (l)es notions de traitement juste et équitable et de protection et de sécurité complètes n'exigent pas un traitement supplémentaire à celui requis par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier ».

des Etats » et l'observent parce qu'ils s'y sentent légalement obligés (*opinio juris*)[1055]. A contrario, d'autres Etats n'ont pas borné les principes du traitement juste et équitable au droit international coutumier. Certains TBI font seulement référence à la clause du traitement juste et équitable en tant que standard autonome[1056]. D'autres font référence à la clause de traitement juste et équitable en appréciation du droit international et en listant des exemples de sa violation[1057]. Les modèles TBI français, néerlandais ou allemand, ou en général les modèles TBI des Etats membres de l'Union européenne font uniquement référence au droit international à propos du traitement juste et équitable, sans réellement préciser ce qu'il convient d'entendre par « droit international ». D'autres confondent la clause du traitement juste et équitable en une prohibition de mesures « déraisonnables » et/ou « arbitraires » ou « discriminatoires »[1058]. Enfin, une dernière catégorie de TBI fait référence à la clause du traitement juste et équitable en mentionnant le droit international coutumier et en ajoutant les notions de « protection et sécurité entières »[1059].

[1055] Par exemple, l'article 8 de la version 2021 du modèle d'accord du Canada sur la promotion et la protection des investissements étrangers limite la protection « à la norme minimal de traitement des étrangers en droit international coutumier ».

[1056] TBI entre l'Argentine et l'Autriche : « (c)haque partie contractante doit à tout moment assurer un traitement juste et équitable aux investissements ».

[1057] TBI entre la France et le Guatemala : « (c)hacune des parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire, un traitement loyal et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des ressortissants et des sociétés de l'autre partie et à faire en sorte que l'exercice de ce droit reconnu n'est limité ni de jure ni de facto (…) ».

[1058] TBI entre le Bangladesh et les Philippines : « (l)es investissements et les revenus des investisseurs de chaque partie contractante bénéficient à tout moment d'un traitement juste et équitable et bénéficient d'une protection et d'une sécurité complètes sur le territoire de l'autre partie contractante. Aucune des Parties contractantes ne doit entraver, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'extension ou la disposition de tels investissements ».

[1059] TBI entre les Etats-Unis et l'Argentine basé sur le modèle TBI américain de 1987 : « (l)es investissements doivent à tout moment faire l'objet d'un traitement juste et équitable, doivent bénéficier d'une protection et d'une sécurité intégrales et ne doivent en aucun cas recevoir un traitement inférieur à celui requis par le droit international. Aucune des Parties ne doit en aucune manière entraver, par des mesures arbitraires et discriminatoires, la gestion, l'exploitation, le maintien, l'utilisation, la jouissance, l'acquisition, l'expansion ou la vente de tels investissements (…) Chaque Partie respecte toute obligation qu'elle aurait pu contracter en matière d'investissement ».

378. En réalité, le traitement juste et équitable doit surtout s'apparenter en un standard issu du droit international des investissements ayant pour effet de protéger les investisseurs[1060]. Le standard est une « norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé »[1061]. Le mot standard vient de la langue anglaise et pourrait être traduit en français soit par « standard » soit par « mesure ». Comme l'a fait remarquer une auteure, « il existe un standard de justice, aussi simple que fondamental, et accepté de façon si générale par toutes les Nations civilisées qu'il en est venu à former partie intégrante du droit international universel. Tout Etat peut évaluer la justice due aux étrangers à l'aune de la justice accordée à ses propres citoyens, mais c'est à la condition que son système de droit et d'administration respecte ce 'standard'. Si le système de droit et d'administration d'un pays, quel qu'il soit, ne respecte pas ce 'standard', et bien que la population de ce pays s'en satisfasse ou soit forcée de s'en satisfaire, aucun autre Etat n'est tenu de considérer que ce système fournit une mesure convenable pour ce qui concerne le traitement dû à ses propres citoyens »[1062]. Autrement dit, le standard du droit international peut se satisfaire du traitement national et, le Professeur Charles Leben a noté que la clause de traitement juste et équitable renvoie au standard minimum de traitement des étrangers[1063].

379. Entre 1959 et 2010, si à peine 1 % des TBI conclus énonçait que le traitement juste et équitable se référait à un standard minimum du droit international coutumier[1064], ce pourcentage est passé à 29 % pour les TBI conclus entre 2011 et 2016[1065]. En associant le traitement juste et équitable au droit international coutumier, les Etats désirent s'assurer d'un plus grand respect, par les tribunaux arbitraux, de leur autorité réglementaire. Or, une vision restrictive du traitement juste et équitable pourrait naître en

---

[1060] Comme l'a rappelé le tribunal arbitral dans la sentence CIRDI, 3 octobre 2006, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .c. République d'Argentine,* aff. n° ARB/02/1, au paragraphe 125.

[1061] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, « Standard ».

[1062] E. ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *Am. J. Int'l L*. 1910, vol. 4, p. 517 et s., cité dans Restatement, 2nd, § 165, *Reporter's Notes*, n° 1, p. 506.

[1063] CH. LEBEN, *L'évolution du droit international des investissements*, SFDI, Pedone, 1999, p. 7-8.

[1064] UNCTAD, World Investment Report (2017), Ch. III, p. 122.

[1065] *Ibid*.

cas de recours au droit international coutumier, qui n'accorde qu'un degré minimal de traitement aux investisseurs étrangers. Des illustrations en ont fait état, dans lesquelles les arbitres ont estimé qu'il revenait aux investisseurs de démontrer que l'élément invoqué de la violation du traitement juste et équitable figurait bien parmi le droit international coutumier[1066]. Fort heureusement et même lié au droit international coutumier, le traitement juste et équitable n'a pas empêché le prononcé de limitations à l'autorité gouvernementale. Apprécié souverainement par les tribunaux arbitraux, une interprétation malléable et modulable de ce qui est susceptible ou non de ressortir du droit international coutumier est majoritairement opérée.

380. Il est erroné d'assimiler ce traitement à un standard minimum du droit international coutumier. C'est une protection bien plus élevée accordée à l'investisseur que celle qui lui aurait été offerte par le standard minimum de protection des étrangers. Le concept du traitement juste et équitable ne peut pas être apprécié comme se limitant « à la norme minimale comprise dans le droit international coutumier, mais (…) devrait prendre en compte l'éventail complet de sources du droit international, y compris les principes généraux, les traités contemporains et les autres obligations conventionnelles »[1067]. L'approche retenue par le droit international coutumier visant à limiter l'interprétation du concept du traitement juste et équitable doit être exclue[1068]. Les Professeurs Dozler, Stevens et Mann ont rappelé le caractère autonome du principe de traitement juste et équitable. En ce sens, ils ont souligné que « l'introduction de la notion de norme minimale ne servirait à rien et, plus encore, il est totalement trompeur de l'introduire. Les termes 'traitement juste et équitable' envisagent un comportement allant bien au-delà de la norme minimale et de la protection (…). Un tribunal ne se préoccuperait pas d'une norme minimum, maximale ou moyenne. Il devra décider si, dans toutes les circonstances, la conduite en cause est juste et équitable ou si elle est injuste et inéquitable (…). Les termes doivent être compris et appliqués de manière indépendante et

[1066] CNUDCI, 8 juin 2009, *Glamis Gold c. Etats-Unis d'Amérique*, § 600-601 ; sent. CIRDI, 18 septembre 2009, *Cargill Inc c. Mexique*, § 273 : « (i)l incombe au réclamant d'établir de nouveaux éléments de cette coutume ».

[1067] 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*, septembre 2004, p. 22.

[1068] CNUDCI, *Pope and Talbot c. Canada*, décision du 10 avril 2001, § 110-111.

autonome »[1069]. Il est essentiel que les investissements puissent recevoir un traitement juste et équitable notable, il s'agit d'une obligation « prioritaire ». Il est parfaitement abusif d'assimiler la norme du traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement[1070]. De surcroît, d'après une étude publiée par la CNUCED en 1999, la norme de traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement ne sont pas synonymes. Si les deux peuvent parfois coïncider, la norme du traitement juste et équitable va généralement au-delà de la norme coutumière[1071]. Le standard minimum n'est qu'une base de protection[1072]. Plus qu'être un standard minimum, le traitement juste et équitable est le réceptacle de plusieurs autres standards, tels que les standards de transparence, de garantie contre les mesures arbitraires, de bonne foi de l'Etat …[1073]

381. En définitive, même le texte consolidé du CETA ne fait plus référence au droit international coutumier à propos du traitement juste et équitable, tandis que le projet CETA de novembre 2013 prévoyait qu'une atteinte au traitement juste et équitable pouvait être caractérisée par tout traitement des investisseurs contraire à la pratique générale des Etats acceptée comme du droit (*opinio juris*)[1074]. Affirmer que le standard de protection transcende le standard minimum est justifié, car le standard minimum n'est pas suffisamment protecteur des intérêts de l'investisseur ni adapté aux réalités qu'il subit. Le traitement

[1069] F.A MANN., « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *BYBIL* 1982, vol. 52, p. 241-244.

[1070] *Ibid*., p. 244.

[1071] « Fair and Equitable Treatment », UNCTAD, series on issues in international investment agreements, 1999.

[1072] C'est d'ailleurs la vision énoncée aux paragraphes 252 et 253 de la sentence *Joseph Charles Lemire c. Ukraine préc*. : « (c)e que les États-Unis et l'Ukraine ont convenu lorsqu'ils ont exécuté le TBI était que la norme minimale coutumière internationale ne devrait pas fonctionner comme un plafond, mais plutôt comme un plancher ».

[1073] Cette conception est d'ailleurs consacrée dans la sent. CIRDI, 21 juillet 2008, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, aff. n° ARB/05/16, au paragraphe 609.

[1074] L'article X.9.3 du projet CETA du 21 novembre 2013 disposant qu' « (o)utre le paragraphe 2, tout traitement réservé aux investissements couverts ou aux investisseurs peut également constituer une violation du traitement juste et équitable, ce qui est contraire à l'obligation de traitement équitable reconnue dans la pratique générale des États reconnus en droit ».

juste et équitable ou le principe de pleine et entière protection est le noyau dur du droit de l'investissement[1075]. Il est donc regrettable que cette notion soit encore si peu précise et ce sont les tribunaux arbitraux eux-mêmes qui l'ont affirmé[1076].

b. La clause dans le traité CETA

382. Si au sein des traités d'investissement, les Etats peuvent s'accorder sur les mots « traitement », « juste » et « équitable », ils ont sciemment négligé de préciser la portée de ces notions pour ne pas les borner, dans l'optique d'attirer toujours plus d'investisseurs étrangers[1077]. Un « refashioning », une réécriture des traités d'investissement, considérés comme trop imprécis, s'impose et de nombreux traités d'investissement de nouvelle génération sont venus circonscrire, avec davantage de précision, la définition des standards de protection et de traitement des investissements, permettant de guider avec plus d'effectivité le travail d'interprétation des tribunaux arbitraux. Ces accords se sont caractérisés par leur complétude et leur exhaustivité[1078].

[1075] Cf P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI* 1994, t. 250.

[1076] Dans l'affaire *CMS*, le tribunal arbitral a reconnu que n'est pas totalement dénué de fondement l'argument de l'Argentine qui estimait que le traitement juste et équitable était trop vague pour en discerner le sens. De même, dans l'affaire *Enron*, le tribunal arbitral a énoncé que « le défendeur a raison de soutenir que le traitement juste et équitable est une norme peu claire et peu précise » (sent. CIRDI, 12 mai 2005, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/8, § 270 et § 273 ; sent. CIRDI, 22 mai 2007, *Enron Corporation Ponderosa Assets c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/01/3, § 256).

[1077] D'après une étude, après la signature d'un TBI, les investissements augmentent de plus de 35 % (A. LEJOUR et M. SALFI, « The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment », *CPB Discussion Paper* 2015, p. 298).

[1078] Alors que les TBI ne contiennent généralement que cinq ou six pages (notamment le modèle français adopté en 2006), les nouveaux modèles américain et canadien contiennent plus d'une cinquantaine de pages. L'article VIII du nouveau modèle de TBI colombien adopté en 2007 dispose ainsi que « (r)ien dans le présent chapitre ne doit être interprété comme empêchant une Partie d'adopter, d'entretenir ou de faire respecter les loisirs qu'elle estime appropriés pour faire en sorte qu'une activité d'investissement sur son territoire soit entreprise conformément à la législation environnementale de la Partie, à condition que ces mesures soient proportionnelle à l'objectif recherché ».

383. En ce sens, un effort d'illustration du traitement juste et équitable est à souligner au sein du CETA, via une liste exhaustive, ouverte à révision, par les signataires[1079]. Cette approche peut permettre de clarifier les comportements et mesures étatiques susceptibles d'être constitutifs d'une violation du traitement juste et équitable. En codifiant la notion d' « attentes légitimes », le CETA a voulu créer un droit pour les investisseurs à un cadre réglementaire stable, en protégeant expressément les « attentes légitimes » des investisseurs en application de la clause du « traitement juste et équitable ». Si le Traité CETA n'a pas codifié les attentes légitimes des Etats, c'est tout simplement parce qu'ils n'en détiennent pas envers les investisseurs privés étrangers présents sur son territoire. Les Etats d'accueil ne disposent pas de droit d'action et, pour avoir des attentes légitimes, encore faut-il que les investisseurs se soient engagés par écrit envers l'Etat d'accueil[1080].

384. Le Traité CETA a inclus une liste d'exemples clarifiant le contenu du standard de traitement juste et équitable. A l'Article X. 9, une liste de mesures concernant les ruptures au traitement juste et équitable a été posée. Parmi ces mesures, il peut être fait mention de l'accès à la justice, de la transparence, de la prohibition de l'arbitraire et de la discrimination et des abus de traitements sur les investisseurs …[1081] En

---

[1079] L'article 8.10.3 énonce que les parties peuvent s'accorder sur de nouvelles composantes, ce qui atteste du fait que cette liste est exhaustive.

[1080] La sentence *Biwater préc*., fait ainsi état qu' « (i)l doit y avoir une preuve écrite des engagements pris par les investisseurs envers les pays hôtes » (§ 381-382).

[1081] Le CETA dispose ainsi qu' « (u)ne Partie enfreint l'obligation de traitement juste et équitable mentionnée au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue:

- un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives ;

- une violation fondamentale des procédures régulières, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives ;

- un arbitraire manifeste ;

- une discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement illicites, tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses ;

- un traitement abusif des investisseurs, tel que coercition, contrainte, harcèlement ; ou

- une violation de tout autre élément de l'obligation de traitement juste et équitable adoptée par les parties conformément au paragraphe 3 du présent article ».

majorité, ces mesures ne sont pas nouvelles et reprennent simplement les éléments posés par les sentences arbitrales. A première vue, le seuil de violation des mesures de traitement juste et équitable semble élevé, ce qui est favorable aux Etats d'accueil. Pour illustration, la mesure arbitraire convient d'être « évidente (…), non seulement douteuse ». Il est fait état d' « arbitraire manifeste »[1082]. Lister de manière limitative les cas de violation de traitement juste et équitable risque d'exclure certains cas qui auraient pu ou dû être assimilés à de telles violations. Par le biais de cette liste exhaustive, le CETA a cherché à réduire les possibilités de décisions favorables aux investisseurs. Les juges du tribunal CETA pourraient être contraints au strict respect de cette liste. D'ailleurs, l'ALENA contient également, en son article 1131 (2), une disposition laissant à ses membres la possibilité d'adopter des normes contraignantes d'interprétation. Et il ressort que dans la plupart des affaires dans lesquelles les tribunaux arbitraux ont été saisis d'une demande ayant trait au traitement juste et équitable fondée sur le Traité de l'ALENA, les arbitres ont limité l'appréciation du traitement juste et équitable aux éléments prévus par le traité.

385. Définir le concept du traitement juste et équitable par référentiel n'est pas une bonne pratique. C'est justement cette méthode qui conduira à des sentences incohérentes, puisque celle-ci imprécise le concept en ne le définissant pas strictement. D'ailleurs, la liste énoncée dans cet article n'est pas si limitative, dès lors que les Etats se voient attribuer la possibilité de l'amender et de la réviser. La version d'août 2014 du CETA mentionnait ainsi déjà le fait que « les parties examinent régulièrement, ou à la demande d'une partie, le contenu de l'obligation de fournir un traitement juste et équitable. Le Comité sur les services et l'investissement peut élaborer des recommandations à cet égard et les soumettre au Comité du commerce pour décision ». Les Etats maîtriseront le concept du traitement juste et équitable.

Si les Etats ont été appelés à préciser la clause du traitement juste et équitable, les tribunaux arbitraux ont toujours veillé à l'absence d'abus dans son application.

[1082] Article X.9 de la version consolidée du CETA.

2) Une clause équitable et contrôlée

Il existe forcément un travail d'interprétation des arbitres du traitement juste et équitable, car les traités d'investissement ne sont pas tous concis à ce propos. Ainsi, la théorie de Dworkin souligne que les arbitres ne se soucient pas d'élucider les subtilités sémantiques de ce qu'est le traitement juste et équitable dans un traité, mais ils voient le traitement juste et équitable comme reposant sur un « concept interprétatif de valeur : son sens descriptif est contesté, et le concours tourne autour de l'attribution d'un sens descriptif qui capture ou réalise le mieux cette valeur »[1083]. Les controverses ayant trait à un déséquilibre substantiel entre les Etats et les investisseurs, par une conception large et extensive du traitement juste et équitable, conviennent d'être nuancées. La clause du traitement juste et équitable offre aux investisseurs une transparence quant aux règles applicables. Le traitement juste et équitable ne peut pas être dissocié de la prévisibilité, de la stabilité juridique[1084] (a). Par le jeu de cette clause, les tribunaux arbitraux ne protègent que les attentes véritables et légitimes. Ce faisant, les arbitres limitent les droits des investisseurs privés étranger par la restriction du traitement juste et équitable, ce que n'a fait presqu'aucun traité d'investissement de l'ancienne génération (b).

a. Une clause équilibrée

386. La clause du traitement juste et équitable ne s'actionne pas de manière inconditionnelle. Démontrer la violation par l'Etat d'accueil du traitement juste et équitable qui lui incombe s'avère être un exercice périlleux pour l'investisseur. Seules les « attentes légitimes » sont protégées[1085] et celles-ci se fondent sur les conditions qui ont été offertes par l'Etat d'accueil au moment de l'investissement. La preuve de

[1083] R. DWORKIN, *Justice in robes*, Belknap Harvard, 2008, p. 150.

[1084] Sent. *CMS préc*., § 276.

[1085] Comme l'a souligné la sentence *Waste Management c. Mexique préc.*, au paragraphe 98 : « (i)l est pertinent que le traitement enfreint les déclarations de l'État hôte sur lesquelles le demandeur s'est raisonnablement fondé ».

la violation de la clause est délicate à rapporter, car l'investisseur doit prouver l'intention qu'a l'Etat hôte de ne pas respecter les obligations qui sont les siennes. Il doit rapporter la mauvaise foi imputable à l'Etat d'accueil. L'arbitraire de l'Etat s'apparenterait à une « méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »[1086]. Certes, un léger assouplissement des conditions de preuve est intervenu, puisque la mauvaise foi de l'Etat d'accueil n'apparaît plus toujours comme une condition de violation du traitement juste et équitable[1087]. Toutefois, les décisions contradictoires subsistent et la mauvaise foi demeure majoritairement un moyen de preuve de la violation du traitement, une preuve d'ailleurs qualifiée d'irréfutable[1088]. L'investisseur privé étranger est incité à démontrer la mauvaise foi de l'Etat, pour s'assurer d'avoir gain de cause. Du principe de bonne foi découle le traitement juste et équitable[1089]. Ainsi, devant l'arbitre, l'investisseur privé étranger est soumis à plusieurs contraintes de preuve. Il doit justifier d' « une injustice manifeste »[1090] ou encore, attester de la présence d' « une mesure choquante, arbitraire, injuste ou discriminatoire »[1091].

Les encadrements effectués par les tribunaux arbitraux témoignent d'un équilibre dans le jeu de la clause du traitement juste et équitable.

[1086] Arrêt *Elettronica Sicula préc.*

[1087] Sent. *Tecmed c. Mexique préc*., confirmée par la sentence *LG &E c/Etats-Unis préc.*

[1088] Sent. *Glamis Gold préc*, au paragraphe 616 : « (l)a mauvaise foi n'est pas nécessaire pour conclure à une violation de la norme de traitement juste et équitable, mais sa présence en est une preuve concluante ».

[1089] Sent. *Tecmed préc.*

[1090] Sent. *Loewen préc.*

[1091] Sent. *Glamis Gold préc.*

b. Un équilibre strictement vérifié

387. Les attentes légitimes d'un investisseur peuvent résulter d'un traité d'investissement, d'une simple promesse de l'Etat d'accueil ou encore de représentations que s'est fait l'investisseur de l'action de l'Etat d'accueil[1092]. Pour adapter ce qu'a fait remarquer un auteur, cette dernière hypothèse est celle où « le droit cherche à résoudre le problème des situations illusoires, à donner une force créatrice à la croyance. C'est parce que l'on croit en l'existence d'un rapport juridique que celui-ci devrait exister. On n'indemnise pas la peine que procure la réalité, mais on donne corps à la foi »[1093]. L'article 8.10.4 du CETA est intervenu, pour limiter l'application de la notion d'attentes légitimes aux situations dans lesquelles l'Etat a émis une promesse ou une déclaration spécifique. De plus, les tribunaux arbitraux sont déjà venus restreindre le champ des attentes légitimes des investisseurs[1094]. Si ces attentes sont au cœur de l'interprétation de la clause du traitement juste et équitable, les arbitres ont multiplié les sentences en estimant qu'il existe des hypothèses dans lesquelles la mesure d'un Etat ne déjoue pas les attentes raisonnables de l'investisseur. En ce sens, si la stabilité juridique d'un Etat constitue une attente légitime de l'investisseur, les arbitres n'exigent pas une stabilité infinie et, majoritairement, ils veillent à prendre en considération les circonstances économiques et politiques dans lesquelles des mesures étatiques contestées ont été adoptées. Les restrictions aux attentes légitimes des investisseurs concernent aussi le cas du déni de justice, puisqu'il n'y a de déni de justice et donc, de violation au traitement juste et équitable, que si l'accès aux voies de recours internes constitue une attente fondée.

[1092] Dans l'affaire *Parkerings-Companiet*, le tribunal arbitral a énoncé que « l'attente est légitime si l'investisseur a reçu une promesse ou une garantie explicite de la part de l'État d'accueil, ou si implicitement, l'État d'accueil a donné l'assurance ou la déclaration que l'investisseur a tenu compte de l'investissement réalisé » (sent. CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Companiet AS c. Lituanie*, aff. n° ARB/05/8, § 331.

[1093] E. TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats », *D.* 2004, chronique, p. 1179.

[1094] J. ECHEVERRI, « Some philosophical questions to understand the role of arbitrators through the notion of fair and equitable treatment », *Estudios Socio-Juridicos*, 2022, vol. 24, p. 13.

388. L'exigence d'attentes objectivement raisonnables. Les attentes légitimes des investisseurs sont toujours traitées aujourd'hui comme un « élément dominant du standard du traitement juste et équitable »[1095]. Dans la sentence Silver Ridge, des précisions à la notion du standard du traitement juste et équitable ont été énoncés. Pour vérifier d'une violation attentes légitimes d'un investisseur, le tribunal arbitral procède à un test à trois étages. D'une part, il apprécie si le comportement de l'Etat est de nature à créer des attentes légitimes chez l'investisseur et, dans l'affirmative, si les attentes sont légitimes et raisonnables selon le contexte. D'autre part, il vérifie si l'investisseur s'est appuyé sur ces attentes quand il a investi. Enfin, il analyse si l'Etat a eu un comportement de nature à léser les attentes légitimes de l'investisseur[1096].

Les attentes légitimes de l'investisseur privé étranger sont générées par l'Etat d'accueil[1097]. La mesure édictée par l'Etat d'accueil doit réellement déjouer les attentes raisonnables de l'investisseur et non pas ses attentes uniquement subjectives[1098]. Certes, lorsqu'un investisseur privé étranger s'implante sur un territoire, il développe en lui des attentes justifiées (être bien traité, ne pas être violenté …). Mais les tribunaux arbitraux veillent à ce que celles-ci soient raisonnables[1099]. Un investissement reste un risque

---

[1095] Sent. CIRDI, *Glencore c. Colombie*, aff. n° ARB/16/6, 2019, § 1368. Cf également *Saluka*, PCA 2001-04, 2006, § 302.

[1096] Sent. CIRDI, *Silver Ridge Power c. Italie*, aff. n° ARB/15/37. Cf Y. BANIFATEMI et M. SHELBAYA, « Silver Ridge : vers un test plus précis du standard de traitement juste et équitable et son interaction avec le pouvoir réglementaire », *JDI* n° 1, Janvier 2022, chron. 2.

[1097] C'est ce qui est mentionné par le défendeur dans l'affaire CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/02/16 : « (l)es attentes légitimes ne peuvent en aucun cas découler de simples détournements de présentation ou de matériels d'information non imputables au gouvernement » (§ 277). Les « road shows » étant des actes préparatoires, entre les dirigeants d'une société et les investisseurs, dans lesquels l'Etat d'accueil n'intervient généralement pas.

[1098] Ainsi, dans l'affaire *Starrett Housing Corp., et al. c. République islamique d'Iran*, 16 Iran-. U.S. C.T.R. 112, il a été énoncé que « ceux qui investissent en Iran, comme ceux qui investissent dans n'importe quel autre pays, doivent supporter le risque de voir le pays touché par des grèves, des lock-out, des troubles, des changements de système économique et politique et même une révolution. Si l'un de ces événements se concrétise, cela ne signifie pas nécessairement que les droits de propriété affectés par ce type d'événement peuvent être considérés comme ayant été usurpés ». De même, dans l'affaire *Marvin Rey Feldman Karpa (CEMSA) c/Etats-Unis du Mexique*, la plainte pour expropriation a été rejetée, car « dans l'exercice de leur pouvoir de règlementation, les gouvernements modifient fréquemment leurs lois et règlements pour répondre à l'évolution de la situation économique ou des considérations politiques, économiques ou sociales. Ces réorientations peuvent fort bien rendre certaines activités moins rentables ou même ôter toute justification économique à leur poursuite … ».

[1099] C'est d'ailleurs ce que témoigne une sentence arbitrale *Waste Management préc.*, au paragraphe 98 : « (e)n appliquant (la norme de traitement juste et équitable), il est pertinent que le traitement constitue une violation de la représentation faite par l'État hôte sur laquelle le demandeur s'est raisonnablement fondée ».

et les tribunaux arbitraux ne peuvent les minimiser. C'est d'ailleurs là l'un des moyens de défense les plus fréquemment invoqués par les Etats, face aux prétentions des attentes économiques des investisseurs[1100].

389. Le rejet de l'argument de la stabilité juridique. La potentialité d'un arbitrage d'investissement doit conduire les Etats à renforcer leurs exigences de transparence dans l'édiction des règles et des règlementations[1101]. La stabilité du système juridique de l'Etat est une attente légitime de l'investisseur. Pour autant, les tribunaux arbitraux sont conscients de l'évolution nécessaire des normes adoptées par les Etats, en fonction du contexte politique, économique ou social. Ainsi, « il ne peut y avoir aucune attente légitime que les dispositions et les lois soient gelées dès qu'elles touchent les intérêts d'un investisseur étranger »[1102]. Les tribunaux arbitraux sont sensibles au droit de réglementer des Etats et, ils sont de plus en plus nombreux à affirmer que les investisseurs étrangers n'ont pas de droit acquis au maintien d'une situation juridique existante, lorsque l'Etat d'accueil traverse une situation de crise[1103]. L'arbitrage n'est pas dissocié « (d)es conditions existantes du pays (hôte) »[1104].

390. La prise en considération des circonstances économiques. Les imprécisions de la notion du traitement juste et équitable et des attentes légitimes ne sont pas toujours allées dans le sens des investisseurs privés étrangers. Des tribunaux arbitraux tiennent compte des circonstances économiques et/ou politiques de l'Etat hôte pour interpréter les dispositions d'un traité d'investissement[1105]. Dans une sentence, des

---

[1100] Dans l'affaire *Siemens préc.*, l'Etat a ainsi affirmé que la vocation du droit des investissements n'était pas d'éradiquer le risque ordinaire assumé par les investisseurs privés étrangers (§ 226).

[1101] En ce sens, dans l'affaire *Tecmed préc.*, le tribunal arbitral a souligné que « ambiguïté et incertitude (…) sont préjudiciables à l'investisseur, en termes d'évaluation approfondie de la situation juridique de son investissement, de la planification de son activité et de son adaptation au respect de ses droits » (§ 172).

[1102] Affaire *CME préc.*, § 35.

[1103] Aff. *CMS préc*., § 82.

[1104] Sent. CIRDI, 10 février 1997, *American Manufacturing and Trading c. Zaire*, aff. n° ARB/93/1, § 7.13.

[1105] C'est d'ailleurs ce qui ressort de la sentence arbitrale *Genin c. Estonie préc*., ou encore de la sentence *Sergei Paushok,*

investisseurs russes s'étaient plaints d'une taxe exceptionnelle en vigueur sur l'or, promulguée par le gouvernement mongol. Ils estimaient que cette taxation portait atteinte à leurs attentes légitimes et constituait une violation du traitement juste et équitable contenu dans le TBI conclu entre la Russie et la Mongolie. Si le tribunal arbitral a reconnu le caractère excessif de la taxation, il a jugé qu'elle ne portait pas atteinte aux attentes légitimes des investisseurs[1106]. Si cette imposition avait eu lieu dans un Etat développé, alors affirmativement, pour le tribunal arbitral, elle aurait pu constituer une violation du traitement juste et équitable. Or, en l'espèce, la Mongolie est un Etat en « début du développement économique et institutionnel », de sorte que la taxation exceptionnelle n'était ni déraisonnable, ni imprévisible. Les arbitres sont soucieux de prendre en compte les conditions économiques des Etats d'accueil, assurant un équilibre dans cette justice privée. « Certains tribunaux arbitraux ont été prêts à tenir compte de la situation sociale, économique et politique du pays lors de l'application des normes dans des cas particuliers »[1107].

391. Dès lors, les attentes légitimes de l'investisseur peuvent apparaitre différentes, aux yeux des arbitres, selon le niveau de développement de l'Etat hôte[1108]. Les arbitres se soucient de la défense de l'Etat, lorsque celui-ci se trouve dans une période de transition. C'est pourquoi, dans l'affaire Parkerings-Companiet, le tribunal arbitral a estimé que la société avait pris un « risque d'entreprise » qu'elle devait assumer, en décidant d'investir dans un Etat en transition économique[1109]. Les illustrations sont nombreuses. Confronté à une crise économique et financière majeure, l'Etat argentin avait édicté des mesures graves

---

CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie, UNCITRAL, du 28 avril 2011.

[1106] « Les investisseurs étrangers sont parfaitement conscients que toute modification importante des niveaux d'imposition représente un risque grave, en particulier lorsque l'on investit dans un pays à un stade précoce de développement économique et institutionnel. Dans de nombreux cas, ils obtiendront les garanties appropriées à cet égard, par exemple sous la forme d'accords de stabilité qui limitent ou interdisent la possibilité d'augmenter les impôts… En l'absence d'un tel accord de stabilité (…), les demandeurs n'ont pas réussi à établir qu'ils avaient des attentes légitimes qu'ils ne seraient pas exposés à des augmentations des impôts importantes à l'avenir » (§ 302).

[1107] U. KRIEBAUM, « The Relevance of Economics and Political Conditions for Protection under investment Treaties », *Law Pract. Int. Courts. 2011*, vol. 10, p. 403, note 24.

[1108] Sent. CIRDI, 31 octobre 2011, *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/03/15.

[1109] Sent. *Parkerings-Companiet préc.*, § 336.

entre 2000 et 2002, en adoptant une loi d'urgence mettant fin à la dollarisation de l'économie argentine et à l'indexation des tarifs des services publiques sur les indices des Etats-Unis. Pour l'investisseur privé, il s'agissait là d'une violation à la clause du traitement juste et équitable, ce que le tribunal arbitral, dans une sentence rendue le 6 juin 2008, s'est refusé à reconnaître, car « (l)es représentants des requérants, hommes d'affaires ayant une expérience internationale qui connaissent bien la situation de l'Argentine, étaient au courant (…) des problèmes auxquels l'Argentine avait été confrontée à plusieurs reprises. Lorsque les requérants ont investi en Argentine, ils savaient que la loi de convertibilité n ° 23-298 publiée le 28 mars 1991 était en vigueur et que, dans le cas de certains événements extérieurs ayant une incidence sur l'Argentine, la situation factuelle qui la régissait dans cette loi (pouvait) devenir irréelle et (qu')une nouvelle crise (frapperait) une telle nation. Malgré cela, les représentants des demandeurs ont décidé d'investir de grosses sommes d'argent en Argentine »[1110].

392. En définitive, la clause de traitement juste et équitable ne tend pas à assurer la protection des investisseurs étrangers contre tous les risques et contre tous les changements législatifs de nature à affecter leurs investissements. Les traités d'investissement ne garantissent pas les investisseurs contre les « risques commerciaux »[1111], tout comme ils ne les protègent pas contre toutes leurs décisions stratégiques et économiques qui se sont avérées non judicieuses[1112]. Seuls les risques politiques sont envisagés au sein des TBI, qui ne prévoient que les hypothèses dans lesquelles l'Etat d'accueil viendrait interférer avec l'investissement de l'investisseur étranger[1113]. L'Etat d'accueil ne doit pas voir sa responsabilité

[1110] Sent. CIRDI, *Metalpar S.A. and Buenos Aires S.A. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/03/5. De même, dans la sentence CIRDI du 27 décembre 2010, *Total S.A. c. République argentine*, aff. n° ARB/04/01, le tribunal arbitral n'a pas conclu à une violation du traitement juste et equitable, car « dans le cas d'une 'dévaluation normale du peso', la dédollarisation des tarifs du gaz n'aurait pas été économiquement justifiée ni socialement nécessaire, et pourrait donc être objectivable dans le cadre du traitement juste et équitable du TBI (article 3). En revanche, la 'faillite' de l'Argentine en 2001-2002, l'abandon brutal et forcé de la parité du dollar américain et la dévaluation de plus de 300 % du peso confortent la conclusion selon laquelle la pesification des droits de douane et leur dissociation des IPP américains n'étaient ni injustes ni inéquitables ».

[1111] Sent. CIRDI, 16 décembre 2002, *Marvin Feldman c. Etats-Unis du Mexique*, aff. n° ARB(AF)/99/1, § 112-114.

[1112] Des Etats sont allés plus loin en rejetant même la notion de « protection des attentes légitimes », c'est le cas de l'accord conclu entre Hong Kong et la Chine continentale.

[1113] Sur la notion du « political risk », cf S. KINSELLA, TH. PAPANASTASIOU et N. RUBINS *op. cit.*, p. 1-25.

être engagée en application d'un TBI pour l'existence d'une crise économique sur son territoire[1114]. En revanche, si, en réaction aux effets induits par cette crise, l'Etat a adopté des mesures interférant directement avec l'investissement d'un investisseur privé étranger, alors sa responsabilité pourrait être mise en application. Il s'agira, pour les arbitres, de procéder à une appréciation *in concreto* de l'affaire[1115]. Dès lors, les tribunaux arbitraux opèrent un véritable contrôle de proportionnalité, en mettant en balance les attentes légitimes de l'investisseur, l'importance du pouvoir de réguler de l'Etat d'accueil poursuivant un objectif d'intérêt public et l'effet de la mesure.

393. Certes, il ne peut pas être occulté qu'il n'existe pas de *stare decisis* en matière d'arbitrage international. Il est possible que certains tribunaux arbitraux ne prennent pas en considération la situation de l'Etat, ni son niveau de développement, ni les circonstances politiques et économiques qu'il traverse. Ces tribunaux arbitraux ne s'attacheront qu'au respect pur et simple des clauses contenues dans les traités d'investissement[1116]. Autrement dit, des tribunaux arbitraux considèrent encore que, quel que soit le niveau de développement d'un Etat ou les circonstances économiques et politiques qu'il peut avoir à traverser, il existe un standard minimum à respecter, standard auquel aucun Etat ne peut se soustraire[1117]. Mais, ces cas ne sont que minoritaires.

[1114] *Sea-Land Service c. République islamique d'Iran*, Award, No. 135-33-1 (1984).

[1115] Sent. Sempra *préc*., § 325-391.

[1116] Dans la sentence *Lemire préc.*, le tribunal arbitral s'est prononcé en faveur de l'investisseur privé étranger, en considérant que le niveau de développement ou les circonstances économiques ou politiques de l'Etat hôte de l'investissement, ne jouait aucun rôle quand ce dernier, de manière intentionnelle, avait provoqué des pertes à un investisseur privé étranger en édictant des mesures ciblées et non justifiées par des intérêts publics.

[1117] C'est pourquoi, dans l'affaire CIRDI, *Víctor Pey Casado et Fondation Président Allende c. La République du Chili*, aff. n° ARB/98/2, le tribunal arbitral saisi ne s'est pas référé au niveau de développement économique ou judiciaire de l'Etat hôte et a estimé qu'un retard dans la procédure judiciaire chilienne était une violation de la clause du traitement juste et équitable contenue dans le TBI conclu entre le Chili et l'Espagne. De même, contrairement à la sentence *Alex Genin préc*., la sentence arbitrale *Eureko B.V. c. Pologne préc*., a jugé que les mesures prises par le gouvernement polonais avec privatisation d'une institution financière constituaient une violation du traitement juste et équitable : « par le comportement d'organes de l'État, ils n'ont pas agi pour un motif valable, mais pour des raisons purement arbitraires liées aux interactions entre la politique polonaise et des raisons nationalistes de caractère discriminatoire » (§ 233).

394. Traitement juste et équitable et déni de justice. La violation du traitement juste et équitable peut être issue d'un déni de justice[1118]. Il y a déni de justice en cas de refus des juridictions internes de juger, en cas de délai déraisonnable dans le fait d'être jugé, en cas de mauvaise administration de la justice ou de mauvaise application de la loi[1119]. *A contrario*, il n'y a pas de déni de justice et donc, pas de violation du traitement juste et équitable, lorsque les voies de recours internes sont « accessibles, efficaces et raisonnables »[1120].

395. Les tribunaux arbitraux n'ouvrent pas la boîte de Pandore sur cette question. En ce sens, dans une affaire White Industries c. Inde, il était fait mention d'une sentence défavorable à l'Inde, mais non exécutée par cet Etat pendant plusieurs années[1121]. L'investisseur étranger estimait que cela constituait une atteinte à ses attentes légitimes et une violation du traitement juste et équitable présent dans le TBI conclu entre l'Australie et l'Inde. En l'espèce, le tribunal arbitral, dans sa sentence prononcée le 30 novembre 2011, a estimé que la procédure indienne était « certainement insatisfaisante » et « regrettable ». Mais le tribunal a jugé que si ce retard démontrait le caractère défaillant de la justice de cet Etat, « White Industries savait ou aurait dû savoir, au moment de la passation du marché, que la structure du tribunal national en Inde était excessivement lourde… Sur ces faits, et en l'absence d'une assurance expresse de l'Inde selon laquelle toute décision serait exécutée d'une manière ou dans un délai déterminé, il n'est tout simplement pas possible pour White, légitimement, de s'attendre à ce que la sentence soit appliquée dans les délais prévus, comme il l'affirme maintenant ». Autrement dit, l'investisseur privé étranger était au fait que la procédure judiciaire en Inde était réputée pour son extrême lenteur, de sorte qu'il ne pouvait pas espérer la même justice qu'ailleurs. Pour le tribunal arbitral, il n'y a donc pas de déni de justice, car « lorsqu'on examine le comportement des tribunaux, il convient de garder à l'esprit que l'Inde est un pays

---

[1118] Sentence *Mandev International c. Etats-Unis préc.*

[1119] *Ibid*., § 126.

[1120] Comme l'a affirmé la sentence *Loewen préc.*, au § 170.

[1121] *White Industries Australia Limited c. Inde*, UNCITRAL, 30 novembre 2011.

en développement comptant une population de plus de 1,2 milliard de personnes et dont le système judiciaire est sérieusement surchargé. En l'absence de toute suggestion de mauvaise foi, le retard n'évoque pas pour lui 'un retard particulièrement grave' ou un 'comportement flagrant qui choque ou du moins surprend, un sens de la justice' »[1122].

Conclusion sous-section I : Clauses les plus contestées, les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement juste et équitable sont le fruit d'une volonté d'assurer la confiance et l'implantation des investisseurs étrangers. Elles ne sont pas des droits démesurés, mais répondent simplement à une politique de faveur au libre-échange. Si ces clauses ont pu conduire des investisseurs peu scrupuleux à adopter des comportements litigieux, c'est sans compter sur la vigilance des tribunaux arbitraux qui se sont assurés que ces clauses ne jouent que dans des circonstances limitées et sous de strictes conditions. Les arbitres ont toujours été soucieux à mettre les intérêts des parties en confrontation et, il appartient aux Etats de rédiger leurs traités d'investissement de manière à se prémunir eux-mêmes contre des demandes de compensation illégitimes et des actionnements imprévisibles de ces clauses. En tout état de cause, ces clauses ne méritent pas autant de subversions et leur violation commande compensation. Or, ces compensations ont fait l'objet de controverses, en ce qu'elles seraient substantiellement déséquilibrées.

[1122] La sentence *White Industrie* doit être relativisée, puisqu'alors que le Chili est un Etat en développement, « (l)'absence de toute décision par les Tribunaux civils chiliens sur la protection de M. Pey Casado s'analyse en un déni de justice », cette absence ayant duré sept ans. Cependant, la sentence *White Industrie* a été plus souvent reprise par les tribunaux arbitraux.

Sous-Section II : Un déséquilibre prétendu dans la compensation

La propriété est le symbole de l' « individualisme possessif »[1123], elle est un attribut de la personnalité de chacun et incarne la liberté des Hommes. Chaque individu est souverain dans sa propriété et cherche à la défendre contre les atteintes extérieures. C'est la doctrine du propriétaire-souverain, née dans les années 1830[1124]. La propriété n'est pas qu'un droit du propriétaire sur son bien, elle est aussi une puissance sur celui-ci. Marcadé et Demolombe qualifiaient le propriétaire de « maître et seigneur de la chose », car le droit dont il est titulaire « lui donne sur elle une omnipotence absolue, un despotisme entier »[1125].

Au sein des traités d'investissement, les Etats se sont obligés à sauvegarder la propriété des investisseurs, sous peine de devoir leur octroyer une compensation. Pour obtenir de l'Etat d'accueil le versement d'une compensation financière, encore convient-il de pouvoir engager ses torts. Or, longtemps, le droit international objectif a exclu qu'un Etat puisse se rendre coupable d'une *culpa*, d'une faute, d'où l'avènement d'une responsabilité sans faute ou dénuée d'intention fautive. Il a fallu attendre 1930, pour assister à la première tentative de codification de certaines règles sur les dommages, avec la Conférence de codification de la Société des Nations sur la « Responsabilité des États pour les dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers sur leur territoire »[1126]. Cette Conférence n'a donné lieu à aucun consensus entre les experts intervenants, car elle s'intéressait essentiellement au principe de la mise en action de la

---

[1123] Selon l'expression de C. B. MACPHERSON, *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. franç. Gallimard, 1971.

[1124] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the law of England*, Oxford University Press, 1765, Liv.2, Ch.1, qui avait parlé de « domination despotique » ; J. C. WILLIAMS, « The Rhetoric of Property », *Iowa Law Rev*. 1998, vol. 83, p. 278 ; J-B. DENISART, *Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1768, T. 3, V° Propriété, p. 278.

[1125] V. MARCADE, *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 1850, 4e éd., t. II, p. 391.

[1126] Cf E. BORCHARD, « Responsibility of States, at the Hague Codification Conference », *Am. J. Int'l L* 1930, vol. 24, p. 517.

responsabilité internationale des Etats et ne codifiait pas les conséquences de la violation de ses règles. Les mêmes mégardes ont pollué les six rapports présentés par Garcia Amador de 1957 à 1962. Ce n'est qu'en 1963, avec l'accession aux responsabilités de Rapporteur spécial de R. Ago, que le problème sera résolu. Sous son auspice, une nette distinction est apparue, entre les règles primaires concernant les devoirs et obligations des Etats et, les règles secondaires ayant trait à la responsabilité résultant de la violation des règles primaires[1127]. Puis en 2001, la Commission du droit international des Nations-Unies (CDI) a adopté les Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites (« Draft Articles on the Responsability of States for Internationally Wronfgul Acts (ARSIWA) »). Si ces articles n'ont pas été dotés de force contraignante[1128], les tribunaux arbitraux s'en servent comme point de référence au moment d'aborder un cas de responsabilité internationale d'un Etat[1129]. Ainsi, un mouvement d'objectivisation du droit à la responsabilité internationale de l'Etat en matière d'arbitrage d'investissement s'observe. Appliquer ces articles de la CDI dans l'arbitrage d'investissement a pu poser des difficultés, puisqu'ils ne sont, en principe, applicables qu'aux rapports de responsabilité interétatiques. Mais des tribunaux arbitraux ont retenu la neutralité de la définition du fait internationalement illicite impliquant la mise en jeu de la responsabilité, de sorte que les destinataires de l'obligation internationale violée peuvent ne pas être des Etats.

Si le principe de responsabilité des Etats ne fait plus aucun doute, cette thématique s'imprègne de celle des compensations allouées, qui demeure l'une des controverses les plus virulentes de l'arbitrage d'investissement (§1). Les compensations financières atteignent souvent des montants considérables et réparent à la fois des dommages matériels et des préjudices moraux (§2). Pour éluder les critiques énoncées

[1127] Distinction introduite par H. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p. 77.

[1128] T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Law Norms as Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 137.

[1129] M. ENDICOTT, « Remedies in Investor-State Arbitration : Restitution, Specific Performance, and Declaratory Awards », *in* PH. KAHN et TH. WÄLDE (eds.), *New Aspects of International Investment Law / Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Chapitre 11.

à l'encontre de ces compensations, il aurait convenu d'opter pour un meilleur équilibre substantiel dans le droit à compensation accordé à l'investisseur ou de renforcer des mesures déjà existantes (§3).

§1 : Le droit à compensation, symbole des contestations

Le XX[e] siècle a été marqué par l'essor du communisme et du socialisme, entraînant une ère profonde de nationalisation[1130]. Le plus souvent, la nationalisation est issue de mesures politiques d'envergures, destinées à réformer l'économie d'un Etat. Si l'expropriation est davantage une mesure individuelle prononcée contre une personne privée[1131], la nationalisation est directement reliée au concept de souveraineté[1132]. Les origines des décisions de nationalisation ou d'expropriation sont étroitement liées à la culture et au paysage politiques d'un pays. Certains Etats sont très attachés à la doctrine Calvo, selon laquelle les investisseurs étrangers ne méritent pas plus de protection, de considération ou de privilèges que les nationaux[1133]. « Qu'un Etat favorise les étrangers plus que ses nationaux est intrinsèquement contraire à

[1130] A noter que, « si la distinction entre expropriation et nationalisation est bien connue de la plupart des grands systèmes de droit interne, elle demeure parfaitement inopérante en droit international des investissements. En effet, la seule question importante qui puisse se poser au regard du droit international est la suivante : à quelles conditions les mesures d'expropriation ou de nationalisation sont-elles susceptibles de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'Etat qui y procède ? La réponse à cette question est donnée par les articles de la Commission du droit international des Nations-Unies sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Toute mesure d'expropriation ou de nationalisation sera considérée comme internationalement illicite, dès lors que cette mesure sera attribuable à l'Etat en vertu du droit international et constituera une violation de l'obligation internationale de cet Etat » (D. CARREAU, P. JUILLARD, R. BISMUTH et A. HAMANN, *Droit international économique*, Dalloz, 2017, n° 1661). Certains droit nationaux considèrent que l'expropriation est une mesure poursuivant un but purement administratif et dirigée vers un bien particulier, alors que la nationalisation constituerait une mesure à dessein politique sur plusieurs biens et sur plusieurs investisseurs. Cf G. WHITE, *Nationalisation of foreign property*, Londres, Stevens & Sons, 1961, p. 41 et s.

[1131] Les expropriations peuvent prendre plusieurs formes. L'Etat d'accueil peut décider d'opérer une expropriation en se décidant d'exploiter seul, par le biais d'une société d'Etat, le site en question. Il peut aussi choisir de maintenir une part de confiance à l'investisseur étranger tout en imposant un strict partage des recettes. La première hypothèse est nettement moins fréquente que la seconde, car elle se heurte à un déficit pratique de moyens financiers et techniques.

[1132] En réalité, la frontière entre nationalisation et expropriation est ténue et la nationalisation peut s'assimiler à une mesure d'expropriation.

[1133] Elle est ainsi présente dans le Pacte de Bogota à l'article 7, dans l'article 116 de la Constitution de l'Argentine, à l'article 24 de la Constitution bolivienne, à l'article 29 de la Constitution du Guatemala, à l'article 14 de la Constitution de l'Equateur, à l'article 63-2 de la Constitution du Pérou, à l'article 151 de la Constitution du Venezuela …

la loi d'égalité des nations et très funeste pour ses conséquences pratiques », c'est « avant tout souverainement injuste »[1134]. Les expropriations caractériseraient une juste compensation à l'enrichissement, aux dépens des Etats, des compagnies étrangères[1135]. Pour illustration, de 1996 à 2005, les compagnies étrangères n'ont versé que 18 % de taxes et de redevances sur leur production dans les pays d'Amérique Latine et ont ainsi conservé, chaque année, près de 82 % de leurs profits.

Les conséquences des expropriations et des nationalisations sont considérables. Elles exercent une influence négative sur le cours des prix[1136]. En ce sens, après la décision de nationalisation des compagnies pétrolières étrangères par Hugo Chavez, la production de pétrole a chuté de 46 %. Dès lors, ces mesures sont vectrices d'insécurité juridique pour les opérateurs étrangers et, elles nuisent à l'économie nationale[1137].

Procéduralement, l'arbitrage international, justice neutre et impartiale, est le seul moyen permettant d'engager la responsabilité des Etats. Si les compagnies étrangères s'étaient plaintes auprès de la justice étatique de l'Etat d'accueil à l'origine de l'expropriation, cette dernière aurait probablement défendu la sauvegarde de la souveraineté de son Etat. Certes, certaines justices nationales pourraient condamner des décisions expropriatrices. Le Conseil constitutionnel français a déjà déclaré que « l'Etat ne saurait, sans

---

[1134] C. CALVO, *Le droit international étatique et pratique*, Guillaumin, 1880, t. 1, p. 431.

[1135] Récemment, l'entreprise Kinross Gold Corporation a implanté une filiale Tasiat Mauritanie, en Mauritanie, l'objectif étant l'exploitation d'une mine d'or à ciel ouvert près de Nouakchott. Malgré l'attractivité de ses politiques d'investissement, le gouvernement mauritanien a fait volte-face et ordonné le prononcé d'une enquête sur les entreprises étrangères, qu'il a accusé d'embaucher un personnel étranger sans titre de travail. Cette enquête semblait avant tout s'analyser comme une mesure de menace et de découragement, d'une part, parce qu'elle avait révélé que sur les 2 500 personnes embauchées par la société, plus de 88% étaient originaires de Mauritanie. Et d'autre part, la décision de cette enquête avait été soudaine.

[1136] Au lendemain d'un décret bolivien de nationalisation, les prix du pétrole brut avaient atteint des niveaux record, notamment à Londres et à New-York, en atteignant presque 75 dollars le baril.

[1137] Le Mexique, qui s'est ouvert au commerce international et au libre-échange, avait connu une forte croissance économique de 1998 à 2004, de plus de 17,4 % (J.C.M. GUTIERREZ, «Es tan malo el neoliberalismo? », *El Deber, Santa Cruz, Bolivia*, 15 mai 2006), alors que sur la même période, le Venezuela, mono-exportateur, avait connu une croissance nulle. La formation brute de capital avait augmenté de 21 % au Mexique, là où elle avait chuté de 27 % au Venezuela. Le Mexique avait connu une hausse du PIB et une baisse du chômage, à l'inverse du Venezuela.

motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendues de telles situations »[1138]. En pratique, cette illustration est assez exceptionnelle, tant des Etats perçoivent la faculté d'exproprier comme un progrès dans la décolonisation et dans la démocratisation de l'économie.

Des gouvernements se lancent dans de traumatisantes opérations de vendetta contre des investisseurs privés. Les démonstrations sont multiples ; redressements fiscaux permanents et ciblés, rupture unilatérale du contrat, expropriations directes et indirectes … « La propriété n'est qu'une base d'attente(s) » positives, « (l') idée de la propriété consiste dans une attente établie, dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage de la chose selon la nature du cas »[1139]. Dès lors, si ces attentes sont lésées, elles doivent être réparées et compensées. Le montant des compensations financières a toujours dépendu du comportement adopté par les Etats et n'est fixé qu'après maintes expertises, par le biais de plusieurs méthodes mises à disposition des arbitres (1). Indéniablement, les conséquences de l'arbitrage d'investissement, du fait du montant des compensations allouées, peuvent être lourdes pour l'économie d'un Etat et paraître sévères dans l'hypothèse d'une expropriation indirecte, intervenant sans transfert de propriété (2).

1) Principe et régime

Jusqu'au XXe siècle, le droit de propriété était quasi-sacralisé et perçu comme un droit fondamental au respect primordial[1140]. Puis les expropriations ordonnées par les Etats d'accueil ont été reliées à ce besoin

[1138] DC sur loi sur le financement de la Sécurité sociale pour 2014, 19 décembre 2013.

[1139] J. BENTHAM, « Principes du Code civil », *in Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, Dumont, Bruxelles, 1829, t. I, p. 51 à 122.

[1140] *David Goldenberg et fils c. Etat Allemand (Allemagne c. Roumanie)*, sentence arbitrale du 27 septembre 1928, Recueil des sentences arbitrales des Nations-Unies, vol. II, p. 901-910.

tendancieux des Etats à réaffirmer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles. La Résolution 1803, adoptée le 14 décembre 1962 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, a proclamé le droit de souveraineté permanente des peuples et des Nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. Il a été reconnu aux Etats la possibilité de nationaliser et d'exproprier pour des motifs légitimes des investisseurs étrangers, moyennant compensation financière. Si le principe de la réparation est posé (a), son régime reste contesté, à cause des méthodes de fixation des compensations octroyées et de l'arbitraire dans les montants retenus (b).

a. Des intérêts lésés à réparer

396. A titre de principe, les traités d'investissement prohibent toute nationalisation ou expropriation, sauf commandée par l'utilité publique[1141] et compensée par une indemnité**.** Il convient de rappeler que toutes les mesures édictées par un Etat, ayant une incidence sur la propriété, ne constituent pas une expropriation selon le droit international. « (L)es mesures que prennent les Etats, à première vue une prérogative légitime des gouvernements, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation. C'est ainsi que les avoirs étrangers et leur utilisation peuvent faire l'objet d'impositions, de restrictions commerciales impliquant des licences et des quotas, ou des mesures de dévaluation. Bien que des faits particuliers puissent modifier la situation, en principe, ce type de mesures n'est pas illégal et ne constitue pas une expropriation »[1142]. Traditionnellement, les TBI se ressemblent et proposent quatre conditions pour qu'une expropriation soit licite. En ce sens, la mesure doit respecter les garanties

[1141] Sur ce point, les arbitres procèdent à une analyse poussée de la mesure d'expropriation prise par l'Etat. Ainsi, dans la sentence *Von Pezold c. Zimbabwe*, CIRDI, aff. n° ARB/10/15, les arbitres ont considéré « qu'une fois prises, une grande partie des propriétés n'a pas été redistribuée à une population historiquement défavorisée ou dépourvue de terres, mais est restée *de facto* en possession des demandeurs. En ce qui concerne les terres qui ont été redistribuées, il semble y avoir une nette tendance à l'attribution de terres pour des raisons politiques. Par conséquent, rien ne prouve que l'expropriation des propriétés zimbabwéennes était dans l'intérêt public ou servait un véritable objectif public » .

[1142] I. BROWNLIE, *Public International Law*, Oxford University Press, 7e éd., 2008, p. 509.

légales, poursuivre un motif d'intérêt public national, être non-discriminatoire et indemniser l'investisseur lésé[1143]. Ainsi, dans l'affaire Goetz c. Burundi, le tribunal arbitral a considéré que la mesure d'expropriation « était conforme au droit interne »[1144]. Dans cette même sentence, un intérêt général était présent, le tribunal arbitral ayant estimé que « c'est de toute évidence au regard du droit national burundais que cette condition doit s'apprécier. Or, il ressort du dossier que c'est dans l'intérêt de l'économie nationale que les autorité burundaises ont institué en 1992 un régime de zone franche destiné à promouvoir les investissements et que c'est dans cet intérêt également qu'elles ont, dans un premier temps, inclut l'or dans les activités dont l'intérêt général justifiait ce régime de faveur, avant de l'exclure de ce régime dans un second temps (…) En l'absence d'erreur de droit ou de fait, d'erreur manifeste d'appréciation ou de détournement de pouvoir, il n'appartient pas au tribunal de substituer son propre jugement à l'appréciation faite discrétionnairement par le gouvernement du Burundi des impératifs d'utilité publique »[1145].

397. Le droit à la propriété n'a jamais été absolu. Au Moyen Age, il était déjà encadré, « la force même du droit de propriété a pour conséquence l'obligation de bien en faire usage »[1146]. En son temps, Grotius énonçait, à propos de l'expropriation, qu' « il faut savoir encore, que, lors même que les Sujets ont acquis un droit, le Roi peut le leur ôter en deux manières, ou en forme de peine, ou en vertu de son (1) Domaine éminent : (a) bien entendu qu'il n'use du privilège de ce Domaine éminent, ou supérieur, que quand le Bien Public le demande ; & qu'alors même celui qui a perdu ce qui lui appartenait en soit dédommagé, s'il se peut, du Fond public »[1147]. A cette époque, des limites étaient apportées au droit de propriété,

---

[1143] Banque Mondiale, Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger, 1992, IV, point 1.

[1144] Sent. CIRDI, *Antoine Goetz c. Burundi*, aff. n° ARB/95/3, 10 février 1999, § 126-127.

[1145] Le modèle TBI américain de 2012 va même plus loin, la mesure devant respecter les garanties légales internes, en plus des garanties légales issues du droit international (article 6.1 : « Aucune des parties ne peut exproprier ou nationaliser un investissement couvert, directement ou indirectement par des mesures équivalentes à l'expropriation ou à la nationalisation, sauf (…) conformément à la procédure légale et à l'article 5 (norme minimale de traitement) ».

[1146] G. O'BRIEN, *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New-York, Augustus M. Kelley, 1967, p. 66-67.

[1147] H. GROTIUS, *le droit de la guerre et de la paix*, Bibliothèque Nationale de France, 1724, Tome II, Chap. XIV, Section VII.

notamment pour cause d'utilité publique. Malgré tout, l'expropriation consiste en une « privation de richesse »[1148]. Il s'agit alors de compenser, de réparer cette privation. A défaut de compensation financière à la suite d'une expropriation, il s'agirait purement d'une spoliation. A propos des expropriations d'investisseurs étrangers et dans les litiges les opposant au Mexique, la Formule de Hull énonçait que « l'investisseur faisant l'objet d'une expropriation est en droit d'obtenir une indemnité intégrale, prompte et effective »[1149]. De même, la Résolution 3171 de 1973 affirmait que, si la souveraineté est permanente, les Etats ont à verser aux investisseurs privés étrangers une indemnité en cas d'expropriation[1150]. De plus, la Résolution 3281 du 12 décembre 1974 proclamait la Chartre des droits et des devoirs économiques des Etats, disposant que l'indemnité d'expropriation convenait d'être évaluée « en tenant compte de toutes les circonstances que cet Etat juge essentielles »[1151]. L'article 36.2 du Projet de la Commission de droit international (CDI) sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite et codifiant les règles coutumières, dispose que « l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi ». L'arrêt Usine de Chorzow avait consacré, pour l'expropriation licite, un droit à indemnisation des pertes subies à la date de l'expropriation ainsi que des gains manqués[1152].

[1148] B. WESTON, « ''Constructive Takings'' under International Law: A Modest Foray into the Problem of ''Creeping Expropriation'' », *Va. J. Int'l L.* 1975, v. 16, p. 103-175, spec. p. 112.

[1149] Cette formule se retrouve dans une Lettre adressée au gouvernement du Mexique par le Secrétaire américain Cordell Hull en 1938.

[1150] U.N. Doc. A/9030 (1973).

[1151] U.N. Doc. A/9631 (1974).

[1152] C'est ce qu'a souligné le juge Brower, dans une opinion concurrente dans la sentence *Amoco International Finance Corp c. Iran* de 1987 : « (…) Usine de Chorzow présente un schéma simple : si une expropriation est licite, la partie dépossédée doit se voir accorder des dommages égaux à 'la valeur de l'entreprise' qu'il a perdue, y compris tout bénéfice potentiel futur, à compter de la date de la dépossession ; dans le cas d'une expropriation illicite, cependant, soit la partie lésée doit se voir rétablir la jouissance effective de ses biens ou, si cela s'avère impossible ou impraticable, il doit lui être accordé des dommages égaux au maximum (i), de la valeur de l'entreprise à la date du préjudice (encore une fois, y compris les pertes de profits), évaluée sur la base des informations disponibles à cette date, et (ii) de sa valeur (y compris également les pertes de profits) telle qu'illustrée par ses performances probables après la date du préjudice et avant la date de la sentence, en fonction de l'expérience réelle post-expropriation, ainsi que (dans les deux alternatives) tout dommage indirect ».

398. Un désaccord entre les arbitres existe, sur la question de savoir si une « expropriation qui viole uniquement l'exigence d'indemnisation est illicite »[1153]. Si les arbitres ont estimé dans la sentence Von Pezold qu'une expropriation ne s'accompagnant pas d'une indemnisation était illicite[1154], d'autres sentences ont énoncé que « le dossier ne démontre pas un refus de la part de l'Etat de payer l'indemnisation. Il révèle plutôt que les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur la base ou le processus par lequel cette compensation serait calculée et payée » et donc qu' « une expropriation à laquelle ne manque que la détermination de l'indemnité par un tribunal arbitral ne doit pas être traitée comme une expropriation illégale », « le simple fait qu'un investisseur n'ait pas reçu d'indemnisation ne rend pas en soi une expropriation illégale. Une offre d'indemnisation peut avoir été faite à l'investisseur et, dans ce cas, la légalité de l'expropriation dépendra des termes de cette offre. Afin de décider si une expropriation est légale ou non en l'absence de paiement d'une indemnité ; un tribunal doit examiner les faits de l'affaire »[1155]. Ainsi, un risque demeure que l'Etat fasse preuve d'un manque de volonté volontaire dans la négociation de l'indemnisation. C'est pourquoi il faut conditionner cette approche à la bonne foi de l'Etat, autrement dit « l'exigence de bonne foi devrait jouer un rôle important dans la décision sur la légalité de l'expropriation. Si selon les faits d'une affaire, un tribunal établit qu'un Etat a fait des efforts de bonne foi pour se conformer à son obligation de verser une indemnité, il ne devrait pas être considéré comme ayant violé l'obligation d'indemnisation. Par exemple, une offre formulée de bonne foi ou une disposition prévoyant une indemnisation (même si le montant n'est pas suffisant, tant qu'il n'est pas manifestement déraisonnable) devrait rendre l'expropriation légale »[1156].

[1153] M.W. FRIEDMAN et F. LAWAUD, « Damages principles in investment arbitration », *Global Arbitration Review* 2018.

[1154] Cf également la sentence conco, dans laquelle le tribunal arbitral s'était penché sur la question de l'indemnisation d'un investisseur victime d'une expropriation. Le tribunal avait estimé qu'en l'absence de compensation, l'indemnisation était illicite et devait nécessiter la réparation d'un préjudice moral.

[1155] Sent. CIRDI, *Tidewater c. Venezuela*, aff. n° ARB/10/5, 13 mars 2015, § 140-145 et cf sent. CIRDI, *Venezuela Holdings c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/27, 9 octobre 2014, § 301.

[1156] S. RIPINSKY et K. WILLIAMS, *Damages in international investment law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, n° 4.1.1 (b), p. 68-69.

399. Il convient de défendre le droit à la compensation financière. Or, les Etats affichent de plus en plus leur opposition quant au principe même de la compensation pour expropriation, en s'appuyant sur l'argument relatif au péché originel colonialiste. Cet argument a été énoncé par les pays du Sud au lendemain de l'obtention de leur indépendance et consiste à justifier les nationalisations et expropriations des entreprises issues des Etats colonisateurs, en attestant que l'Etat d'accueil ne fait que récupérer ce qui lui a été spolié. Pour refuser l'octroi d'une indemnité pour expropriation, des Etats ont fait état de l'argument des bénéfices excessifs. Autrement dit, il serait saugrenu de verser une compensation financière à un investisseur étranger qui a fait des bénéfices considérables, pendant des années, au détriment du développement de l'Etat d'accueil. Ce raisonnement est très fréquemment invoqué par les Etats d'Amérique du Sud[1157], attachés à la doctrine Calvo[1158]. Pour refuser le versement des compensations financières, d'autres Etats se sont engagés à ne pas traiter de façon moins favorable les nationaux que les étrangers[1159].

400. Aujourd'hui, ces arguments ne doivent plus avoir d'effets. S'il est juste d'affirmer que le système n'est pas parfait et qu'il peut être amélioré, le principe de la compensation doit demeurer. Le processus

---

[1157] Lorsque le gouvernement du Venezuela a pris la décision de nationaliser plusieurs secteurs stratégiques de son économie (hydrocarbures, finances, électricité …), il a vu toquer à sa porte une vingtaine de plaintes de multinationales étrangères devant le CIRDI, lui exigeant le versement de sommes colossales en dédommagement. C'est d'ailleurs le litige avec Exxon qui a provoqué le départ du Venezuela du CIRDI (sent. CIRDI, *Venezuela Holdings (Exxon) and others c. Venezuela*, aff. n° ARB/07/27), si bien qu'aujourd'hui, et comme en atteste un communiqué faisant suite au retrait du CIRDI du 28 janvier 2012, le recours au CIRDI et à l'arbitrage d'investissement contrevient à l'article 151 de la Constitution vénézuélienne qui prévoit le recours aux tribunaux étatiques nationaux, en cas de litiges concernant des contrats d'intérêts publics. Or, les nationalisations sont des opérations pouvant être perçues comme des causes d'intérêt public. Les pays d'Amérique du Sud représentent 10 % des 147 membres du CIRID et pourtant, ils sont les plus affectés par les recours des multinationales étrangères. Ils sont la cible de 69 % des 135 litiges en cours devant le CIRDI et de 26 % des litiges liés aux secteurs des industries pétrolières, minières et gazières.

[1158] D'ailleurs, même l'Assemblée générale des Nations-Unies y était proche, comme en témoignait en 1962 la Résolution « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », proclamant le droit de nationaliser les biens étrangers avec seulement l'octroi d'une « indemnisation adéquate ». Ou encore, en 1974, lorsqu'en adoptant la Charte des droits et devoirs économiques de l'Etat, en son article 2, elle visait une « indemnisation adéquate », mais rajoutait que « dans tous les cas où la question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend les mesures de nationalisation et par les Tribunaux de cet Etat … ».

[1159] Ce fut le cas des pays de l'ancienne URSS qui, dans le cadre de grandes politiques de nationalisations enclenchées au début du XX^{e} siècle, avaient refusé d'accorder une compensation financière aux investisseurs étrangers, car celle-ci n'était pas accordée aux investisseurs nationaux.

de création d'un investissement sur un sol étranger est abyssal et onéreux. L'investissement direct étranger est un processus et non un acte instantané. Pour entreprendre un investissement, l'investisseur doit, au préalable, effectuer d'onéreuses démarches administratives. Une fois faites, les activités même de l'investissement sont très dispendieuses. En cas d'expropriation, les préjudices subis par un investisseur sont doubles. D'une part, la perte de son bien exproprié emporte la perte des montants des investissements qu'il a entrepris sur le sol de l'Etat hôte. D'autre part, la perte de son bien exproprié conduit à la perte du montant des profits que son investissement était susceptible de lui faire recueillir, lors de son exploitation. En réalité, la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée par le simple fait qu'il ait pris un acte d'expropriation. L'expropriation est un droit de l'Etat, mais ce droit est assujetti à des conditions pour sa licéité. En ce sens, les TBI contiennent des clauses d'expropriation qui reconnaissent, mais encadrent le droit souverain d'expropriation.

401. La doctrine de l'effet unique ou « sole effect » vise à se concentrer sur les effets de la mesure édictée par un Etat d'accueil sur le droit de propriété d'un investisseur. L'objectif de la mesure n'est pas pris en compte. L'indemnisation est due et ce, même si la mesure poursuit un intérêt général[1160]. Dès lors, quand bien même une mesure étatique serait promulguée afin de répondre à des impératifs liés à la préservation de l'environnement, si celle-ci lèse les intérêts et la propriété d'un investisseur, elle devra être compensée. Le Professeur R. Dolzer a parlé de « sole effect doctrine », en estimant d'ailleurs que l'expropriation indirecte conduit au même effet de non-respect à la jouissance du bien qu'une expropriation directe[1161].

[1160] La doctrine de l'effet unique a notamment été reconnue dans la célèbre affaire CDSE c. Costa Rica. En l'espèce, l'Etat du Costa Rica avait adopté un décret visant à préserver la biodiversité d'un domaine privé. L'investisseur étranger CDSE s'était plaint d'une expropriation, tandis que le Costa Rica estimait que sa mesure était nécessaire à la préservation de la biodiversité de l'endroit concerné et commandée par le respect des obligations internationales dont le pays était membre. Le tribunal arbitral a affirmé que « bien que l'expropriation, l'exploitation pour des raisons environnementales puissent être qualifiées d'opérations d'intérêt général et donc légitimes, le fait que les biens aient été confisqués pour cette raison n'a aucune incidence sur la nature de la mesure d'indemnisation à accorder. Le fait de protéger l'environnement par la saisie de la propriété ne modifie pas le caractère juridique de la confiscation pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée. La source internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait aucune différence (…) ». Ainsi, « (l)es mesures environnementales d'expropriation - aussi louables soient-elles et bénéfiques pour la société dans son ensemble - sont, à cet égard, similaires à toutes les autres mesures d'expropriation qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques ; lorsque des biens sont expropriés, même à des fins environnementales, qu'ils soient nationaux ou internationaux, l'obligation de l'État de verser une indemnité reste inchangée », Sent. *CDSE c. Costa Rica préc*.

[1161] R. DOLZER *préc.*, p. 41 et s.

En définitive, « l'intention du gouvernement est moins importante que les effets des mesures sur le propriétaire et la forme des mesures de contrôle ou d'ingérence est moins importante que la réalité de leur impact »[1162]. La doctrine de l'effet unique vise à considérer l'aspect économique d'une mesure et non son but ou son contexte[1163]. L'Etat d'accueil peut difficilement se défendre en arguant de ses intentions l'ayant conduit à exproprier indirectement l'investisseur étranger. Le tribunal arbitral parviendra au constat de l'insuffisance de motivations du comportement de l'Etat d'accueil ou conclura que les motivations de l'Etat n'étaient pas utiles[1164].

402. La compensation financière pour expropriation doit être perçue comme un droit acquis pour les investisseurs étrangers qui en remplissent les conditions d'attribution. Pour preuve de ce droit acquis, une expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte et pour être licite, convient de satisfaire à trois conditions en droit international coutumier ; elle doit être édifiée dans l'intérêt public , elle ne doit pas être discriminatoire et, l'expropriation convient d'être suivie d'une compensation financière pour l'investisseur étranger. Par conséquent, l'octroi d'une compensation financière est une condition à la licéité de la mesure d'expropriation édictée par un Etat. L'acte d'expropriation n'est pas, en soi, illégal. Il est un attribut de la souveraineté des Etats, propriétaire de son territoire. Mais « il y a (…) une obligation 'primaire' de compenser et, en cas de manquement à cette obligation, une obligation 'secondaire' de dédommager à titre de responsabilité »[1165].

[1162] *Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984, Iran-US CTR, vol. 6, p. 225.

[1163] R. DOLZER et F. BLOCH, « Indirect Expropriation: Conceptual Realignment ? », *Int. law Forum droit int*. 2003, vol. 5, p. 155, 158-163 et R. DOLZER *préc.*, p. 79.

[1164] *Biloune c. Ghana Investments Centre*, sentence du tribunal ad hoc du 27 octobre 1989, 95 I.L.R. 183, § 209.

[1165] K. ZEMANEK, « La responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite ainsi que pour faits internationalement licites », *in Responsabilité internationale*, Cours et travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1987-1988, p. 21.

403. Le Rapporteur spécial Roberto Ago optait déjà pour une émancipation de la responsabilité internationale de l'Etat de ses racines de droit civil imposant la présence d'un préjudice pour engager la responsabilité. En matière d'arbitrage d'investissement, le contentieux est avant tout « patrimonial ». L'investisseur ne recherche « pas tant le redressement de la légalité (…) que l'indemnisation pour le préjudice qu'il subit »[1166]. De premier abord, il semblerait que l'investisseur privé étranger ait à souffrir d'un préjudice économique pour engager la responsabilité internationale de l'Etat d'accueil. C'est d'ailleurs ce que certaines sentences arbitrales ont retenu[1167]. Ces sentences sont isolées, les tribunaux arbitraux s'inscrivant dans un mouvement anti-subjectiviste de la responsabilité internationale de l'Etat[1168]. Certains arbitres n'hésitent alors pas à retenir la responsabilité de l'Etat pour violation d'un traité applicable, même en l'absence de tout préjudice[1169]. Le régime de la réparation suscite alors des controverses.

b. Le régime de la réparation

Si plusieurs méthodes d'évaluation du montant à réparation sont utilisées par les tribunaux arbitraux[1170], deux ont plus particulièrement les faveurs de la pratique (b.1). Un cadre est apparu dans la fixation du montant des compensations financières. Le rôle des experts demeure prépondérant, car en fixant le mon-

[1166] G. BASTID BURDEAU, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil ? Table ronde », *in* CH. LEBEN (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, p. 188.

[1167] CNUDCI/ALENA (CIRDI), § 243 et s.

[1168] Sent. CIRDI, 25 août 2006, *Total SA c. Argentine*, aff. n° ARB/04/01, § 89 ; sent. *Biwater Gauff préc*., § 465.

[1169] Dans une sentence CIRDI, 6 mai 2013, *The Rompetrol Group c. Roumanie*, aff. n° ARB/60/03, le tribunal a rejeté les demandes de réparation de l'investisseur privé étranger, du fait de l'absence de tout préjudice prouvé, mais avait retenu de manière symbolique la responsabilité de l'Etat d'accueil.

[1170] I. MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2017, p. 185 et s.

tant de la réparation, ils tranchent entre deux intérêts qui s'affrontent, les intérêts de l'investisseur cherchant la juste réparation et, les intérêts de l'Etat d'accueil garant de l'intérêt général et soucieux de la préservation de ses finances publiques (b.2).

b.1. Méthodes de fixation et calcul des intérêts

404. Les experts, nommés par les parties ou par les arbitres, s'affrontent sur la méthode d'évaluation à privilégier. La méthode du « Discounted cash-flow » (DCF) reflète la capacité de l'investisseur privé étranger à générer des profits dans le futur et constitue la méthode appropriée à l'évaluation d'un investisseur en activité[1171]. J. Paulsson a déclaré qu' « il n'y a aucune raison de présenter des excuses pour le fait que cette approche DCF implique des approximations : elles sont inhérentes et inévitables. Elle ne peut pas non plus être critiquée comme irréaliste ou non professionnelle »[1172]. Le DCF est une méthode qui repose sur le principe selon lequel la valeur d'un investissement ne dépend pas du montant investi ni de ses profits passés, mais dépend de sa rentabilité future. Elle rompt avec la méthode objective, qui consiste en l'analyse exclusive de la valeur comptable de l'investissement et non de l'évaluation du rendement futur de l'investissement. Par le DCF, l'investissement n'a de valeur que dès lors qu'il peut générer des profits dans le futur, à une date déterminée ou déterminable. C'est l'approche de « going concern », d' « entreprise en activité ». Un investisseur privé étranger est « going concern », dès lors qu'il peut justifier un « potentiel de profits futurs »[1173]. Un investisseur ne présentant pas les caractères du « going concern » et ne pouvant pas démontrer d'une exploitation pérenne dans le temps, se verra refuser la méthode du DCF pour l'évaluation de son préjudice[1174]. La critique réside dans le fait qu'aucune durée

[1171] Sent. *Enron Corp c. Argentine préc*.

[1172] J. PAULSSON, « The expectated model », *International Commercial Arbitration Review* 2019, vol. 2019, Issue 1, p. 56-74.

[1173] Sent. *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. préc*. Cf également M. KANTOR, *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, 2008, p. 73.

[1174] Exception pour les investissements qui concernent les *commodities* (sent. CIRDI, 22 septembre 2014, *Gold Reserve Inc c. Bolivie*, aff. n° ARB(AF)/09/1 et *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Tajikistan*, SCC aff. n° V (064/2008).

précise n'est fixée pour appliquer la méthode DCF, de sorte qu'il revient à l'appréciation de chaque tribunal arbitral de décider de la durée minimale d'exploitation de l'investissement. Alors que certains arbitres ont estimé que la durée de deux à trois ans d'exploitation continue suffisait pour apprécier les profits futurs de l'investissement[1175], cinq ans furent exigés par d'autres tribunaux arbitraux[1176]. En pratique, si le caractère spéculatif de la méthode du DCF peut poser question, cette technique est largement utilisée et vise notamment, en plus de mesurer les revenus potentiels, à mesurer les dépenses éventuelles de l'entreprise au fil des ans et les effets de l'inflation. Si les spéculations sont trop nombreuses, le tribunal arbitral pourra toujours considérer que la valeur obtenue ne correspond pas à la valeur potentielle véritable et en revenir à la méthode de la « fair market value ».

405. Dans plusieurs traités d'investissement, il est fait mention que la compensation convient d'être équivalente à la « fair market value ». L'article 8.12 du CETA énonce que le standard qui s'applique à la question de la compensation mentionne que le montant repose sur la valeur de marché de l'investissement préalable à l'expropriation. La date d'évaluation du préjudice serait la date de la première mesure d'expropriation. Et la date d'expropriation serait la date à laquelle le processus d'expropriation serait sans retour du fait de la dernière mesure étatique[1177]. La méthode de la valeur marchande de l'investissement consiste à rechercher le prix de l'investissement par rapport aux lois du marché. Autrement dit, c'est le prix « auquel le bien pourrait changer de mains entre un acheteur hypothétique désireux et capable d'acheter et un hypothétique vendeur désireux et capable de vendre, agissant sans lien de dépendance dans un marché ouvert et libre, lorsqu'aucun des deux n'est dans l'obligation d'acheter ou de vendre et quand les deux ont une connaissance raisonnable des faits pertinents »[1178]. L'article 13 du traité sur la Charte de l'énergie dispose qu'une compensation adéquate est une compensation qui « équivaut à la juste

---

[1175] Sent. *Asian Agricultural Products préc*., § 103.

[1176] Sent. *American International Group, Inc c. République islamique d'Iran*, 19 décembre 1983, 4 Iran-US CTR 96. Cf sent. CIRDI, 23 décembre 2021, *Hope Services c. Cameroun*, aff. n° ARB/20/2, §201.

[1177] Sent. *Siemens A.G. c. Argentine préc*., § 263.

[1178] Sent. *CMS préc*., § 402.

valeur marchande de l'investissement exproprié à la période immédiatement préalable à ce que l'expropriation ou l'expropriation imminente ne soit connue de manière à affecter la valeur de l'investissement (dénommée « Date d'évaluation ») ». Les Guidelines de la Banque Mondiale sur le traitement des investissements directs étrangers précisent également qu'une compensation ordinairement juste et appropriée sera celle faisant référence à la « fair market value of the investment »[1179]. Concrètement, les investisseurs répondent assez peu à l'exigence du « going concern ». Il convient alors, pour l'expert, d'apprécier la « fair market value » à la date de l'expropriation et non à la date de la sentence. Un tribunal arbitral a considéré, concernant une expropriation illicite, qu'il n'est pas tenu de choisir une date spécifique entre la date d'expropriation et la date de prononcé de la sentence, ce qui permet à l'investisseur de bénéficier d'une compensation correspondant à « l'utilisation optimale » de son investissement[1180]. Pour une expropriation licitement effectuée, la compensation financière se limite, en principe, « à la valeur qu'avait l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour de paiement ». Seul le *dommum emergens*, les pertes subies à la date de l'expropriation, sera dû par l'Etat d'accueil à l'investisseur privé étranger.

406. Le calcul des intérêts semble, quant à lui, courir à la date de la première mesure de l'Etat hôte. En ce sens, dans la sentence Metalclad c. Mexique, les arbitres ont retenu, comme point de départ des intérêts, la date de l'une des premières mesures d'expropriation de l'Etat (en l'espèce le retrait de permis de construire)[1181]. Pour autant, il est intéressant de souligner que, dans cette affaire, une juridiction nationale, lors de l'exécution de la sentence, avait contesté ce choix et avait retenu la date de la dernière mesure d'expropriation édictée par le Mexique, soit deux ans après, pour déterminer la date des intérêts. Les taux d'intérêt peuvent être très élevés, surtout si la sentence est rendue des mois ou des années après l'expropriation. Or, en cas d'expropriation indirecte (dont l'étude sera appréciée dans les prochains développements), l'Etat peut ignorer que sa mesure nationale d'intérêt public constitue une expropriation. Ainsi,

---

[1179] World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, § 39, 31 ILM 1363, 1376 (1992).

[1180] Il s'agissait de l'affaire CIRDI, *Reinhard Unglaube c. République du Costa Rica*, aff. n° ARB/09/20.

[1181] Sent. *Metalclad Corporation préc*., § 128.

dans certaines espèces, faire démarrer le point de départ du décompte des intérêts à partir de la date de la mesure d'expropriation peut sembler inadapté.

407. Réside ensuite la difficulté du mode de calcul des taux d'intérêt. Convient-il, à l'instar de l'article 7 du TBI conclu entre les Comores et l'Ile Maurice, d'appliquer le « taux commercial normal » jusqu'au paiement de la compensation ? Faut-il adopter un taux d'intérêt simple ou composé ? Les intérêts composés diffèrent des intérêts simples, puisque les intérêts simples sont calculés sur une base fixe au cours de la durée de l'investissement. Aujourd'hui, dans la pratique arbitrale, le standard international demeure celui des intérêts composés[1182]. Les intérêts composés sont versés à la fois sur le montant principal et sur les intérêts précédemment cumulés. A la suite de l'expropriation par décret d'une propriété d'un investisseur privé étranger au Costa Rica, le tribunal arbitral, dans l'affaire CDSE c. Costa Rica, a estimé que l'octroi des intérêts composés est fondé par des soucis d'équité et par une interprétation extensive du droit international[1183]. Les arbitres ont considéré que, si son dommage avait été réparé après l'expropriation de ses biens, l'investisseur privé étranger aurait réinvesti son argent. Il aurait alors acquis des intérêts composés sur son investissement. Dès lors, pour compenser ce gain perdu, l'octroi des intérêts composés est justifié.

[1182] Sent. CIRDI, 12 avril 2002, *Middle East Cement c. Egypte*, aff. n° ARB/99/6.

[1183] « (…) alors que les intérêts simples tendent à être accordés plus fréquemment que les intérêts composés, les intérêts composés ne sont pas inconnus ou exclus du droit international. Aucune règle uniforme de droit a émergé de la pratique arbitrale internationale concernant la question de savoir si les intérêts composés ou simples sont adaptés à différents cas de figure. La détermination des intérêts est plutôt un produit du jugement, en prenant en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause et particulièrement les éléments d'équité qui doivent faire partie du droit appliqué par le Tribunal » (sent. CIRDI, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. République du Costa Rica*, aff. n° ARB/96/1).

b.2. Le rôle prépondérant des experts : vers trop de subjectivisme ?

408. Les tribunaux arbitraux refusent, dans l'évaluation du préjudice, de se référer à autre chose que les apports certains ou fortement probables. Les apports spéculatifs ne sont pas pris en compte[1184]. En pratique, l'évaluation de la réparation, tendant au remboursement du montant de l'investissement effectué, ne pose pas tant de difficultés et s'apprécie par l'analyse de contrats et de documents comptables permettant de déterminer les coûts des investissements effectués. Les choses se compliquent, lorsqu'il s'agit d'évaluer la valeur financière du bien pris au moment de l'expropriation et des profits que l'investisseur espérait après l'exploitation de son investissement. Le rôle des experts est essentiel[1185]. L'expert financier peut procéder à l'étude des flux de trésorerie de l'investisseur privé étranger, entre le moment des expropriations de l'Etat et avant ces mesures[1186]. Il s'agit de la technique des « états financiers témoins », permettant à l'expert de comparer les flux de trésoreries antérieurs et postérieurs aux mesures d'expropriations et de déterminer, ainsi, la date à laquelle il peut constater une perte ou une dégradation de la valeur de l'investissement en raison des mesures de l'Etat (le « but for » en anglais). Pour que cette méthode fonctionne, il est fort utile que l'investisseur puisse fournir à l'expert les documentations nécessaires. Dans les faits, il ne les a pas toujours en sa possession ou ces documentations manquent parfois de clarté. En tout état de cause, l'expert financier est appelé à ne pas se laisser influencer par les pertes de valeur de l'investissement causées par des données externes, comme la chute du cours des matières premières ou par des données internes comme la restructuration de l'investisseur.

[1184] Sent. *Asian Agricultural Products préc*., § 104.

[1185] « Le Tribunal conclut qu'il s'agit d'un problème lié à un aspect complexe de l'évaluation (…) Le Tribunal adopte le taux d'actualisation de 28 % proposé par l'expert, car cela relève de son domaine de compétence » (sent. *Starett Housing Corp. c. République islamique d'IIran*, 1983, Iran-US CTR, vol. 4, p. 160).

[1186] J J-R. COSTARGENT, « L'expert financier face à l'incertitude : évaluer efficacement le préjudice de l'investisseur dans le cas d'une expropriation rampante », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal* n° 1, octobre 2015, étude 1.

409. Trop rarement, la question du montant de l'indemnisation est tranchée dans les traités d'investissement. En général, les traités ne prévoient pas les modes de calcul. Par conséquent, l'évaluation des montants de réparation pourrait résulter d'une analyse purement subjective des tribunaux arbitraux, influencés au gré de leur culture, de leur environnement juridique, de leur sensibilité. Tel n'est pas le cas. Les montants des compensations ne sont pas fixés arbitrairement. Ils sont fondés par de l'analyse chiffrée et font l'objet d'un calcul prenant en compte, notamment, la durée de vie de l'investissement, ce qui explique des indemnisations parfois élevées. De plus, le montant des compensations est critiqué, alors que les Etats se voient accorder par les tribunaux arbitraux la possibilité de procéder à des paiements échelonnés. Des traités d'investissement de nouvelle génération ont même allégé la rigueur des délais de paiement[1187]. Et les Etats se voient reconnaitre la faculté de verser une compensation préalablement à une mesure d'expropriation.

Dotés de méthodes et du soutien des expertises, les tribunaux arbitraux n'ont fait que fixer des compensations proportionnées aux dommages causés, en dépit des conséquences de celles-ci sur les Etats.

2) Les effets de la compensation

Si les répercussions des compensations peuvent lourdement peser sur les finances d'un Etat (a), elles sont plus difficilement acceptées en cas d'expropriation indirecte (b).

[1187] En ce sens, l'article 6.4 du modèle du TBI de la SADC dispose que « (l)es sentences constituant une charge significative sur un Etat hôte peuvent être payées annuellement sur une période de trois ans ou toute autre période convenue par les parties à l'arbitrage, sous réserve de l'intérêt au taux fixé par accord entre les parties à l'arbitrage ou à défaut d'un tel accord, par un tribunal ».

a. Les conséquences sur les finances des Etats

410. Les conséquences de l'arbitrage international en matière d'investissement, du fait du montant des compensations financières allouées, peuvent être désastreuses pour l'économie d'un pays, notamment lorsqu'est mis en cause un pays en voie de développement. Les quatorze milliards de dollars, revendiqués pour les vingt-quatre procédures d'arbitrage à l'encontre de l'Equateur, représentaient 52 % de son budget de 2017[1188]. En mai 2006, le gouvernement de Quito avait rompu son contrat avec l'investisseur Oxy, car celui-ci aurait vendu sans autorisation des actions à une compagnie canadienne, Encano. L'Equateur en avait profité pour reprendre sous son contrôle les champs pétroliers, exploités par la compagnie américaine jusqu'alors, où étaient produits 100.000 barils par jour, soit 20 % de la production mondiale. L'Equateur avait été condamné à plus d'un milliard de dollars, pour rupture anticipée du contrat d'exploitation. Cette somme correspondait à plus de 3% de son budget pour 2016 et aurait pu être plus importante encore, la société américaine ayant réclamé une compensation financière de 3,3 milliards de dollars[1189].

411. Il y a une quinzaine d'années encore, les attributions de compensations financières étaient rares, si ce n'est inexistantes. Aujourd'hui, elles se font plus nombreuses. En avril 2015, l'Argentine a été condamnée à payer 382 millions de dollars de compensation financière à la compagnie Suez Environment[1190]. A l'origine, il était réclamé par Suez plus d'un milliard de dollars. Les montants de ces compensations financières risquent, si elles sont octroyées, de réduire la possibilité pour les Etats de répondre à une crise économique et financière et entrainent un risque considérable pour la stabilité des finances publiques. Cela peut faire peser, sur les citoyens, des contraintes économiques considérables. De telles conséquences sont devenues de plus en plus controversées, lorsque l'Etat d'accueil a adopté une mesure

[1188] Auditoria Integral ciudadana de los tratados de protección reciproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador, mai 2017.

[1189] *EnCana Corporation c. République d'Equateur*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL.

[1190] Sent. CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. République d'Argentine,* aff. n° ARB/03/17 ; sent. *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine,* UNCITRAL.

politique ne s'apparentant pas, à première vue, à une expropriation véritable sur le bien d'un investisseur privé étranger.

b. Le cas particulier de la compensation pour expropriation indirecte

412. « Le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire conformément aux conceptions communes des Etats membres, reflétées par le premier Protocole joint à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme »[1191]. Le droit de propriété fait partie des principes généraux du droit communautaire[1192]. Les Etats parties à la CEDH se doivent de consacrer le droit de propriété comme le droit fondamental qu'il est[1193]. Mais il est également un droit relatif, car des personnes peuvent être privées de leur propriété pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. L'utilité publique est une exigence ancienne[1194], consacrée à l'article 4 de la Résolution de 1803, Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies[1195].

413. L'expropriation directe atteint directement le droit de propriété de l'investisseur, qui lui est retiré par l'Etat d'accueil à son profit ou au profit d'une société qu'il dirige[1196]. L'expropriation indirecte, pour sa part, élimine la valeur économique de l'investissement de l'investisseur. Aujourd'hui, « les expropriations directes sont devenues rares. Les Etats hésitent à mettre en péril leur climat d'investissement en prenant la mesure radicale et ostensible d'une expropriation ouverte de biens étrangers. Un acte officiel

---

[1191] CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, Rec. 3727, point 17.

[1192] CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health E.A*, aff. jointes C-154/04 et C-155/04, Rec. I. 6451, point 12.

[1193] CJCE, 30 juillet 1996, *Bosphorus*, aff. C-84/95, Rec. I. 3953.

[1194] CIJ, *Affaire des Armateurs norvégiens (EtasUnis/Norvège)*, CPA prononcée le 13 octobre 1922.

[1195] Il est important de préciser que les Résolutions des Nations-Unies constituent de la *soft law* et sont, par conséquent, dépourvues de force contraignante.

[1196] Cf V. PRISLAN, « Judicial expropriation in international investment law », *ICLQ* 2021, vol. 70 (1), p. 165-195.

qui viendrait priver l'investisseur étranger de son titre de propriété attirera une publicité négative et risquera de nuire durablement à la réputation de l'Etat d'accueil. En conséquence, les expropriations indirectes ont gagné en importance (…) La caractéristique typique d'une expropriation indirecte est que l'Etat nie l'existence d'une expropriation et n'envisage pas le versement d'une indemnité »[1197].

414. L'expropriation indirecte consiste, pour un Etat, à affecter la valeur d'un investissement par l'adoption d'une règlementation ou de dispositions spécifiques édictées dans un objectif d'intérêt public, sans procéder à une prise de possession du bien de l'investisseur. L'Etat adopte simplement des comportements qui lèsent les intérêts de l'investisseur, qui le privent de l'usage, de la jouissance, de la disposition de son droit de propriété. Ainsi, le fait pour un Etat d'accueil de retirer la licence d'exploitation qu'il avait lui-même accordée à un investisseur privé étranger, avant son terme, constitue une expropriation indirecte, lorsqu'il est question d'interdire l'exploitation de la ressource naturelle en cause. S'il s'agit de transférer cette licence d'exploitation à une autre entreprise (souvent publique), il s'agira d'une expropriation directe. Autrement dit, l'expropriation indirecte ne prive pas l'investisseur de son droit de propriété *stricto sensu*, mais contribue à affecter la substance de ce droit. L'expropriation indirecte ou « 'rampante' suggère une stratégie délibérée de la part de l'Etat, ce qui peut impliquer un jugement moral négatif »[1198]. Dans le cas d'une expropriation indirecte avérée, le principe de la compensation demeure légitime et il n'est pas automatique. Lorsqu'il est reconnu, il atteste que la mesure étatique en cause a conduit aux mêmes conséquences qu'une expropriation directe[1199].

[1197] R. DOLZER et C. SCHREUER, *Principles of international law*, Oxford University Press, 3e éd., 2022, p. 101 et M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*, Cambridge university press, 2021., n° 10.1.1, p. 435 et s.

[1198] R. DOLZER, « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Rev., Foreign Investment Law Journal* 1986, p. 41 à 59 et spéc. p. 44. Cf également A. DE NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014.

[1199] *Ibid*., p. 41 et s. Cf aussi sent. *Lauder c. République Tchèque*, arbitrage ad hoc UNCITRAL, Sentence finale, IIC 205 (2001), § 200.

415. Si la CEDH a souvent rappelé sa volonté de condamner les mécanismes d'expropriations indirectes et impose à l'Etat de mettre un terme à ces événements et de les réparer par le versement de dommages-intérêts[1200], la convention de Washington n'a pas prévu les hypothèses de l'expropriation indirecte, pourtant devenues les modes d'expropriations les plus observés dans la pratique. En cas d'expropriation directe, le bien-fondé de l'indemnisation ne fait aucun doute. En s'accaparant le titre de propriété de l'investisseur ou en le déléguant à une société d'Etat, l'Etat d'accueil s'est injustement enrichi. Dans le cadre d'une expropriation indirecte, il n'y a eu aucune appropriation personnelle de la part de l'Etat, ni aucun enrichissement[1201]. Au contraire, il peut s'observer un appauvrissement de l'Etat qui, par la mesure d'expropriation indirecte, se prive de ressources fiscales ou d'emplois sur son territoire. Aujourd'hui, le cas de l'expropriation indirecte a contaminé les TBI qui, pour la plupart, contiennent une clause d'expropriation qui s'étend à ce concept[1202]. Au sein des traités d'investissement, des Etats tentent de distinguer les expropriations indirectes exigeant compensation financière, du droit des gouvernements de légiférer sans indemniser. En ce sens, certains TBI ont prévu une clause selon laquelle « sauf dans de rares cas, les mesures de réglementation non discriminatoires prises par une Partie et conçues pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes »[1203]. Des dispositions similaires sont observées dans les modèles canadiens[1204] ou indiens[1205] ou encore dans l'accord de libre-échange conclu en 2014 entre Singapour et

---

[1200] Dans un arrêt CEDH, 6 mars 2007, *Scordino c. Italie* (n° 3), 36813/97.

[1201] Cf *Starett Housing Corp c. République islamique d'Iran*, 1983, Iran-US CTR, vol 4, p. 154. Pour une analyse plus poussée de la différence existant entre une mesure d'expropriation indirecte et une mesure de police, cf l'ouvrage de S. H. NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, PUF, 2012.

[1202] En ce sens, l'article 4(2) du modèle TBI allemand de 2008 dispose que « (l)es investissements d'investisseurs de l'un ou l'autre des États contractants ne peuvent être expropriés, nationalisés ni soumis directement ou indirectement à une autre mesure dont les effets équivaudraient à une expropriation ou à une nationalisation ». Le modèle TBI indien de 2003 contient également un article 5 qui prévoit que « (l)es investissements d'investisseurs de l'une ou l'autre des Parties contractantes ne doivent pas être nationalisés, expropriés ou soumis à des mesures ayant un effet équivalent à une nationalisation ou à une expropriation ». De même, l'article 6 du modèle TBI de la Colombie énonce que « (l)es investissements d'investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante ne feront l'objet d'aucune nationalisation, d'aucune expropriation directe ou indirecte ni d'aucune mesure produisant des effets similaires ».

[1203] Canada-Jordan BIT (2009), Australia-United States FTA (2004), Rwanda-United States BIT (2008).

[1204] Modèle canadien de traité d'investissement du Canada (2004), annexe B.3 (1).

[1205] Modèle indien de traité d'investissement (2015), article 5.5.

l'Union européenne[1206]. De son côté, le CETA dispose que les mesures « conçues et appliquées pour protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé, la sécurité ou l'environnement « ne constituent pas des expropriations indirectes », « sauf dans les rares circonstances où l'impact de la mesure (…) apparaît manifestement excessif ».

416. Il est traditionnellement affirmé que la compensation pour expropriation indirecte est due, dès lors qu'un investisseur est privé des droits fondamentaux de sa propriété et que cette privation n'est pas « simplement éphémère »[1207]. Qu'entendre exactement par « simplement éphémère » ? A propos de la sentence S.D. Myers[1208], il était question d'un investisseur américain désirant s'implanter au Canada pour y importer du PCB, une substance extrêmement toxique. Le Canada avait promulgué une interdiction temporaire de l'exportation de PCB, empêchant l'investisseur américain de les exporter vers son usine californienne de traitement. Un tribunal arbitral a été saisi et a jugé qu' « une expropriation équivaut généralement à une suppression durable de la capacité d'un propriétaire de faire usage de ses droits économiques, bien qu'il soit possible que, dans certains contextes et certaines circonstances, il soit approprié de considérer une privation comme une expropriation, même si elle était partielle ou temporaire. Dans la présente affaire, la fermeture de la frontière était temporaire (…) (le demandeur) a témoigné que ce retard avait pour effet d'éliminer l'avantage concurrentiel de SDMI (…), mais ne corroborait pas l'affirmation selon les faits de l'espèce que la mesure devait être caractérisée comme une expropriation »[1209]. Il ressort de cette solution qu'une expropriation indirecte peut être caractérisée en cas de mesure temporaire édictée par un Etat d'accueil privant l'investisseur d'exercer son droit de propriété. Cependant, l'investisseur doit témoigner d'une perte réelle d'un avantage compétitif. Si, durant la mesure temporaire, l'investisseur n'a pas été privé du contrôle ou de l'usage de son investissement et que son investissement n'a pas perdu toute valeur, il est fort peu probable qu'un tribunal arbitral saisi sur la question puisse conclure à une

---

[1206] Accord de libre-échange Union-européenne – Singapour, version d'octobre 2014, Annexe 9-A.

[1207] *Tippetts c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 1984, Iran-US CTR, vol. 6, p. 225.

[1208] CNUDCI, S.*D. Myers c. Canada*, 1re sentence partielle du 13 novembre 2000, 40 ILM 1408.

[1209] *Ibid*., § 184-185.

expropriation indirecte. Les tribunaux arbitraux exigent une interférence réelle et substantielle de la mesure étatique avec l'investissement étranger.

417. Dans l'affaire Pope & Talbot, les arbitres ont rejeté les prétentions de l'investisseur visant à faire reconnaitre une expropriation indirecte, car même si la mesure était destinée à réduire les quotas d'exportation, elle n'empêchait pas toutes ventes à l'étranger, de sorte que l'investisseur étranger pouvait toujours réaliser des profits[1210]. Ainsi, il n'y a pas expropriation indirecte lorsque « l'investissement continue à fonctionner, même si les bénéfices sont diminués. L'impact doit être important pour que l'indemnisation puisse être réclamée »[1211]. L'investisseur doit démontrer que l'investissement « a disparu », autrement dit que « la valeur économique de l'utilisation, de la jouissance ou de la cession des biens ou des droits affectés a été détruite »[1212].

418. Dans la pratique, les tribunaux arbitraux ne se fondent plus sur la distinction expropriation licite/expropriation illicite pour déterminer le montant de la compensation financière. Ils se basent sur la rentabilité de l'investissement ayant subi l'expropriation. « En matière d'indemnisation, le critère relatif à la rentabilité des avoirs expropriés s'est peu à peu substitué à celui de la licéité de l'expropriation (…). Dans l'évaluation du quantum de l'indemnisation, l'avoir rentable a pris la place de l'expropriation illicite et l'avoir non rentable a pris la place de l'expropriation licite »[1213]. Il conviendrait de rédiger les traités d'investissement autrement, en opérant une distinction entre les expropriations directes et indirectes et en prévoyant à l'avance un montant ou un mode de calcul des compensations différent à allouer selon les cas. En n'opérant pas de distinction dans les modes de calcul de l'indemnisation selon les expropriations, directes ou indirectes, les traités d'investissement ont conduit les tribunaux arbitraux à en

---

[1210] Pope & Talbot Inc. UNCITRAL (1976).

[1211] Sent. *LG&E Energy Corp préc.*, § 191.

[1212] *Ibid.*, § 116.

[1213] Comme l'a fait remarquer le Professeur Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *Int. law Forul droit int.* 2003, vol. 5, n° 3, p. 199.

déduire que ce mode de calcul sera équivalent. L'une des difficultés concernant les compensations pour expropriation indirecte tient au fait qu'un Etat ne peut pas toujours anticiper le montant des compensations potentielles. Or, si l'acte d'expropriation indirecte peut être imprévisible pour un Etat qui n'a pas conscience d'y procéder, la majorité des traités d'investissement exigent un versement « sans délai »[1214], ou « sans retard injustifié »[1215], ou encore « au plus tard au moment de l'expropriation »[1216].

419. S'il est admis que la valeur de l'investissement doit être appréciée au moment de l'expropriation, à l'inverse de l'expropriation directe, il est délicat de déterminer le point de départ de l'expropriation indirecte. Cette date est cruciale, tant la valeur de l'investissement est susceptible de varier avec le temps. Si la date retenue est trop éloignée des commencements des actes de l'expropriation indirecte, la valeur de l'investissement sera moindre et l'Etat d'accueil verra son devoir de réparation être réduit. C'est pourquoi, dans l'affaire Azurix, l'investisseur avait présenté quatre dates différentes, quatre événements d'expropriations indirectes et donc, quatre évaluations du préjudice variées[1217].

Pour autant, si des controverses atteignent le principe de la compensation en cas d'une expropriation indirecte, il convient de ne pas occulter les conséquences subies par l'investisseur, du fait d'une telle mesure étatique. En matière d'arbitrage d'investissement, le contentieux vise à réparer une atteinte matérielle. Mais toutes les atteintes peuvent-elles être compensées ? Qu'en est-il, plus particulièrement, du préjudice moral ?

[1214] Comme c'est le cas à l'article 1110-3 de l'ALENA.

[1215] Selon l'article 4-2 du TBI conclu entre les Pays-Bas et le Sénégal.

[1216] Article 5.1 du TBI conclu entre le Royaume-Uni et la Suisse.

[1217] Sent. CIRDI, 14 juillet 2006, *Azurix Corp c. Argentine*, aff. n° ARB/01/12, § 417.

§2 : La place du préjudice moral

Le dommage moral est une création des juridictions de droit civil et sa réparation a longtemps été débattue, des auteurs estimant que l'on ne pouvait pas mesurer le « prix de la douleur »[1218]. Il est délicat de définir la notion même de dommage moral. Il semble s'agir de toutes les atteintes à des intérêts qui ne sont pas économiques. Il peut s'agir d'atteinte à la réputation, d'harcèlement … « Premièrement, cela inclut les dommages corporels qui ne produisent pas de perte de revenu ni de charges financières. Deuxièmement, elle englobe les différentes formes de préjudice émotionnel, telles que l'indignité, l'humiliation, la honte, la diffamation, l'atteinte à la réputation et aux sentiments, mais également le préjudice résultant de la perte d'un être cher et, plus généralement, de la perte de jouissance de la vie. Une troisième catégorie comprendrait ce que l'on pourrait appeler des dommages immatériels de caractère 'pathologique', tels que le stress mental, l'angoisse, l'anxiété, la douleur, la souffrance, la tension nerveuse, la peur, la menace, le choc. Enfin, le dommage moral couvrirait également les conséquences mineures d'un acte illicite, par exemple : l'affrontement lié au simple fait d'une violation ou, comme on l'appelle parfois, à un 'préjudice juridique' »[1219]. En common law, la notion de dommage moral n'est pas strictement envisagée, si ce n'est dans la catégorie des « general damages », voire des « punitive damages ». Pour leur part, les juridictions internationales ont été de plus en plus nombreuses à reconnaître les dommages moraux et à consacrer leur réparation. Ainsi, des dommages moraux ont pu être réparés pour les proches des victimes décédées, lorsqu'un sous-marin allemand avait fait couler le Lusitania britannique en 1915[1220]. Il s'agissait alors d'assurer « une indemnisation raisonnable pour les souffrances mentales ou le choc, le cas échéant, causé par la rupture violente des liens familiaux, que le(s) réclamant(s) (ont) pu subir en raison de ce décès »[1221]. La Commission de droit international pour le Projet d'Articles sur la

[1218] G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chron. p. 1.

[1219] S. WITTICH, « Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law », *Finn. yearb. int. law* 2004, vol. 15, p. 329-330.

[1220] Cf Opinion in the Lusitania Cases, VII R.I.A.A 32, 39, U.N. Sales No. 1956.V.5 (1923).

[1221] *Ibid* 35.

responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a également énoncé qu' « une réparation complète est requise pour tout dommage matériel ou moral causé par des faits internationalement illicites »[1222]. Sont alors assimilés à des dommages moraux « la douleur, la souffrance, la perte d'un être cher ou l'affront personnel associé à une intrusion dans la maison ou dans la vie privée ».

La réparation du dommage moral semble être devenue un principe du droit international, consacré par plusieurs Cours internationales. Son admission a longtemps été écartée par les tribunaux arbitraux, avant de progressivement gagner du terrain (1). Si seuls les investisseurs semblent pouvoir souffrir d'un préjudice moral, les Etats d'accueil ont aussi proclamé en subir les conséquences et sa place leur a été peu à peu reconnue, équilibrant substantiellement le domaine de la réparation (2).

1) Le préjudice moral de l'investisseur

420. Les tribunaux arbitraux se sont longtemps refusés à indemniser le dommage moral de l'investisseur étranger. Dans la sentence Gauff c. Tanzanie du 24 juillet 2008, « le Tribunal constate qu'aucune demande d'indemnisation dite 'morale' n'a jamais été formulée (ni chiffrée), et aucune partie n'a avancé d'argument sur cette question, à aucun stade. Même si une telle réclamation avait été avancée, les circonstances de la cause, et en particulier le comportement même de BGT, rendraient une telle sentence inappropriée »[1223]. Puis l'admission du concept de dommage moral souffert par l'investisseur privé étranger a fini par trouver sa place, de sorte que sa possibilité de réparation a été permise dans la sentence Casado c. Chili[1224]. Si dans cette affaire, le tribunal arbitral a rejeté la réparation du dommage moral de

[1222] ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-third Session, 56 U.N GAOR Supp. (No. 10), note 1, art. 31, U.N Doc. A/56/10 (2001).

[1223] Sent. *Biwater préc*., § 808.

[1224] Sent. *Casado c. Chili préc*., § 704.

l'investisseur, il a souligné que celle-ci aurait pu être recevable, si l'investisseur avait fait état de preuves suffisantes.

421. Dans la sentence Benvenuti c. Congo, il était question d'un investisseur italien, Benvenuti and Bonfant Srl (B&B), entré en affaire avec le gouvernement congolais pour la fabrication de bouteilles de plastique au Congo[1225]. L'investisseur italien s'était plaint des nombreuses interférences du gouvernement, qui s'était immiscé dans la fixation des prix de ventes des bouteilles en adoptant des décrets unilatéraux. De plus, l'investisseur attestait d'une nationalisation de son entreprise par le Congo. Enfin, avertis par l'ambassade italienne au Congo de leurs arrestations imminentes, le Senior Management de B&B et la majorité du personnel de l'entreprise avaient été forcés de quitter le pays. La société italienne avait actionné une instance arbitrale contre le Congo et avait demandé 750 millions CFA de compensation, dont environ 250 millions CFA (soit environ 1,2 millions de dollars), pour réparation du dommage moral résultant de l'atteinte à sa réputation. L'investisseur avait considéré son dommage moral comme véritable, étant causé par la perte de travail et d'opportunité dans l'Etat et sa perte de réputation auprès des créditeurs. Le tribunal arbitral a reconnu la nécessité de réparation du dommage moral (mais ne réparera que 25.000 dollars US), en se fondant non pas sur le droit international public, mais sur le droit congolais, loi de l'Etat partie, en l'absence de clause de choix de loi dans l'accord. Il s'agissait là de la première consécration concrète de l'admission du préjudice moral.

Par la suite, la réparation du préjudice moral sera consacrée dans plusieurs sentences arbitrales. Dans l'affaire Desert Line c. Yémen, il s'agissait d'un investisseur omanais, Desert Line Projects, spécialisé dans le secteur de la construction, ayant conclu plusieurs contrats avec le gouvernement yéménite pour la construction de routes au Yémen[1226]. Le Yémen avait refusé de payer les prestations de l'investisseur, qui avait alors formé une action arbitrale en 2005. L'investisseur estimait que le gouvernement yéménite avait violé le traitement juste et équitable précisé dans le TBI conclu entre Oman et le Yémen et s'était

[1225] Sent. *Benvenuti & Bonfant préc*., § 1.1.

[1226] Sent. CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. République du Yémen*, aff. n° ARB/05/17, § 1-14.

plaint de la violence utilisée par l'armée yéménite envers ses employés, menacés et harcelés par des tribus armées et par des militaires.

L'investisseur omanais avait exigé le versement de 250 millions de dollars US en tant que compensation, dont 100 millions de dollars US à titre de dommage moral. Selon lui, les dommages moraux étaient réels et avaient été causés par le stress et l'anxiété dus aux nombreuses intimidations, par les harcèlements et menaces ainsi que par l'atteinte à sa réputation. Le tribunal arbitral a jugé que les dispositions du traité d'investissement « n'exclue(aie)nt pas, en tant que tels, qu'une partie puisse, dans des circonstances exceptionnelles, demander une indemnisation pour dommages moraux » et qu'il était également généralement reconnu qu'une personne morale (par opposition à une personne physique) pouvait se voir infliger des dommages-intérêts pour tort moral, notamment: perte de réputation »[1227]. Finalement, le tribunal arbitral a affirmé la nécessité de réparer le dommage moral, mais ne l'a réparé qu'à hauteur d'un million de dollars US, soit moins d' 1 % de la somme demandée.

422. La réparation du préjudice moral s'est attirée les critiques des opposants à l'arbitrage d'investissement, car elle consiste en une nouvelle opportunité pour un investisseur d'actionner une procédure arbitrale contre les Etats, chaque investisseur lésé pouvant invoquer un préjudice moral en plus du préjudice économique. De surcroît, des incertitudes pèsent sur les critères de caractérisation du préjudice moral. La casuistique des sentences arbitrales n'aide pas à délimiter le champ de cette réparation. D'aucuns relèveront le caractère presque punitif d'une sentence arbitrale dans l'octroi d'une compensation financière du fait du préjudice moral de l'investisseur.

423. Ces critiques conviennent d'être nuancées. D'une part et très souvent, les tribunaux arbitraux ne retiennent pas le montant du préjudice moral allégué par l'investisseur et ne condamnent l'Etat d'accueil qu'à un montant avant tout symbolique. D'autre part, il revient aux Etats de gérer au mieux leurs intérêts dans la négociation des traités d'investissement. Par exemple, l'article 34 (3) du modèle américain des TBI a expressément exclu les dommages moraux de la compétence du tribunal arbitral. Et l'article 44 (3)

[1227] *Ibid*., § 289.

du modèle TBI canadien a prohibé l'admission, par les tribunaux arbitraux, de la réparation des dommages moraux. Enfin, il est inintelligible de voir en quoi le principe de la réparation du préjudice moral de l'investisseur étranger serait indécent. Les comportements répréhensibles des Etats peuvent causer un véritable stress physique et psychologique chez les investisseurs étrangers et imposent une réparation.

Pour qu'une telle admission puisse être objective et son principe équilibré, elle devrait aussi concerner le préjudice moral que pourrait subir un Etat, du fait du comportement d'un investisseur privé étranger.

2) Le préjudice moral de l'Etat

Un Etat peut souffrir d'un préjudice moral. Dans l'affaire Rainbow Warrior, s'agissant du naufrage d'un navire dans les eaux néo-zélandaises par l'action d'agents secrets français, un accord avait été conclu entre la France et la Nouvelle-Zélande[1228]. Dans cet accord, il avait été mentionné que la France devait payer « la somme de 7 millions de dollars américains au gouvernement de la Nouvelle-Zélande à titre de réparation pour tous les dommages subis ». Cette somme comprenait également la réparation du dommage moral, même si le montant exact n'avait pas été précisément fixé dans l'accord. « Cette indemnisation constituait une réparation non seulement pour les dommages matériels - tels que le coût de l'enquête de police - mais également pour les dommages non matériels, indépendamment du préjudice matériel et de son indépendance. Les deux parties ont donc accepté la légitimité d'une indemnisation pécuniaire pour les dommages non matériels »[1229]. Le tribunal saisi a énoncé que ces événements « avaient provoqué l'indignation publique en Nouvelle-Zélande et causé un nouveau préjudice supplémentaire (…) de nature morale, politique et juridique, résultant de la violation de la dignité et du prestige non seulement de la Nouvelle-Zélande en tant que telle, mais également de ses plus hautes autorités judiciaires et exécutives ». De même, à la suite d'un arbitrage survenu en 1935 entre le Canada et les Etats-Unis à la suite

[1228] Rainbow Warrior (N.Z v. Fr.), 74 I.L.R. 241, 274 (High Ct. N.Z. 1985).

[1229] Rainbow Warrior, XX R.I.A.A. 215,271, U.N. Sales No. E/F.93.V3 (1990).

du naufrage du S.S I'm Alone, le tribunal saisi a ordonné au gouvernement américain de présenter des excuses formelles au Canada et de payer la somme de 400.000 dollars[1230]. Par conséquent, si dans ces deux affaires, la réparation du dommage moral d'un Etat est surtout d'ordre symbolique, il n'en demeure pas moins qu'elle a été admise et indépendante. Si les tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage d'investissement ont reconnu la légitimité de la réparation du préjudice moral des Etats (a), une telle position convient d'être discutée (b).

a. Une consécration attendue

424. Plusieurs Etats ont tenté, par le biais de tentatives de contre-mesures, de se voir attribuer la réparation de dommages moraux. Ainsi, dans l'affaire Benvenuti, le Congo avait émis une « counterclaim » en estimant que la somme de 250 millions CFA convenait de lui être attribuée, au titre de son dommage moral, parce qu'il avait souffert d'une perte intangible à cause de l'abandon par l'investisseur du projet de construction. Le tribunal arbitral a rejeté cette prétention, en considérant que l'abandon du projet par l'investisseur avait été causé par l'usage de la force du gouvernement congolais[1231]. De même, dans l'affaire Europe Cement c. Turquie, il était question d'un investisseur polonais agissant contre la Turquie, pour rupture illicite du contrat de concession[1232]. La Turquie avait contesté l'authenticité des documents probatoires fournis par l'investisseur et avait exigé « une indemnité pécuniaire pour le préjudice moral qu'elle a subi au regard de sa réputation internationale par le biais d'une réclamation sans fondement et fondée sur des documents fabriqués ». Le tribunal a rejeté les demandes de l'Etat. Si les arbitres ont longtemps affiché leur profonde hostilité à l'admission du préjudice moral d'un Etat d'accueil qu'ils estimaient sans fondement, ils ont peu à peu changé d'optique, confrontés aux multiples contestations et à l'essor des contre-mesures admissibles.

[1230] S.S I'm Alone (Can. v. U.S.), III. R.I.A.A. 1609, 1618, U.N/Sales No. 1949. V2 (1935).

[1231] Sent. *Benvenuti préc*.

[1232] Sent. CIRDI, 13 août 2009, *Europe Cement Inv. & Trade S.A c. Turquie*, aff. n° ARB (AF)/07/02, § 2-25.

425. De plus en plus, les tribunaux arbitraux ont eu à se prononcer sur le préjudice moral que pourrait subir un Etat. Les plaintes dilatoires de certains investisseurs étrangers lésaient les intérêts et la réputation de l'Etat d'accueil et des réclamations introduites de mauvaise foi tendaient à mériter un dédommagement.

Des tribunaux arbitraux se sont prononcés en faveur du préjudice moral subi par un Etat, signe que les oppositions à l'arbitrage d'investissement conviennent d'être atténuées. A titre d'illustration, dans l'affaire Cementownia c. Turquie, un investisseur polonais revendiquait la propriété sur deux sociétés turques[1233]. La Turquie estimait souffrir d'un dommage moral en affirmant que l'investisseur « a(vait) affirmé et poursuivi une plainte sans fondement et (…) formulé de fausses allégations contre la Turquie dans le but de nuire à sa stature et à sa réputation internationales »[1234]. Le tribunal arbitral a reconnu que « la demande du réclamant était frauduleuse et introduite de mauvaise foi »[1235], mais avait refusé de réparer directement le dommage moral subi par l'Etat turc. Le tribunal arbitral a estimé que sa sentence déclarant que les prétentions de l'investisseur étaient frauduleuses et que le versement de 5,3 millions de dollars US en frais d'avocats « serait suffisante à satisfaire les prétentions morales de la Turquie, sans qu'il soit nécessaire de rendre une sentence fixant la réparation stricte et chiffrée du dommage moral »[1236]. Malgré tout, il a été admis qu'un Etat puisse souffrir d'un préjudice moral du fait du comportement de l'investisseur privé étranger. Les arbitres ont même rappelé que « rien dans la Convention, les règles d'arbitrage et le mécanisme supplémentaire du CIRDI n'empêche un tribunal arbitral d'accorder des dommages-intérêts pour préjudice moral »[1237].

[1233] Sent. CIRDI, 17 septembre 2009, *Cementownia 'Nowa Huta' SA c. Turquie*, aff. n° ARB(AF)/06/2.

[1234] § 165 et § 170.

[1235] § 179.1. b.

[1236] « En tout état de cause, le tribunal arbitral ayant déjà accepté la demande du défendeur concernant la déclaration de réclamation frauduleuse, l'objectif du défendeur est déjà atteint » (§ 171).

[1237] § 169.

426. En pratique, la compensation financière n'est pas la seule modalité de réparation du préjudice moral et n'est d'ailleurs pas privilégiée, les tribunaux arbitraux optant surtout pour la satisfaction symbolique. L'indemnisation financière n'est pas l'unique modalité réparatrice. Outre la restitution qui sera abordée dans les développements ci-dessous, la satisfaction est une autre forme de réparation. Exceptionnelle, « ce n'est que dans les cas où ces deux formes (à savoir, la restitution et l'indemnisation) n'ont pas fourni une réparation complète que la satisfaction peut être requise »[1238]. La satisfaction demeure la réparation appropriée pour les dommages moraux soufferts par un Etat, « pour les blessures, non accessibles financièrement, qui constituent un affront à l'État »[1239]. La satisfaction a, avant tout, pour optique d'apaiser l'Etat et peut consister « dans une reconnaissance de violation, une expression de regrets, des excuses officielles ou une autre modalité appropriée »[1240].

427. Dans la sentence Europe Cement c. Turquie, la Turquie cherchait surtout à obtenir une déclaration du tribunal arbitral reconnaissant l'illicéité des prétentions de l'investisseur polonais. L'Etat turc réclamait la somme d'un million de dollars en réparation de son dommage moral, qui « fournirait une forme de satisfaction, même si la récompense ne devait jamais être payée ». La Turquie réclamait clairement et davantage une « pecuniary satisfaction » symbolique. Le tribunal arbitral a estimé que la sentence arbitrale qu'il rendait énonçant que les prétentions de l'investisseur étaient frauduleuses constituait une forme de satisfaction pour l'Etat répondant à ses dommages moraux.

428. Malgré tout, la compensation financière ne devrait-elle pas être considérée comme une forme prioritaire de satisfaction ?[1241] Si l'article 45 (2) du Projet d'Articles sur la responsabilité de l'État de 1996

[1238] ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted by the International Law Commission at its Fifty-third Session (2001), p. 263.

[1239] ILC Commentaries, p. 264.

[1240] Selon l'Article 37(2) ILC.

[1241] Dans la sentence *Pey Casado préc.*, le tribunal arbitral a rejeté la prétention de l'investisseur tendant à la réparation de son dommage moral pour manque de preuve. Cependant, le tribunal arbitral a observé que le montant de la compensation

semblait retenir la possibilité des «satisfaction pécuniaire » sous la forme des « dommages nominaux »[1242], les versions de 2001 et l'article 37 (2) n'ont plus fait référence aux « dommages nominaux » et ce, même si les Commentaires des articles ont mentionné « l'octroi de dommages-intérêts symboliques pour préjudice moral » parmi les formes appropriées et recevables de satisfaction[1243]. Selon C. Dominicé, « la compensation pécuniaire du préjudice immatériel est une forme que peut prendre la satisfaction » et « le versement d'une somme d'argent à l'Etat lésé constitue l'un des éléments figurant dans la panoplie des instruments satisfactoires »[1244]. Si l'auteur a ultérieurement changé d'optique[1245], il convient de ne pas assimiler la satisfaction pécuniaire à la compensation financière proprement dite, la satisfaction pécuniaire consistant avant tout en une compensation symbolique. Ainsi, « si les paiements de dommages substantiels pour préjudice moral à l'État sont considérés comme admissibles, ils doivent être accordés sous le titre de réparation plutôt que de satisfaction »[1246]. Autrement dit, à partir du moment où il est admis qu'un Etat puisse recevoir une somme d'argent du fait de son préjudice moral, autant admettre ce versement au titre de la compensation financière. Une simple satisfaction n'est pas suffisante pour un investisseur étranger se plaignant d'un dommage moral. Ce dernier ne peut légitimement pas se satisfaire d'une simple lettre d'excuse de la part de l'Etat d'accueil. Le constat conviendrait d'être le même concernant un Etat protestant contre un dommage moral.

A cela, il convient de rétorquer. Les prétentions morales d'un Etat peuvent être satisfaites sans qu'il ne soit utile de fixer une réparation ferme et chiffrée du dommage moral, d'autant que les justifications apportées à la réparation du dommage moral de l'Etat peuvent être discutées.

---

pour les dommages matériels, à savoir 10 millions de dollars US, convenait d'être considéré comme étant une « satisfaction » suffisante pour l'investisseur.

[1242] Text of the Draft Articles on State Responsibility Adopted by the Commission on First Reading, 1996 (n° 46).

[1243] ILC Commentaries, p. 266.

[1244] C. DOMINICE, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat », *in* C. DOMINICE, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, PUF, 1997, p. 355.

[1245] C. DOMINICE, « La satisfaction en droit des gens », *in Mélanges Georges Perrin*, Payot, 1984, p. 150.

[1246] S. WITTICH *préc.*, p. 329–330.

b. De discutables motifs à réparation

La principale justification apportée à la réparation du préjudice moral de l'Etat repose sur une atteinte à la réputation de celui-ci (b.1). Pourtant, cette atteinte est à nuancer (b.2).

b.1. L'atteinte à la réputation des Etats

429. Lorsqu'une procédure arbitrale est actionnée contre un Etat, sa réputation serait mise en jeu. Si un tribunal arbitral condamne un Etat, alors les investisseurs étrangers ne seront pas encouragés à y investir. Et même si un tribunal arbitral rejette les prétentions de l'investisseur, l'Etat d'accueil peut se plaindre du fait que, pendant la durée de l'instance, sa réputation a été entachée. En ce sens, un rapport récent de la CNUCED a déclaré qu'« il est compréhensible que de nombreux cas en suspens (…) puissent avoir un impact négatif sur le climat et la réputation de l'investissement du pays hôte »[1247]. Pendant toute la durée de l'instance, la réputation de l'Etat serait mise à mal. Or, une instance arbitrale peut prendre plusieurs années, les plus longues pouvant durer jusqu'à onze ans. L'étude de Allee et Peinardt a affirmé qu'un Etat d'accueil souffrait d'un manque d'attractivité d'investissements étrangers, dès lors qu'une action arbitrale est engagée contre lui. En effet, « (l)es gouvernements qui sont accusés d'avoir violé les engagements inscrits dans les traités bilatéraux d'investissement, comme l'indique le dépôt de différends auprès du CIRDI, enregistrent une réduction statistiquement significative de l'investissement étranger (…). Ces résultats suggèrent que les investisseurs réagissent non seulement négativement, mais aussi rapidement à un dépôt de déclaration CIRDI, sans donner aux gouvernements défendeurs le bénéfice du

[1247] United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, « Investor-State Disputes : Prevention and Alternatives to Arbitration », note 78, 34-35, U.N. Doc UNCTAD/DIAE/IA/2009/11, U.N. Sales NO. E.10.II.D.11 (1er août 2010).

doute (…). En outre, la stigmatisation qui en résulterait (…) semble persister au-delà de la date du dépôt initial (…) »[1248].

430. Il est fait état que, dans la majorité des cas, les Etats remportent les instances arbitrales en matière d'investissement et parviennent à remettre en cause les prétentions des investisseurs étrangers. Cela peut témoigner du fait que dans certaines affaires, des investisseurs ont actionné, de mauvaise foi, des arbitrages contre eux. Il conviendrait alors d'assurer, dans pareilles situations, une véritable réparation pour les Etats. Les tribunaux arbitraux peuvent s'inspirer du système américain, dans lequel est prévue une procédure des «poursuites abusives », lorsqu'une partie utilise abusivement les outils judiciaires contre une autre partie, de sorte que la juridiction puisse condamner la partie pour atteinte à la réputation de l'autre partie[1249]. Une proposition française, durant les négociations pour le CETA, mais non reprise, visait également à sanctionner les plaintes abusives des investisseurs privés étrangers, pour tenter d'apporter un équilibre dans l'instance.

Pour autant, des nuances doivent être énoncées à l'atteinte à la réputation des Etats.

b.2. Une atteinte à relativiser

431. Des incertitudes règnent quant à la quantification de la perte d'attractivité des investisseurs étrangers (à moins de prendre en compte les flux et montant d'investissements privés étrangers engrangés par un Etat au cours d'une certaine période de temps) et quant au montant de la réparation du dommage moral. Une partie de la doctrine estime que ces incertitudes ne doivent pas remettre en cause le principe même

[1248] T. ALLEE et C. PEINHARDT, « Contingent Credibility : The reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment », *International Organization*, 2011, vol. 65, n° 3, papier présenté en 2008 lors de la *Réunion annuelle de l'American Political Science Association, Boston, Mass*, 25 septembre 2008, p. 17-18.

[1249] 5 Fed., Prac. & Proc. Civ. § 1246 (3d ed.).

de la réparation du dommage moral[1250]. Les « non-material damages » sont « très réels, et le simple fait qu'ils soient difficiles à mesurer ou à estimer en termes monétaires ne les rend pas moins réels et ne fournit aucune raison pour que la personne lésée ne soit pas indemnisée »[1251]. Cette doctrine doit être contestée. L'étude de Keisuke Lida a énoncé une vision différente, en estimant qu'une action arbitrale engagée contre un Etat d'accueil n'affecte pas la réputation de celui-ci. En effet, « si le pays d'accueil est poursuivi devant le CIRDI, il est plus probable que les flux d'investissements directs étrangers dans le pays augmentent plutôt que diminuent (…) Les statistiques descriptives montrent que le simple dépôt de différends relatifs aux investissements auprès du CIRDI n'affecte pas autant les flux d'investissement (…) »[1252]. Les raisons poussant un investisseur à investir à l'étranger sont diverses et, il est incontestable que l'un de ses fondements tienne à la fiabilité de l'Etat d'accueil de préserver les droits des investisseurs étrangers. Il convient de nuancer un tant soit peu l'affirmation selon laquelle un Etat d'accueil souffre d'un dommage moral lié à l'atteinte à sa réputation, lorsqu'une instance arbitrale est enclenchée de mauvaise foi par un investisseur étranger contre lui. Il ne peut pas être occulté le fait qu'à la fin de l'année 2009 et pour les affaires connues, 81 Etats étaient des parties à un arbitrage d'investissement, dont 17 Etats développés comme les Etats-Unis ou le Canada (parties à 14 affaires)[1253]. Or, la réputation de ces Etats développés n'a pas été atteinte au point de décourager les investisseurs étrangers de s'y implanter.

432. La seule atteinte réelle à la réputation d'un Etat demeure le cas où l'Etat refuserait de payer le montant de la compensation accordée par un tribunal arbitral dans une sentence définitive. C'est seulement dans cette hypothèse précise, que les investisseurs étrangers seront désincités à y investir. Il peut même paraitre assez dévalorisant pour un Etat de se plaindre d'un dommage moral causé par un investisseur étranger. Un Etat devrait s'écarter d'une telle prétention et démontrer le fait que lui et l'investisseur ne sont pas placés sur un plan d'égalité et qu'il ne peut s'abaisser à se prétendre victime, devant un

---

[1250] ICC Case No. 3880 of 1983, 10 Y.B. Comm. ARB. 44 (1985).

[1251] J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 211.

[1252] K. LIDA, « The Political Economy of Investment Arbitration: An Analysis of ICSID Data », article présenté à la convention annuelle de l'International Studies Association, New Orleans, LA, 3 février 2010, p. 10-11.

[1253] UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues n° 1 (2010), p. 2.

juge privé, d'une quelconque blessure morale[1254]. Par ailleurs, le préjudice subi par l'Etat tient davantage aux coûts et au temps engagés inutilement dans la procédure, qu'à la prétendue atteinte à sa réputation. L'investisseur privé étranger, ayant agi de mauvaise foi, devrait simplement avoir à rembourser les frais de procédure à l'Etat d'accueil. Il s'agirait d'une réparation suffisante. Ce fut d'ailleurs l'approche adoptée par le tribunal arbitral dans les sentences Europe Cement (4 millions de dollars de frais) et Cementownia (5,6 millions de dollars de frais)[1255].

433. En définitive, pour qu'un Etat puisse exiger la réparation de ses dommages moraux, encore convient-il qu'il lui soit admis de présenter une telle contre-mesure. Certains TBI prévoient la possibilité pour un Etat d'en émettre[1256]. D'autres en excluent la possibilité[1257]. Enfin, même si un tribunal arbitral détient la juridiction de statuer sur cette contre-mesure, « il reste encore un autre obstacle à surmonter : l'exigence de la 'connexité' entre la demande principale et la demande reconventionnelle »[1258]. L'article 46 de la Convention CIRDI dispose qu'un tribunal arbitral « doit déterminer les demandes incidentes ou les demandes reconventionnelles directement liées à l'objet du différend ». Ainsi, la faculté des Etats

---

[1254] C. DOMINICE, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat », *in* C. DOMINICE, *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, PUF, 1997, p. 363 (« (i)l est utile de s'interroger sur le motif des incitations de l'Etat à conclure à l'attribution d'une compensation monétaire. De la part de l'Etat qui se plaint d'une grossière violation de ses droits, qui ressent une forte atteinte à sa dignité, n'est-ce pas finalement un peu petit, à la rigueur même mesquin, de solliciter l'octroi d'une somme d'argent, qui de toute manière ne saurait avoir aucunes communes mesures avec le préjudice immatériel souffert ? N'y-a-t-il pas une sensible inéquation entre, d'une part, un grave préjudice se situant sur le plan de l'honneur, de la dignité, et d'autre part, une compensation se situant au niveau matériel d'une somme d'argent peu significative ? Elle a sans doute valeur de symbole, mais est-ce suffisant ? On tombe dans une sorte d'impasse, car d'un côté l'on éprouve le besoin, en certaines circonstances, d'élargir la satisfaction en y incluant un autre élément à côté de la condamnation verbale et l'on pense à une compensation monétaire, mais on ressent de l'autre côté que celle-ci paraît peu adéquate, petite et d'autant plus qu'il s'agit de transferts financiers forcément peu significatifs d'un budget public à un autre budget public, dans un total anonymat »).

[1255] Ainsi, dans la sentence *Cementownia préc.*, le tribunal arbitral a énoncé qu' « en cas d'abus de droit, les tribunaux du CIRDI peuvent condamner les parties aux dépens à titre de sanction contre ce qu'ils considèrent comme une conduite dilatoire ou inappropriée dans la procédure » (§ 158).

[1256] Comme c'est le cas du TBI conclu entre Oman et le Yémen (§ 216-25).

[1257] Comme ce fut le cas dans l'affaire CIRDI *Amco Asia Corporation and others c. Indonésie, préc.*, § 122-27.

[1258] H. BUBROWSKI, « Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims », *in* A. MESTRAL et C. LEVESQUE (eds.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2014, p. 16.

d'accueil à émettre des « counterclaims » et à porter à la connaissance des tribunaux arbitraux leurs supposés dommages moraux, est assez limitée.

Pour répondre aux contestations portant sur les compensations des atteintes causées aux investisseurs, un équilibre plus concret doit s'instaurer.

§3 : L'équilibre substantiel dans le droit à compensation

L'un des principaux écueils dans le droit à compensation réside dans l'incomplétude des traités d'investissement qui, majoritairement, ne contiennent pas de clause fixant le montant de la compensation qui serait due en cas d'expropriation. Pour davantage d'équilibre, les tribunaux arbitraux doivent généraliser, le plus possible, leur pondération des montants octroyés, en prenant en compte la valeur marchande de l'investissement tout en conditionnant la compensation au comportement de l'investisseur ou à la nature de l'atteinte à l'investissement (1). Et s'il ne pouvait être efficacement apporté de solutions suffisamment plausibles pour moduler le montant des compensations, il conviendrait alors de renforcer les possibilités pour les Etats de se défendre et de ne pas les verser, lorsque les circonstances le justifient. Enfin, l'équilibre substantiel pourrait également être rempli par un changement de paradigme dans la forme de la réparation (2).

1) Le contrôle du droit à réparation

434. Il fut un temps où les Etats parties prévoyaient, dans leurs accords, des « lump-sum agreements », des indemnisations forfaitaires. Par le bais de la protection diplomatique, les Etats agissaient directement entre eux et incluaient, dans leurs accords, des clauses fixant le montant de la compensation à accorder. Aujourd'hui, un retour à une pareille logique devrait s'imposer au sein des TBI. Il pourrait être suggéré

d'opérer, au sein des traités d'investissement, un réel plafonnement du montant des compensations financières pouvant être octroyées, un plafonnement qui pourrait se calculer par le biais d'un accord entre les pays signataires. Finalement, le Traité CETA n'a pas opté pour cette approche. Du fait des divergences entre les intérêts des Etats parties, il conviendrait alors de conditionner davantage l'octroi de la compensation à une appréciation *in concreto* des circonstances et des comportements des parties au litige. Ce faisant, il faudrait généraliser la solution, consacrée à l'article 6.2 du modèle de TBI de la Communauté du développement de l'Afrique australe (SADC), selon laquelle « l'évaluation de l'indemnisation juste et adéquate doit être fondée sur un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt des personnes lésées, en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et en tenant compte de l'utilisation actuelle et passée de la propriété, de l'histoire de son acquisition, de la juste valeur marchande de la propriété, du but de l'expropriation, de l'étendue des profits antérieurs réalisés par l'investisseur étranger grâce à l'investissement, et la durée de l'investissement ».

435. Il appartient essentiellement aux Etats de rédiger leurs traités d'investissement en s'inspirant notamment des textes juridiques évoquant les réglementations qui ne donneront pas lieu à compensation financière. Parmi ces textes se trouve la Convention européenne des Droits de l'Homme qui, en son article 1er du Protocole n° 1, énonce, de façon implicite, que l'obligation d'indemnisation ne s'applique pas aux règlementations normales. De même, le Projet de Convention de Harvard de 1961, sur la responsabilité internationale des Etats pour les préjudices causés aux étrangers[1259], avait noté l'existence d'une caste de prises de possession ne donnant pas lieu à indemnisation : « Une prise de possession non indemnisée d'un bien étranger ou la privation de l'utilisation ou de la jouissance d'un bien appartenant à un étranger qui résulte de l'application de lois fiscales, d'une modification générale de la valeur d'une monnaie, d'une action des autorités compétentes de l'Etat pour le maintien de l'ordre, de la santé ou de la moralité publics, ou de l'exercice valide des droits de belligérance ou des droits liés à l'application normale de la législation de l'Etat, ne sera pas considérée comme illégale »[1260]. Cette logique appliquée à

[1259] L. SOHN et R. BAXTER, « Harvard Draft Convention on the International Responsability of States for Injuries to Aliens », *Am. J. Int. Law*, juillet 1961, vol. 55, Issue 3, p. 548-584.

[1260] Article 10 § 5.

l'arbitrage d'investissement, une atteinte licite ne devrait pas conduire à compensation. « Un Etat est responsable de l'expropriation d'un bien lorsqu'il soumet un bien étranger à une imposition, une règlementation ou toute autre action qui est confiscatoire, ou qui empêche, gène sans raison valable ou retarde indûment la jouissance effective d'un bien appartenant à un étranger ou son déménagement du territoire de l'Etat … Un Etat n'est pas responsable de la perte de propriété ou de tout autre préjudice économique résultant d'une imposition générale légitime, d'une règlementation, d'une confiscation sanctionnant un délit ou de tout type d'action communément acceptée comme entrant dans le cadre du pouvoir de police des Etats, à condition qu'il ne soit pas de nature discriminatoire (…) »[1261]. Selon des auteurs, « des mesures non discriminatoires concernant la lutte contre les ententes, la protection des consommateurs, les valeurs mobilières, la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire, représentent des prises de possession non indemnisables du fait qu'elles sont jugées essentielles pour le bon fonctionnement de l'Etat »[1262]. Cela correspond à l'idée des « pouvoirs de police » de l'Etat, théorie largement consacrée en droit international.

436. Plus que de dénier aux investisseurs le bénéfice des compensations pour des expropriations légitimes, il faudrait les atténuer strictement[1263]. Autrement, la difficulté résiderait « dans la formulation d'une théorie qui pourrait être utilisée pour prédire la conclusion sur le point de savoir si une prise de possession est indemnisable ou non. Bien que plusieurs tentatives aient été faites pour élaborer une théorie capable d'opérer cette distinction, aucune n'a abouti »[1264]. En pratique, trois critères semblent se dégager dans les sentences internationales, pour savoir si une compensation financière est justifiée ou si elle ne l'est pas et, finalement, le comportement de l'investisseur n'a que peu d'influence. Le premier critère concerne l'amplitude de l'atteinte à la possession. Il s'agit d'estimer si l'expropriation est totale

---

[1261] « Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States », American Law Institute, vol. 1, 1987, section 712, comm. g.

[1262] M. SORNARAJAH, *The international law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2021, p. 283 et s.

[1263] R. GEIGER, « Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the multilateral Agreement on Investment », *NYU, Environmental Law Journal*, 2002, vol. 11, n° 1, p. 94-109 et spéc. p. 104.

[1264] M. SORNARAJAH *op. cit*.

ou partielle et si l'atteinte gêne de façon durable l'investissement qui a été engagé. Si l'atteinte n'est que mineure et n'a pas d'incidence sur la jouissance ou la gestion de l'activité économique de l'investisseur privé étranger, la compensation financière ne sera pas octroyée. La Cour européenne des Droits de l'Homme est même allée plus loin, en estimant que la dépossession partielle qui n'est pas « irréversible » ne constitue pas une privation au sens de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme[1265]. Dans la sentence arbitrale Pope & Tolbac c. Canada, l'imposition nouvelle avait réduit les bénéfices de l'investisseur étranger mais n'avait empêché ni les ventes, ni la réalisation de bénéfices futurs. Elle ne « constitu(ait) (donc) pas une expropriation, il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux »[1266]. Le second critère a trait à la nature et à l'objet de la décision adoptée par l'Etat en prenant en considération le contexte dans laquelle cette décision s'inscrit. Enfin, le dernier critère tient à l'appréciation du caractère disproportionné et/ou déraisonnable des atteintes. En définitive, une tendance doit s'instaurer pour prendre en compte l'impact économique causé à l'investisseur privé étranger. Cet impact doit constituer l'unique critère pour réduire l'indemnisation de l'investisseur, lorsque la mesure étatique n'a pas essentiellement eu pour effet d'éliminer la valeur économique totale ou en grande partie de son bien.

Le montant accordé convient d'être basé sur un équilibre quasi-parfait entre l'intérêt public des Etats et l'intérêt particulier de l'investisseur. Les compensations doivent être conditionnées par l'amplitude de l'atteinte à la possession et le contexte de la mesure politique contestée. Si certains tribunaux arbitraux ont adopté ce conditionnement, tous ne l'ont pas fait.

[1265] CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 24 CEDH, Série A, 1976.

[1266] Sent. *Pope & Tolbac c. Canada préc.*

2) Réduction ou substitut à la réparation pécuniaire

Le montant des compensations est contesté. Pour répondre aux critiques, des remèdes peuvent être envisagés. Par exemple, il pourrait être proposé de recourir à des assurances-risques pour les investisseurs et d'insérer ces assurances au sein des TBI. Un fond serait alors créé, dans lequel des sommes seraient allouées en cas de contentieux futurs. Pour autant, il est peu probable que l'assurance suffise à couvrir le préjudice de l'investisseur, conduisant alors l'investisseur à se saisir de l'arbitrage pour réclamer ses pertes[1267]. En réalité, si nous avons confirmé que le droit à compensation des investisseurs était un droit acquis, celui-ci ne doit pas être absolu et des exceptions réelles conviennent d'être affirmées (a). En tout état de cause, pour brider les oppositions relatives à la compensation des investisseurs, il conviendrait de généraliser un autre type de sanction que la réparation financière, à savoir la restitution (b).

a. Pour des exceptions plus affirmées au droit à compensation

Les articles de la Commission du Droit international (CDI) des Nations-Unies ont codifié plusieurs hypothèses dans lesquelles un Etat ne sera pas financièrement sanctionné de la violation d'une obligation internationale, l'état de nécessité étant la situation la plus invoquée[1268]. Les pouvoirs exonératoires de l'Etat en matière d'arbitrage d'investissement sont réels. En tout état de cause, pour échapper au versement d'une compensation financière, il conviendrait de renforcer la fonction sociale de la réparation.

[1267] Cf en ce sens sent. CIRDI, *Hochtief Aktiengesellschaft c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/07/31, 29 décembre 2014, § 309. Cf également A. ALVAREZ-JIMENEZ, « International investment law, time, and economics : fixing the length of economic crises as a costs-allocation tool between host states and foreign investors », *World trade review*, 2020, vol. 19 (1), p. 91-108.

[1268] En particulier, cf article 25.

437. Le renforcement de la prise en considération de l'état de nécessité. La pandémie du COVID-19 a impacté plus de 150 pays dans le monde. Elle a pu conduire des Etats de prendre des politiques publiques lésant les intérêts des investisseurs étrangers. Ces politiques pourraient-elles constituer des atteintes au traitement juste et équitable ? Des tribunaux arbitraux ont déjà excusé des Etats pour les effets provoqués par des crises économiques. Qu'en sera-t-il à propos des effets causés par une crise sanitaire mondial ? En théorie, devant un péril grave et imminent tel que celui de la pandémie, les Etats se devaient d'adopter des mesures politiques de protection. Encore faudra-t-il que ces mesures soient considérées comme ayant été appropriées par les arbitres.

438. L'état de nécessité désigne « les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un Etat de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre »[1269]. Les articles de la Commission de Droit international (CDI) des Nations-Unies répondent à une lacune des traités d'investissement et de la Convention de Washington, qui ne traitent que de la mise en application de la responsabilité de l'Etat et peu des conséquences en découlant ou des modalités. Initialement supplétifs, les articles de la CDI sont très fréquemment utilisés par les tribunaux arbitraux qui les appliquent en tant que valeur coutumière. La théorie de l'état de nécessité permet, principalement, de réduire le montant des compensations financières. En ce sens, certains traités d'investissement ont codifié l'état de nécessité. C'est notamment le cas de l'article XI du TBI conclu entre l'Argentine et les Etats-Unis le 14 novembre 1991, qui dispose que « ce traité ne fait pas obstacle à l'application par l'une ou l'autre des parties des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, à l'exécution de ses obligations en matière de maintien ou du rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales ou à la protection de ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité ». Mais il revient aux Etats de rédiger davantage leurs traités d'investissement de manière à prendre les mesures utiles à la protection de leurs intérêts essentiels. Les tribunaux arbitraux examineront ensuite si les violations des dispositions du TBI par l'Etat ne pourraient pas, en raison des circonstances, être « neutralisées », permettant alors d'exclure ou de limiter la responsabilité de l'Etat. Ce raisonnement

[1269] Paragraphe 1er du commentaire de l'article 26 (J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, LGDJ, 2003, p. 214).

a été confirmé par plusieurs sentences arbitrales[1270]. L'état de nécessité a souvent été invoqué pour préserver l'intérêt essentiel. Cet « intérêt essentiel » est caractérisé par l'existence et l'indépendance même de l'Etat[1271]. La survie politico-économique de l'Etat pourrait être menacée et sa capacité à assurer les services publics les plus élémentaires être en danger, sauf à manquer à ses obligations issues de traités d'investissements[1272].

439. L'état de nécessité ne joue qu'à la condition que l'intérêt essentiel de l'Etat soit menacé par un « péril grave et imminent »[1273]. Autrement dit, la violation de l'obligation internationale de l'Etat doit être le seul moyen pour assurer la protection de son intérêt essentiel. L'état de nécessité se trouve neutralisé, dès lors que le traité d'investissement en proscrit l'application[1274]. Or et en pratique, il est assez fréquent que l'état de nécessité soit exclu des traités d'investissement, puisque l'objet même de ces traités est de préserver et de protéger les investisseurs contre les mesures des Etats d'accueil. L'état de nécessité ne peut également pas jouer, lorsque l'Etat a lui-même contribué à sa survenance. Ce faisant, l'Argentine, du fait de ses mauvais choix économiques, de ses politiques controversées, de son endettement répété,

---

[1270] Sent. *CMS préc*., § 134. Cf également sent. CIRDI, 5 septembre 2008, *Continental Casualty Company c. Argentine*, aff. n° ARB/03/9, § 162 et s.

[1271] S. HEATHCOTE, « Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility : Necessity », *in* J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT, *The Law of International Responsability*, 2010, note 31, p. 496-497.

[1272] Sent. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. Argentine préc.*

[1273] Cf Sent. *Total c. Argentine préc*., dans laquelle le tribunal arbitral a estimé que l'Argentine n'avait pas prouvé que la sécurité économique des utilisateurs de gaz aurait été menacée de manière grave et imminente par l'ajustement des prix prévu par la nouvelle législation.

[1274] Dans l'affaire *Continental préc*., le tribunal arbitral a constaté que les dispositions du TBI réservaient à l'Etat d'accueil le droit de prendre toute mesure nécessaire au maintien de l'ordre public et l'état de nécessité. Dès lors, les arbitres ont considéré que « (l)'Argentine pouvait légitimement appliquer des mesures qui, dans une autre situation, constitueraient une violation du traité dans cette crise, sous réserve du respect des autres exigences, d'abord, celle d'un véritable 'état de nécessité' », de sorte que « le pays est toujours responsable de la politique économique et ses conséquences (…) au moins du point de vue de la politique et de l'économie. Conduire les questions économiques appartient au Gouvernement. Toutefois, l'application juridique est basée sur différents paramètres. Notre analyse (…) révèle que les politiques économiques (…) ont été considérées comme de bonnes politiques économiques qui ont été soutenues par la communauté financière internationale et par de nombreux observateurs qualifiés ». Ainsi, le tribunal arbitral a conclu que l'Argentine était en droit d'invoquer l'état de nécessité, du fait des conditions exceptionnelles de la situation.

avait directement contribué à la situation de nécessité, de sorte que l'état de nécessité ne pouvait pas être invoqué pour légitimer la violation d'une obligation internationale[1275]. Toutefois, les décisions contradictoires subsistent en la matière[1276], alors même que les tribunaux arbitraux avaient statué sur les mêmes faits et avaient invoqué le même TBI[1277]. Dans les affaires CMS et Enron, les tribunaux arbitraux ont refusé la défense de l'Etat argentin basé sur l'état de nécessité comme excuse pour ne pas avoir respecté ses obligations internationales consenties aux investisseurs privés étrangers par le biais de traités d'investissement. Au contraire, le tribunal arbitral, dans la sentence LG&E, a reconnu l'état de nécessité de l'Etat argentin en l'excusant partiellement de ses manquements[1278].

Il pourrait être question de faire de l'état de nécessité une clause obligatoire devant être insérée dans chaque nouveau traité d'investissement conclu. Les tribunaux arbitraux se chargeront ensuite d'apprécier la pertinence et la réalité de cet état de nécessité par une analyse concrète de l'affaire.

440. La théorie des mains propres comme ajustement. Si nous avons défendu a doctrine de l'effet unique, il faut prendre reconnaître que celle-ci est critiquée pour ne pas prendre en compte l'intention ou le but recherché d'une mesure nationale. Seuls sont pris en considération les conséquences et les effets générés par cette mesure. Les tribunaux arbitraux sont discrédités pour ne pas suffisamment accorder d'importance à la fonction sociale de la réparation, à l'inverse de la plupart des juridictions nationales. Cette fonction sociale équilibrerait la détermination du montant de la compensation. En réalité, cette

---

[1275] A noter cependant que, dans l'affaire *LG&E préc*., le tribunal arbitral a noté qu' « estimer qu'une crise économique d'une telle gravité ne peut constituer un intérêt essentiel de sécurité revient à minimiser les ravages que l'économie peut faire sur les vies de populations entières et à diminuer la capacité du gouvernement à gouverner. Lorsque les fondations économiques d'un Etat sont en péril, la situation peut être aussi grave qu'en cas d'invasion militaire, quelle qu'elle soit ». Les arbitres ont alors considéré que les mesures édictées par l'Etat argentin constituaient le seul moyen à sa disposition pour faire face à la crise.

[1276] Sent. *Enron Corporation préc*., ILC 292 (2007).

[1277] Treaty Between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, U.S.-Arg., 14 novembre 1991, S. Treaty Doc No. 103-2 (1993).

[1278] *Préc*.

responsabilité du « tout ou rien », qui empêcherait les arbitres de faire jouer la flexibilité dans la détermination du montant de la compensation, doit être nuancée. Le nouveau Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable de la CNUCED (IPFSD) a suggéré que le montant de la compensation puisse être « équitable compte tenu des circonstances de l'affaire » et a réclamé une compensation raisonnable au regard du niveau de développement de l'Etat d'accueil. Certains tribunaux arbitraux ont assuré un équilibre dans la compensation[1279], alors même qu'il appartient avant tout aux Etats, dans leurs accords d'investissement, de faire référence à la théorie des mains propres.

441. En vertu de cette théorie, l'attitude fautive de l'investisseur privé étranger peut réduire son droit à réparation. Si les articles de la CDI ne font pas référence à la théorie des mains propres comme moyen d'éluder la responsabilité de l'Etat, les tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à s'en affranchir, comme ce fut le cas dans la sentence Robert Azinian c. Mexique rendue le 1er novembre 1999, dans laquelle le tribunal arbitral a estimé que les manquements répétés et nombreux des investisseurs justifiaient l'annulation du contrat de concession de collecte et de recyclage d'ordures[1280]. Dans l'affaire Fraport c. Philippines, le tribunal arbitral a reconnu à l'Etat la possibilité d'évoquer la violation par l'investisseur de la législation nationale pour se défendre de sa violation d'une obligation matérielle insérée dans un TBI[1281]. La doctrine des pouvoirs de police admet qu'un Etat puisse porter atteinte à un investissement. Comme l'a fait remarquer l'OCDE, « il est bien établi dans le droit international coutumier qu'une indemnisation ne s'impose pas en cas de préjudice économique imputable à un règlement non discriminatoire légitime

---

[1279] En ce sens, dans l'affaire *AMT c. Zaïre préc.*, le tribunal arbitral a affirmé qu'il exerçait « son pouvoir discrétionnaire et souverain pour déterminer le montant de l'indemnisation (…) en tenant compte des circonstances du cas d'espèce ».

[1280] M. RAUX, *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, thèse dactyl. 2010, p. 369. Cf également sent. CIRDI, *Robert Azinian c. Mexique*, aff. n° ARB(AF)/97/2.

[1281] « En ce qui concerne la politique, les TBI obligent les gouvernements à entretenir des relations transparentes avec les investisseurs étrangers. Certaines obligations réciproques, sinon identiques, incombent à l'investisseur étranger. L'une de celles-ci est l'obligation de faire l'investissement conformément à la législation de l'État hôte. On peut soutenir que même un investissement non conforme à la législation du pays d'accueil peut conférer une valeur économique à celui-ci. Mais ce n'est pas le seul objectif du secteur du droit international. Le respect de l'intégrité du droit du pays d'accueil est également un élément essentiel du développement et une préoccupation du droit international des investissements » (sent. CIRDI, 16 août 2007, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines*, aff. n° ARB/03/25, § 402).

entrant dans les limites du pouvoir de police d'un Etat »[1282]. Ainsi, « le principe selon lequel l'exercice de son pouvoir souverain par l'État dans le cadre de son pouvoir de police peut causer un préjudice économique aux personnes qui relèvent de sa compétence en tant qu'administrateur sans lui donner droit à aucune indemnité, est incontestable »[1283].

442. Malgré tout, l'exercice des pouvoirs de police ne doit servir que comme ajustement. Il ne doit pas conduire à une absence d'indemnisation, pour ne pas provoquer une fuite des investissements privés étrangers. Simplement, l'indemnisation doit être proportionnée à l'atteinte causée par la mesure étatique sur l'investissement. Les Etats doivent pouvoir se fonder les méfaits de l'investisseur étranger pour justifier leurs propres violations à l'égard des droits de l'investisseur et réduire le montant des compensations. En pratique, des tribunaux arbitraux ont déjà refusé de se prononcer sur une action arbitrale, lorsque l'investisseur s'est rendu coupable de fraude, de corruption, de violation du droit national de l'Etat hôte ou encore de violation des droits humains. Les tribunaux arbitraux statuent avant tout sur l'admissibilité de la demande de l'investisseur et peuvent la déclarer non-admissible, permettant alors à l'Etat de sortir de la procédure de l'arbitrage d'investissement[1284].

Un autre moyen d'exonération financière existe, plus économe, celui de privilégier le mécanisme de la réparation par restitution. L'équilibre dans la réparation ne ferait alors plus débat. Un retour au *statu quo ante* s'imposerait.

[1282] OCDE, « L'expropriation indirecte » et le « droit de réglementer », *in Le droit international des investissements*, OCDE, Paris, 2004, p. 5.

[1283] Sent. *Técnicas Medioambientales Tecméd., S.A. c. Mexique, préc*., § 122.

[1284] Sent. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. République des Philippines, préc*., § 345.

b. La restitution, alternative plausible ?

Comme l'ont énoncé les articles de la CDI, la compensation est la réparation appropriée à chaque fois que la restitution *in integrum* n'est pas possible. L'article 36 (1) dispose que « (l)'État responsable du fait internationalement illicite est tenu de réparer le dommage causé par ce fait, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution ». Certains tribunaux arbitraux n'envisagent aussi la compensation qu'en dernier recours et préfèrent laisser aux Etats la possibilité de réguler la situation en optant pour la restitution. La réparation sous forme de restitution fait l'objet de contestations assez virulentes et est même expressément exclue de certains traités d'investissement. Quand bien même elle serait consacrée au sein de ces traités, elle n'est que rarement déclarée par les tribunaux arbitraux, puisqu'elle n'est pas privilégiée par les investisseurs, seuls titulaires du droit d'action. Or, le principe *nec ultra petita* empêche une juridiction d'aller au-delà de ce que lui demande une partie.

443. Une alternative discutée. La compensation fait l'objet de tant de controverses là où la restitution a pour avantage de maintenir sur le long terme les relations entre un investisseur et un Etat d'accueil. En ce sens, la restitution paraît bien plus respectueuse des objectifs des traités d'investissement[1285].

Expressément exclue dans certains traités d'investissement[1286], l'un des inconvénients de la restitution réside dans l'absence de caractère exécutoire des réparations non-pécuniaires. Si l'article 54 de la Convention CIRDI énonce que les Etats sont appelés à exécuter les obligations pécuniaires prononcées par les sentences CIRDI comme s'il s'agissait de jugements définitifs de ses propres juridictions nationales, il reste muet sur l'obligation d'exécution des obligations non-pécuniaires. Par conséquent, il n'existerait que peu d'intérêts à exiger des mesures de restitution, car celles-ci ne seront peut-être jamais exécutées

[1285] D'ailleurs, dans la sentence *Arif c. Moldavie*, le tribunal arbitral a énoncé que la « la restitution est plus compatible avec les objectifs des traités bilatéraux d'investissement, dans la mesure où elle préserve l'investissement et la relation entre l'investisseur et l'État hôte » (sent. CIRDI, 8 avril 2013, *Mr. Franck Charles Arif v. Moldavie*, aff. n° ARB(AF)/11/23, § 570).

[1286] Comme en témoigne notamment l'article 1135 du NAFTA.

par les juridictions nationales. L'autre inconvénient réside dans l'atteinte à la souveraineté**.** Si la restitution peut se définir comme le recommencement d'une situation qui a existé avant l'intervention de l'acte dommageable, elle peut être perçue comme la restauration d'une situation qui n'était plus désirée. Par le principe de restitution, l'Etat sera tenu de tout faire pour restituer à l'investisseur sa propriété ou assurer le retour à la législation en vigueur au moment de l'établissement de l'investissement étranger sur son territoire. C'est sur ce point que la restitution peut entrer en conflit avec l'exercice des pouvoirs souverains de l'Etat et, plus particulièrement, du pouvoir de réguler. Ce faisant, dans les sentences BP c. Lybie[1287] et LIAMCO c. Libye[1288], les tribunaux arbitraux ont refusé le jeu des restitutions, puisque ces restitutions auraient entrainé une remise en cause des nationalisations déclarées par la Lybie, de sorte qu'elles auraient porté atteinte à la souveraineté de la l'Etat[1289]. La validité même des restitutions a d'ailleurs été remise en cause dans l'affaire Amco c. Indonésie, dans laquelle les arbitres ont énoncé qu' « il est évident que ce tribunal ne peut se substituer au gouvernement indonésien pour annuler la révocation et rétablir la licence ; de telles actions ne sont même pas des revendications et il est plus que douteux que ce type de restitution *in integrum* puisse être ordonné contre des États souverains »[1290]. En définitive, dès lors qu'un traité d'investissement reste silencieux sur la question des sanctions, le principe de souveraineté des Etats continue de guider l'application et l'interprétation des sanctions à considérer[1291], ce qui revient le plus souvent à écarter les restitutions[1292]. Pourtant, le mécanisme de la compensation est autant décrié que la restitution pour son « chilling effect » (dont la notion sera étudiée dans les prochains développements) et son caractère attentatoire à la souveraineté des Etats.

[1287] *BP Exploration Co (Libya) Ltd c. Libye*, (10 octobre 1973) 53 ILR 297, at 350-51.

[1288] *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libye*, (12 avril 1977), Ad Hoc, 20 ILM 1.

[1289] Cf CH. GRAY, *Judicial Remedies in International Law*, New-York, Oxford University Press, 1987, p. 188.

[1290] Sent. *AMCO Asia Corp and others c. Indonésie*, (21 novembre 1984) 24 ILM 1022, § 202.

[1291] A. DE LUCA, « Non-Pecuniary Remedies under the Energy Charter Treaty », *Energy Charter Secretariat* 2015, § 27.

[1292] N. ANGELET, « Alleviating the Disruptive Nature of Investment Arbitration. Some Remarks on Restitution and Post-Arbitration ADR », *TDM* 2014, vol. 11, p. 5.

444. Une alternative isolée. Le mécanisme de la restitution n'est pas totalement ignoré du CIRDI et de l'arbitrage d'investissement. En ce sens, « en vertu de la Convention CIRDI, un tribunal a le pouvoir d'ordonner des réparations pécuniaires ou non pécuniaires, y compris la restitution, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant la perpétration d'un acte illicite. Comme l'intimé le reconnaît lui-même, la restitution est, en théorie, un recours disponible en vertu de la Convention CIRDI (…). Cet aveu dispose essentiellement de l'objection comme une exception d'incompétence et de recevabilité. Le fait que la restitution soit un recours rarement ordonné n'est pas pertinent à ce stade de la procédure »[1293]. Cependant, en pratique, la restitution n'a pas bonne réputation. et il s'avère que les investisseurs sont plus réceptifs et enclins à privilégier les compensations financières que la restitution. D'une part, cela peut s'expliquer par des motivations économiques (le montant potentiel des réparations n'est pas négligeable) et par le fait que les tiers financeurs n'ont aucun intérêt économique à ce que soit négociée entre l'Etat et l'investisseur une mesure de restitution. D'autre part, il peut paraître inenvisageable, pour les investisseurs, de perdurer une relation d'affaires avec un Etat ayant bafoué leurs droit et ce, en dépit du fait que, sur le long terme, ils pourraient avoir tout intérêt à reprendre leurs investissements pour accroître leur position et leurs parts de marché.

445. En réalité, pour atténuer les controverses des réparations financières et du fait des atouts de la sanction de la restitution, le tribunal arbitral ne doit plus être lié par le principe *nec ultra petita*. Il doit pouvoir, en fonction des intérêts en présence, privilégier soit la compensation soit la restitution. Or, en pratique, les tribunaux arbitraux accordent aux investisseurs le choix entre les deux options[1294] et, dans le cas où l'investisseur n'est pas satisfait par la proposition de restitution de l'Etat d'accueil, il peut privilégier la compensation financière. Les tribunaux arbitraux doivent, systématiquement, pouvoir donner aux Etats la possibilité de présenter aux investisseurs étrangers la meilleure proposition pour assurer la restitution

[1293] Sent. *Ioan Micula, préc*., § 166.

[1294] Dans la sentence *Franck Charles Arif c. République de Moldavie, préc.*, le tribunal arbitral a énoncé que « dans un délai maximum de soixante jours, le défendeur présentera au demandeur une proposition de restitution de l'investissement dans le magasin Airport, y compris sa proposition concernant les garanties appropriées pour la légalité d'un nouveau contrat de location. Le Tribunal s'attend à ce que les parties négocient de bonne foi au sujet de cette proposition, mais confirme que le demandeur peut à tout moment, dans un délai de 90 jours à compter de la date de cette indemnité, choisir de recevoir l'indemnité fixée en guise de réparation (…) » (§ 572).

et échapper aux montants des compensations financières. Cette option accorde aux Etats « une dernière possibilité de préserver l'investissement tout en préservant le droit du demandeur à des dommages-intérêts si une solution de restitution satisfaisante ne peut être trouvée »[1295]. Au lieu d'y voir une atteinte à sa souveraineté, l'Etat est invité à percevoir la restitution comme une chance de rétablir sa relation avec l'investisseur étranger et d'éluder toute compensation pécuniaire. Il convient de renforcer l'effectivité et l'efficacité des mesures de restitutions. Celles-ci devraient être partie intégrante des traités d'investissement pour que la question de l'équilibre substantiel dans la réparation ne se pose plus.

Conclusion sous-section II : Aujourd'hui, des Etats sont opposés au principe même de la compensation pour expropriation. Ils ne se bornent plus à contester sa disproportionnalité supposée. Ils renient l'existence d'un devoir de compensation. Or, ce devoir demeure l'essence, en droit international coutumier, de la licéité d'une expropriation. L'expropriation est toujours un acte imprévisible pour un investisseur, un Etat doit assumer les conséquences de sa politique, que l'expropriation soit directe ou indirecte. La doctrine de l'effet unique, si elle s'attire les contestations des opposants à l'arbitrage d'investissement, doit s'imposer, car l'expropriation, directe ou indirecte, prive l'investisseur de la jouissance de son bien.

Nonobstant et pour répondre aux controverses, il convient de souligner que le sort de la compensation des expropriations indirectes est entre les mains des Etats, qui peuvent l'exclure de leurs traités d'investissement. En ce sens, le CETA a rejeté la théorie de l'effet unique, répondant alors aux intérêts des Etats. Le CETA exige un élément intentionnel pour qualifier l'expropriation tacite, de sorte qu'il faudra démontrer l'intention de l'Etat d'accueil d'exproprier indirectement l'investisseur étranger. Cette intention sera délicate à caractériser, du fait de l'ingéniosité des Etats, qui usent de manœuvres subtiles ne laissant pas supposer d'emblée leurs intentions expropriatrices.

[1295] Sent. *Arfi c. Moldavie préc*., § 571.

De surcroît, la place du préjudice moral est tout autant controversée, qu'elle se situe au bénéfice de l'Etat ou au bénéfice de l'investisseur étranger. Des incertitudes demeurent quant à sa caractérisation et quant à sa quantification. Les tribunaux arbitraux adoptent une position plutôt restrictive sur cette thématique. En tout état de cause, il revient aux Etats de gérer au mieux leurs intérêts dans la négociation des traités d'investissement et de fixer les cadres de la réparation des préjudices moraux. Si un équilibre est intervenu dans la reconnaissance du préjudice moral et dans sa réparation, il conviendrait d'apporter davantage d'équilibre substantiel dans le droit à compensation, en accordant plus de crédits au mécanisme de la restitution, en généralisant la théorie de l'acte de nécessité au sein des TBI ou encore en ajustant la doctrine de l'effet unique par celle des pouvoirs de police. Sur ce dernier point, une troisième doctrine tend à voir le jour, d'inspiration européenne et médiane, la doctrine des « mitigated police powers »[1296]. Cette approche ambitionne de concilier les intérêts des deux parties prenantes, à savoir les intérêts de l'Etat et les intérêts de l'investisseur étranger, pour parvenir à une réparation, financière ou non, acceptable pour les deux parties[1297].

Conclusion section I : Les déséquilibres au sein de l'arbitrage d'investissement doivent être très largement nuancés. Les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement juste et équitable tirent leur légitimité de la volonté des Etats de protéger les investisseurs étrangers et de respecter leurs attentes légitimes. Elles sont strictement encadrées par les tribunaux arbitraux, qui veillent à ne pas leur donner une trop large appréciation. Et même dépourvus de droit d'action, les Etats ont pu faire valoir leurs arguments sur le préjudice de la même efficacité qu'un investisseur, qu'il s'agisse de restreindre ou d'éluder le droit à réparation ou qu'il s'agisse de faire entendre leur souffrance morale subie par une action arbitrale enclenchée de mauvaise foi. Les Etats ne sont pas dénués de remparts pour équilibrer les compensations pécuniaires et les tribunaux arbitraux prennent majoritairement en considération à la fois les intérêts lésés d'un investisseur, les comportements de ce dernier ainsi que les intérêts et circonstances

---

[1296] Cf A. BOYER et P-B. CHIPAULT, « Les politiques de santé publique : un cancer pour l'industrie du tabac », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal* n° 1, octobre 2015, étude 4 ; V. VADI, *Public health in International Investment Law*, Routledge, 2014, p. 75 ; sent. *Tecmed préc.*, § 122 ; CEDH, 16 septembre 1996, *Matos e Silva, Lda, and Others c. Portugal*, p. 19 ; sent. *LG&E préc*., § 195 ; sent. *Glamis Gold préc*., § 356.

[1297] En ce sens, cf l'affaire *Saluka Investments B.V c. République Tchèque préc*., § 262.

politiques, économiques et sociales d'une politique contestée. Dès lors, il est erroné d'affirmer que le mécanisme de la compensation est substantiellement déséquilibré. Ce n'est pas le déséquilibre substantiel dans le droit à compensation qui nuit au pouvoir de réguler des Etats, car, substantiellement, la fonction sociale de la réparation n'est pas méconnue de la pratique arbitrale.

Ainsi, toutes les prises de possession ne sont pas, d'emblée, compensées. Selon une étude, sur plus de 325 affaires examinées, la moyenne de demandes de compensation s'élevait à 884 millions de dollars US (une dizaine de demandes dépassait le milliard). En moyenne et sur 119 affaires connues, les tribunaux arbitraux ont accordé 508 millions aux investisseurs qui n'auront obtenu, dans 86 affaires, que 33 % du montant de leur demande. Seules six instances sont à dénombrer, dans lesquelles les investisseurs ont obtenu tout ce qu'ils demandaient[1298]. Certes, il est délicat de faire des cas d'exonérations des principes absolus et il serait complexe d'élaborer une théorie capable de dissocier ce qui serait pécuniairement indemnisable de ce qui ne le serait pas. L'équilibre substantiel de la réparation conduirait à prendre en compte le but recherché d'une mesure nationale et pas seulement ses effets. La compensation doit simplement être équitable, dans sa forme comme dans son montant. Nous avons regretté que les traités d'investissement soient si peu nombreux à contenir des dispositions relatives aux types de remèdes pouvant être octroyés par les tribunaux arbitraux[1299]. Il conviendrait de s'inspirer du modèle TBI américain[1300] ainsi que des Accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis avec l'Amérique centrale et la République dominicaine[1301], le Chili[1302] et le Maroc[1303], qui prévoient l'instauration d'une procédure « conduite de l'arbitrage » accordant aux parties contestantes la possibilité d'examiner ou de commenter

[1298] R. WELLHAUSEN, « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *J. Int'l Disp. Settlement* 2016, vol. 7, p. 117, 132-133.

[1299] En sens contraire, cf *The Model Treaties Canada/USA*. Cf article 34 du modèle TBI américain de novembre 2004 et article 44 du modèle TBI canadien de 2004.

[1300] *Ibid*.

[1301] *Ibid*.

[1302] *Ibid*.

[1303] *Ibid*.

une sentence avant qu'elle ne soit définitive : « Dans toute procédure d'arbitrage menée aux termes de la présente section, sur demande de la Partie contestante, le tribunal est en droit, avant de fixer le montant des dommages-intérêts, de communiquer le montant qu'il se propose d'imposer aux Parties contestantes et à la Partie non contestante. Dans un délai de 60 jours après la date à laquelle le tribunal a communiqué sa proposition de dommages et intérêts, les Parties contestantes pourront soumettre des commentaires écrits au tribunal sur tout aspect de ladite proposition. Le Tribunal prendra ces commentaires en considération et rendra sa décision ou sa sentence 45 jours au plus tard après la date d'arrivée à expiration de la période de commentaires de 60 jours ».

En définitive, il ne faut pas adopter une réaction disproportionnée sur les répercussions qu'auraient les déséquilibres substantiels allégués de l'arbitrage d'investissement à l'égard de la liberté de réglementer des Etats.

Section II : Le chilling effect, répercussion aux déséquilibres substantiels allégués

Le droit de réguler de l'Etat prend plusieurs appellations. Il est tantôt nommé « capacité de règlementation publique »[1304], de « flexibilité normative » et a son équivalent en langue anglaise avec la notion de « policy space »[1305]. Ce droit de réguler, ou droit de légiférer d'un Etat, serait mis à mal par les abus des investisseurs privés étrangers, qui enclencheraient des procédures arbitrales de mauvaise foi, afin d'obtenir des compensations élevées. Craignant d'être condamnés à celles-ci, les Etats d'accueil n'oseraient plus légiférer librement, par peur d'adopter une loi ou un règlement qui léserait les intérêts des investis-

[1304] PE. rés. 6 avr. 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203 (INI)). P7_TA (2011)0141, § 6.

[1305] Cf par exemple A. VON WALTER, « Balancing Investors' and Host States' Rights- What Alternatives for Treaty-makers ? », *in* M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL et S. HINDELANG, *European Yearbook of International Economic Law 2011, Special Issue: International Investment Law and EU Law*, Heidelberg, 2011, p. 141. Sur la thématique du droit de réguler des Etats, cf Y. LEVASHOVA, *The right of States to regulate in international investment law*, Wolters Kluwer, 2019.

seurs étrangers (« chilling effect »). Les Etats en viendraient alors à développer un « comportement extrêmement timoré lors de l'adoption de mesures visant à mettre en œuvre les droits humains » les conduisant « à subordonner les choix collectifs visant l'intérêt général au respect des droits des investisseurs privés étrangers »[1306]. Si cette affirmation semble audible (Sous-Section I), elle doit fortement être relativisée, d'autant que le pouvoir de réguler des Etats est inscrit dans plusieurs accords d'investissement et fait l'objet d'une attention particulière par les tribunaux arbitraux (Sous-Section II).

Sous-Section I : La crainte d'une atteinte au droit de réguler des Etats

446. Devant l'aléa d'une condamnation par un tribunal arbitral, les Etats pourraient s'abstenir « de règlementer comme ils le devraient ou (…) modifie(raient) ou supprime(raient) des règlements le jour où planera la menace d'une demande de la part de l'investisseur »[1307]. Lors d'une allocution à New-York, ayant eu lieu le 26 octobre 2015, l'expert indépendant des Nations-Unies, Alfred de Zayes, a énoncé que « le commerce doit s'exercer en faveur des droits de l'Homme et non agir à leur encontre ». Au sein de son quatrième rapport à l'Assemblée des Nations-Unies, il a fait part de ses inquiétudes quant aux conséquences néfastes de l'arbitrage d'investissement sur les droits de l'Homme. Comme il l'a souligné, « (d)urant les vingt-cinq dernières années, les traités bilatéraux internationaux et les accords de libre-échange incluant un règlement des différends entre investisseurs et Etats ont entrainé une dégradation générale de l'ordre international et sapé les principes fondamentaux des Nations-Unies, la souveraineté nationale, la démocratie et l'exercice de la loi », avant d'ajouter que « cela donne moralement le vertige aux observateurs impartiaux ». Selon lui, « loin d'apporter sa contribution aux Droits de l'Homme et au développement, (l'arbitrage d'investissement) a compromis les fonctions régulatrices de l'Etat et (a) généré une inégalité croissante entre Etats et dans les Etats eux-mêmes ». Lors des discussions relatives à

[1306] R. BACHAND, M. GALLIE, S. ROUSSEAU, « Investment Law and Human Rights in the Americas », *AFDI* 2003, p. 592 et p. 601-602.

[1307] N. BERNASCONI-OSTERWALDER et al., « Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and answers. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development », 2011, disponible sur http://www.iisd.org/pdf/2011/investment_ treaties_why_they_matter_sd.pdf.

la future politique de l'Union européenne en matière d'investissements étrangers, le Parlement européen a rappelé l'objectif principal devant être poursuivi. Dans sa Résolution du 6 avril 2011, il a ainsi affirmé que la protection des investissements étrangers devait constituer la priorité des Accords d'investissement de l'Union européenne (AIUE)[1308]. Mais dans le même temps, le Parlement européen a fustigé la décision prise par la Commission européenne qui « devrait mieux évoquer le droit de protéger la capacité de réglementation publique »[1309].

447. Le droit de réguler de l'Etat consiste à user d'un attribut essentiel de la souveraineté, celui d'édicter des normes dans l'intérêt public. Si le « chilling effect » ne semble pas être un concept tangible, dans le sens où « le refroidissement réglementaire ne se prête pas à l'analyse statistique»[1310], plusieurs illustrations ont paru démontrer sa réalité. En 1999, l'Indonésie avait changé sa règlementation en décidant d'interdire toute exploitation minière à ciel ouvert dans les forêts. Des entreprises étrangères ayant qualité d'investisseur avaient menacé l'Etat indonésien d'une action devant un tribunal arbitral avec le spectre d'un dédommagement de plusieurs milliards de dollars. L'Etat indonésien avait finalement décidé d'assouplir sa législation sur l'environnement, en prévoyant des dispositions portant des exceptions spécifiques à ces compagnies minières. En 2005, un conseiller juridique du Ministère des Affaires étrangères du Sri Lanka avait déclaré que « le Sri Lanka estime qu'une interprétation extensive des mesures réglementaires pourrait contourner la marge d'action nationale entravant le droit du gouvernement à réglementer, créant ainsi un risque de 'refroidissement réglementaire', les gouvernements hésitant à prendre des mesures réglementaires légitimes dans l'intérêt public, par crainte de demandes d'indemnisation être privilégiées par les investisseurs »[1311]. De surcroît, en 1997, la société Ethyl Corporation, entreprise américaine située en Virginie, avait acquis des parts dans une société au Canada. Elle avait assigné l'Etat

---

[1308] PE. Rés. 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux (2010/2203 (INI)). P7 TA (2011)0141. § 15.

[1309] *Ibid*., § 6.

[1310] K. TIENHAARA, « Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science », *in* CH. BROWN et K. MILES (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press 2011, p. 611.

[1311] A. ROHAN PERERA, « Technical assistance and capacity building, lessons learned from experiences and the way forward », *ICSID/OECD/UNCTAD Symposium – Making the Most of International Investment Agreements: A Common*

canadien en arbitrage pour atteinte à ses profits anticipés, du fait d'une législation nouvelle prohibant le MMT, un additif pour l'essence jugé dangereux pour l'environnement et pour la santé. Face à la menace, le Canada avait retiré sa loi[1312].

448. D'après les données publiées par la CNUCED en 2015, 37 % des sentences arbitrales rendues en matière d'investissement ont été favorables aux Etats, 25 % l'ont été aux investisseurs et 28 % ont été réglées à l'amiable[1313]. Les autres différends n'ont pas perduré ou n'ont pas encore donné lieu à une sentence. Des auteurs ont considéré que ces chiffres transcrivaient une réalité trompeuse. De nombreuses plaintes ne parviendraient pas à destination des tribunaux arbitraux, parce que les menaces encourues par l'Etat quant aux compensations financières suffiraient à le faire plier[1314]. Le règlement à l'amiable du tiers des différends internationaux en matière d'investissement pourrait laisser supposer que ces accords amiables favorisent inéluctablement les investisseurs privés, puisque ces derniers ne les auraient pas acceptés s'ils n'étaient pas à leur avantage. Si ces accords étaient défavorables à leurs droits, les investisseurs auraient eu tout intérêt à poursuivre leurs actions devant un tribunal arbitral, devant lequel il n'existe pas de limite maximale en matière de dédommagement.

449. Les Etats d'accueil ont conclu tant de traités d'investissement qu'ils ne peuvent pas, le plus souvent, prédire l'impact qu'aura une législation nouvelle sur l'ensemble des investissements étrangers[1315]. Si une

---

Agenda, Paris, 12 décembre 2005.

[1312] Ethyl Corporation c. Canada, UNCITRAL.

[1313] Cf graphique http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

[1314] Cf le Rapport d'information déposé par la Commission des Affaires européennes de l'Assemblée Nationale sur le règlement des différends investisseurs-Etat dans les accords internationaux et présenté par Mme Seybah Dagoma, 2 février 2016, p. 66.

[1315] J. COE and N. RUBINS, « Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions », *in* T. WEILER (éd.,), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, p. 599.

partie de la doctrine défend l'idée d'un « claim-right to regulate »[1316] ou « droit de revendication à réglementer », les actions des investisseurs impactant le droit de réguler des Etats poussent ces derniers à se retirer de la convention de Washington. En 2016, le gouvernement indien a mis fin à ses traités d'investissement conclus avec 57 Etats. En mars 2014, l'Indonésie a mis un terme à plus de 60 TBI avec des Etats comme la France, la Chine, le Royaume-Uni ou encore Singapour[1317]. L'Afrique du Sud a décidé de ne pas renouveler ses 49 accords d'investissements arrivés à échéance et a souhaité en négocier de nouveaux, plus protecteurs de leur droit de réglementer. L'origine de l'attitude sud-africaine proviendrait des actions arbitrales lancées contre cet Etat en 2007 par des investisseurs privés étrangers, réclamant 340 millions de dollars à cause de la promulgation d'une loi anti-discrimination qui lésait leurs intérêts (l'affaire sera finalement réglée à l'amiable[1318]). Le « chilling effect » serait un ressenti quantifiable par le nombre de TBI résiliés ces dernières années. Pour autant, ses effets et sa survenance conviennent d'être relativisés.

Sous-Section II : Une atteinte surestimée

Les tribunaux arbitraux sont nombreux à protéger le pouvoir souverain de l'Etat de légiférer (§1). De plus, les Etats peuvent librement légiférer, tout en apportant des garanties particulières aux investisseurs privés étrangers dans le maintien de leurs intérêts, par le jeu de certaines clauses (§2).

[1316] Cf A. TITI, *The Right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos & Hart Publishing, 2014.

[1317] B. BLAND, « Indonesia to Terminate More Than 60 Bilateral Investment Treaties », *Financial Times*, 26 mars 2014.

[1318] M. DE GAMA avait ajouté que « depuis la fin de nos traités, pas un seul investisseur n'a quitté le pays, au contraire, l'investissement a augmenté. Il n'y a pas de lien de cause à effet entre ces traités et les flux d'investissements ». Cf notamment X. CARIM, « International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation. A Perspective from South Africa », *South Centre Investment Policy Brief* n° 4, août 2015, p. 3.

§1 : Le contrôle des arbitres

450. La protection du droit de réguler par les arbitres ne peut pas être négligée. L'affaire la plus éloquente est l'affaire Philip Morris[1319]. Il était question d'une atteinte aux intérêts de l'investisseur étranger par la promulgation d'une loi anti-tabac. En 2005, 32 % des uruguayens fumaient de manière quotidienne. En 2016, une enquête portée par le United States National Cancer Institute (USNCI) et l'Organisation mondiale de la santé (OMS) est arrivée à la conclusion suivante, des politiques effectives de lutte contre le tabac pourraient sauver huit millions de vies[1320]. Pour contrer l'épidémie de tabac, l'Etat uruguayen s'est alors vu pressé par les associations d'intérêt public de prendre des mesures effectives et efficaces. Durant son quinquennat, de 2005 à 2010, le Président de l'Uruguay a multiplié les annonces et les mesures, comme la création d'espaces non-fumeurs, la restriction des publicités sur le tabac, la promulgation de la loi sur les paquets neutres … Et le succès a été à la hauteur des mesures édictées. Entre 2006 et 2009, la consommation de tabac chez les jeunes de 18-24 ans a chuté de 44 %.

En février 2010, la compagnie Philip Morris avait intenté un procès devant le tribunal arbitral, du fait de la violation de ses droits prévus dans le TBI conclu entre la Suisse et l'Uruguay. Les politiques de santé publique érigées avaient lésé ses pouvoirs d'user de son droit de marque, à cause de la législation nouvelle optant pour la présentation uniforme des marques. Cette nouvelle législation avait considérablement réduit ses bénéfices. L'investisseur avait réclamé plus de 2 milliards de dollars US de compensation financière. Le tribunal arbitral a refusé de condamner l'Uruguay et le pouvoir souverain de l'Etat de légiférer a été préservé. Le groupe Philip Morris avait également attaqué l'Australie, car l'Etat avait adopté une loi de santé publique instaurant le paquet neutre pour les cigarettes[1321]. L'Etat australien avait remporté l'arbitrage d'investissement contre l'investisseur[1322]. De surcroît, si un cigarettier intentait une

[1319] *Sent. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay, préc.*

[1320] United States National Cancer Institute (USNCI) and World Health Organization, « The Economics of Tobacco and Tobacco Control » (National Cancer Institute Tobacco Control Monograph No. 21, 2016).

[1321] Sent. *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

[1322] Cependant, le tribunal arbitral n'a pas statué sur le fond, ni répondu à la question de l'expropriation, ni ne s'est prononcé

action arbitrale contre la France, le tribunal arbitral pourra constater que le Conseil constitutionnel français a énoncé que le nouvel article L. 3511-6-1 du Code de la Santé publique, imposant des paquets de cigarettes « neutres et uniformisés », n'institue pas une privation du droit de propriété sur la marque et qu'il n'en résulte pas une atteinte injustifiée et manifestement disproportionnée. Les Sages ont estimé que le législateur a « poursuivi l'objectif de protection de la santé », de sorte que l'intérêt général a justifié cette atteinte. L'atteinte est proportionnée, puisque « les dispositions contestées n'interdisent ni la production, ni la distribution, ni la vente du tabac ou des produits du tabac ». Le Conseil constitutionnel a constaté que les dispositions contestées « n'interdisent pas que chacun (des paquets) comporte l'inscription de la marque, de telle sorte que le produit puisse être identifié avec certitude par son acheteur »[1323].

451. En définitive, le droit de réguler de l'Etat en matière de santé publique a pu être préservé par les tribunaux arbitraux. Ce n'est pas parce que, textuellement, les pouvoirs de réguler de l'Etat ne sont pas constamment mentionnés au sein des TBI, qu'ils ne s'appliquent pas et ne sont pas respectés. Les tribunaux arbitraux reconnaissent le caractère incontestable du droit de l'État d'exercer ses pouvoirs souverains et rappellent que les réglementations nationales légitimes ne constituent pas une expropriation. Une autre affaire est également invoqué en tant qu'étendard des opposants à l'arbitrage d'investissement, l'affaire Vattenfall. Le Groupe Vattenfall avait assigné l'Allemagne devant un tribunal arbitral en lui réclamant 4,7 milliards d'euros pour avoir décidé de sortir du nucléaire, après la catastrophe de Fukushima ayant fait des dizaines de milliers de morts et de disparus. Cette sortie lésait les intérêts du groupe. Or, dans cette affaire, c'est la Cour constitutionnelle allemande qui a, dès le départ et dans un jugement du 6 décembre 2016, jugé que l'investisseur privé suédois était légitime à recevoir une compensation par

sur le bien-fondé de l'indemnisation réclamée. Il s'est simplement jugé incompétent pour prendre en charge le litige. C'est donc sur un point procédural que le litige a été tranché, car la firme américaine s'était restructurée en rattachant sa filiale établie en Australie à une entité implantée à Hong-Kong, dans le seul but de pouvoir lancer une procédure arbitrale contre l'Etat australien en actionnant le levier d'un TBI conclu entre l'Australie et Hong-Kong en 1993. Le tribunal arbitral a dénoncé le « treaty shopping » pratiqué.

[1323] Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016. Cf L. MARINO, « Le paquet neutre fait un tabac au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, p. 31.

suite de la décision allemande de renoncer à l'énergie nucléaire[1324]. C'est peu dire que les juridictions nationales ne sont pas des garantes absolues du droit de légiférer d'un Etat et exigent des indemnisations, lorsque les circonstances l'exigent.

452. En tout état de cause, le droit international implique une limitation des pouvoirs des Etats. Lorsqu'un Etat européen signe un accord européen, il borne son pouvoir de réguler sur la scène nationale, en devant édifier des normes respectant les textes européens. La nature même d'un accord international est de tempérer les pouvoirs d'un Etat et sa souveraineté. Le droit international, en tant que système de normes, a pour essence de devoir limiter les pouvoirs propres d'autorégulation des Etats. Ces restrictions à la souveraineté par le droit international ont été explicitées par la Cour internationale de justice en 1923. Dans un jugement, il a été souligné que « la Cour refuse de voir dans la conclusion de tout traité par lequel un État s'engage à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte particulier, un abandon de sa souveraineté. Nul doute que toute convention créant une obligation de ce type limite l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle exige qu'ils soient exercés d'une certaine manière. Mais le droit de prendre des engagements internationaux est un attribut de la souveraineté de l'État »[1325].

453. En réalité, aucune sentence arbitrale n'est venue remettre en cause le pouvoir de réguler d'un Etat[1326]. Le tribunal arbitral rend des sentences sur le fond du droit pour octroyer ou non, à l'investisseur privé étranger s'estimant lésé, une compensation financière. Jamais un tribunal arbitral ne s'est prononcé sur des lois étatiques et ne pourra remettre en cause la législation d'un Etat souverain. Les Etats d'accueil se sont volontairement soumis à plusieurs obligations internationales à la fois. D'une part, ils se sont engagés à respecter leurs engagements tenant au respect des droits humains, sociaux, environnementaux

[1324] Jugement du 6 décembre 2016, aff. du Treizième amendement de la loi sur le nucléaire, *E. ON Kernkraft GmbH, RWE Power AG, Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH*, 1 BvR 2821/11 – 1 BvR 1456/12 – 1 BvR 321/12.

[1325] The S.S. Wimbledon (UK v. Japan), 1923 P.C.I.J (ser. A) No. 1 (Aug. 17), 25.

[1326] Il ressort d'ailleurs des sentences NAFTA que les plaintes visant à combattre le pouvoir de réguler des Etats ont échoué.

…[1327] D'autre part, ils se sont engagés à respecter leurs engagements envers les investisseurs privés étrangers tendant à la protection de leurs investissements. Par conséquent, tous les tribunaux arbitraux ayant condamné les Etats d'accueil n'ont fait que mettre en lumière l'incapacité de certains Etats à assurer une balance entre les obligations internationales auxquelles ils sont soumis, les droits des investisseurs privés étrangers et l'intérêt public. De plus, dans la majorité des cas, les investisseurs étrangers n'ont pas mis en cause le pouvoir de réguler des Etats, mais surtout des actions concrètes mises en œuvre à leur encontre par l'Etat. Dans une étude publiée en avril 2014, des chercheurs sont parvenus à la conclusion selon laquelle « la grande majorité des réclamations investisseur-État découlent de décisions de l'exécutif (47 %), au lieu de décisions législatives (9 %)», de sorte que, « compte tenu du faible taux de litiges impliquant des activités du pouvoir législatif (9 %), les arguments selon lesquels l'arbitrage entre investisseurs et États pourrait empiéter sur les prérogatives légitimes des gouvernements nationaux semblent être surestimés. Au lieu de cela, les assemblées législatives démocratiques devraient adopter l'arbitrage entre investisseurs et États comme un moyen supplémentaire de lutter contre les mauvais comportements du pouvoir exécutif »[1328].

454. Par conséquent, le « chilling effect » ne doit pas être surestimé. C'est aux Etats de prévoir, dans les traités d'investissement, que les règlementations nationales seront susceptibles d'être protégées contre les mesures et qualifications d'expropriations indirectes. Les accords d'investissement de l'ancienne génération ne comportent, pour l'extrême majorité, aucune disposition relative au droit de réguler de l'Etat d'accueil, exception faite de l'ancien modèle français sur les TBI de 2006. Ce modèle consacrait le point selon lequel aucune disposition de l'accord « ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures destinées à préserver

---

[1327] Cf D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : the tale of conflict clauses in investment treaties », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 155-180. Cf également A. ZAHRA, « Investment treaty arbitration & Human Rights », *Supremo Amicus* 2022, vol. 28, p. 88.

[1328] J. CADDEL et N. JENSEN, « Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors ? », *Columbia FDI Perspectives : Perspectives on Topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, 28 avril 2014, n° 120.

et à encourager la diversité culturelle et linguistique ». Or, les TBI de nouvelle génération prévoient plusieurs garanties de protection et de préservation des droits et du pouvoir de réguler des Etats et des questions environnementales, de santé publique[1329]. Les critiques relatives au « chilling effect » doivent alors être nuancées et remises dans leur contexte. En ce sens, les Etats-Unis ont été à l'origine de révisions de l'ALENA, lorsqu'ils ont vu se multiplier à leur encontre des procédures arbitrales internationales en matière d'investissement. Ce faisant, le modèle 2012 de l'ALENA contient des dispositions favorables au droit de réguler de l'Etat d'accueil, en intégrant des dispositions sur l'environnement ou en limitant les cas d'expropriations indirectes, voire en attestant du caractère discrétionnaire de l'exception ayant trait aux intérêts de sécurité primordiaux. En 2014, l'accord d'investissement conclu entre la Corée du Sud et l'Australie énonce aussi que « (r)ien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une partie d'adopter ou de mettre en œuvre les mesures (…) nécessaires à la protection de la santé ou de la vie des personnes, des animaux ou des végétaux »[1330], signe que les Etats ont saisi l'importance de préserver, par anticipation, leur faculté de réguler. Ce signe réside également dans la rédaction de certaines clauses.

§2 : Des clauses favorisant la généralité du droit de réguler

Les investissements internationaux s'inscrivent sur une longue durée. Les gouvernements nationaux peuvent se succéder et les règles législatives évoluer. Pour se prémunir contre ces évolutions réglementaires, les investisseurs ont eu la possibilité de se prévaloir de clauses de stabilisation, parfois insérées au sein des traités d'investissement. Si ces clauses encadrent le pouvoir de réguler des Etats, en ce qu'elles stabilisent dans le temps leur législation, elles ne restreignent pas leur capacité de légiférer. La stabilité

[1329] Comme l'a relevé A. DE NANTEUIL, les TBI « tendent à accorder de plus en plus largement une place à la liberté normative de l'Etat », de sorte que « les cas de responsabilité de l'Etat pour une mesure d'intérêt général sont rarissimes, voire inexistants » (A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* janvier 2017, p. 55-80, § 9).

[1330] Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Korea, 8 avril 2014, ATNIF 4, art. 22.1.3.

régulatrice ne bénéficiera qu'à l'investisseur étranger (a). De même, les Etats peuvent insérer des dispositions visant à obliger les investisseurs privés étrangers à respecter les législations nationales, pour pouvoir bénéficier du traité d'investissement (b). Le traité CETA a tenté de prendre la mesure de la situation, en consacrant de timides dispositions destinées à préserver le droit de réguler des Etats (c).

a. Les clauses de stabilisation

455. Les clauses de stabilisation ont pour effet de préserver leurs bénéficiaires contre les aléas normatifs des Etats. Les sociétés pétrolières américaines ont été à l'origine de la création des clauses de stabilisation, dans la période d'entre-deux guerres. Ces sociétés étaient soucieuses de se préserver contre les potentielles nationalisations pouvant être opérées par les Etats d'Amérique du Sud, producteurs de pétroles et territoires hôtes de leurs investissements internationaux[1331]. Aujourd'hui, les clauses de stabilisation font partie intégrante du droit international[1332].

456. En insérant une clause de stabilisation au sein d'un traité ou d'un contrat d'investissement, l'Etat consent à borner sa souveraineté, en ce qu'il s'interdit de modifier les termes du traité ou du contrat par l'adoption d'une disposition législative nouvelle, lésant les intérêts des investisseurs privés étrangers. S'il s'agit de maintenir, dans le temps, les termes originaux du traité ou du contrat, il n'est pas question de minimiser la capacité à réglementer de l'Etat envers l'ensemble de sa population. Les clauses de stabilisation ont pour objectif d'attirer les investisseurs privés étrangers, en les rassurant contre les évolutions législatives. La clause de stabilisation s'impose à l'arbitre, il ne peut s'en délier, ce qui constitue une garantie pour l'investisseur.

[1331] Cf J. TEKOU TENE, « L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz) », *Revues des Juristes de Sciences Po* n°8, novembre 2013, p. 88.

[1332] Sent. *AGIP c. Congo, préc*., 30 novembre 1979, I.L.M 21 (1982), 726.

457. Les clauses de stabilisation peuvent adopter plusieurs formes, décrites par une récente étude parue en 2008 du Special Representative of the Secretary-General for business and human rights (SRSG) et de l'International Finance Corporation (IFC)[1333]. Il a, notamment, été fait mention des « freezing clauses », qui sont des clauses dont l'objet est de priver une législation nouvelle de s'appliquer à un investissement. Cette législation est alors « freezing », « gelée » soit dans son intégralité, soit sur certains domaines (fiscalité …). Il a également été fait état des « equilibrium clauses », qui sont les clauses dont la vocation est d'indemniser les pertes financières causées aux investisseurs par l'édiction des lois nouvelles. Si les « freezing clauses » sont de plus en plus perçues comme « dépassées »[1334], elles restent fréquemment utilisées par les Etats en développement, car elles seraient les seules à assurer l'attractivité des investissements privés étrangers[1335]. Les Etats développés privilégient davantage les « equilibrium clauses ». Les « equilibrium clauses » permettent d'apporter un climat de négociation entre les parties et de la flexibilité. Le droit de réguler des Etats est préservé, et les pertes financières des investisseurs étrangers sont réparées. Les clauses de stabilisation, en tant qu' « equilibrium clauses », ne viennent pas empêcher un Etat de légiférer. Simplement ce droit de légiférer devient payant. Le droit de réguler des Etats est préservé, dès lors que l'équilibre économique de l'investisseur étranger est restauré. Les « equilibrium clauses » ont pour avantage de maintenir la « souveraineté de l'Etat plus intacte » et de « protéger l'investisseur contre les modifications de la loi »[1336]. Elles ont la faveur des Etats, dès lors que le montant de la réparation n'est pas dissuasif.

458. Certains investisseurs ont conscience de la pression insufflée par l'opinion publique sur la légitimité des clauses de stabilisation. C'est pourquoi certains ont pris l'initiative de publier et de limiter le contenu

---

[1333] C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ? », *JDI* 2014, n° 2.

[1334] A. SHEMBERG et M. AIZAWA, « Stabilization Clauses and Human Rights », *IFC/SRSG Research Paper*, 27 mai 2009, p. 7.

[1335] J. GOTANDA, « Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited », *Vanderbilt J. Transant'l L*. 2003, vol. 36, p. 1461.

[1336] K. BERGER, « Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators », *Vanderbilt J. Transant'l L*. 2003, vol. 36, p. 1347.

des clauses de stabilisation. Ce fut notamment le cas de l'investisseur Baku-Tbilisi-Ceyhan, un consortium d'oléoducs, qui a publié la « Human Rights Undertaking », une clause permettant de prévenir les potentiels effets négatifs de la clause de stabilisation sur les mesures d'intérêts publics des Etats d'accueil[1337]. Le paragraphe 2 (d) de la clause énonçait que l'investisseur « ne cherche pas à obtenir une indemnité au titre de la clause 'd'équilibre économique' ou d'autres dispositions similaires (...) de manière à exclure toute action ou inaction du gouvernement du pays hôte concerné qui soit raisonnablement tenue de s'acquitter de ses obligations en vertu d'un traité international sur les droits de l'homme (y compris la CEDH), le travail ou les normes SSE (santé, sécurité, environnement) en vigueur dans l'État du projet concerné, auquel cet État du projet est alors partie ». C'est également aux Etats, lors de la conclusion des traités d'investissement, de venir limiter la portée des clauses de stabilisation, en excluant notamment de son champ d'application les régulations relatives aux droits sociaux ou environnementaux.

459. En réalité, « en dépit de la rédaction formelle de la clause (de stabilisation), l'Etat ne s'engage plus à n'effectuer aucun bouleversement de sa législation, mais plutôt à préserver, quoi qu'il advienne de cette législation, l'équilibre financier du contrat. Fondamentalement, peu importe l'évolution du cadre législatif dans lequel évolue le contrat, dès l'instant ou l'équation financière initiale est maintenue par l'Etat, qui s'engage à compenser le dommage induit par ces variations à l'égard de son cocontractant, dans cet esprit, le rôle de la clause n'est plus de limiter le pouvoir législatif de l'Etat contractant, mais de remédier à d'éventuels bouleversements des conditions d'exécution du contrat »[1338]. Ainsi et en règle générale, les clauses de stabilisation exigent le versement d'une compensation pour « toute modification de la loi applicable »[1339]. Dès lors, afin de limiter un tant soit peu la portée de ces clauses, il conviendrait de jouer sur les termes de « droit applicable ». La loi applicable concerne, en principe, la législation nationale à l'instant où l'accord est signé. Cela ne concerne pas directement le droit international (favorable aux

[1337] J. CERNIC, « Corporate Human Rights Obligations Under Stabilization Clauses », *Ger. Law J.*, 2 novembre 2010, vol. 11, n° 2, p. 210 et spéc. p. 222.

[1338] S. LEMAIRE, *Les contrats internationaux de l'administration*, Thèse droit Paris I, Coll. Bibl. de droit privé, tome 433, Paris, LGDJ, 2005, p. 100.

[1339] A. SHEMBERG et M. AIZAWA *préc*.

clauses de stabilisation), que l'Etat d'accueil pourrait ne pas avoir ratifié au moment de la conclusion de l'accord, mais qu'il se serait accordé à appliquer. C'est toute la controverse entre la vision moniste d'une part, qui tend à considérer que le droit international fait partie intégrante du droit national, et la vision dualiste d'autre part, qui estime que le droit international est une composante extérieure au droit national, le droit national devant respecter les obligations internationales extérieures[1340]. Si la vision dualiste s'impose, alors la portée des clauses de stabilisation pourrait être amoindrie, puisque le droit applicable ne comprendrait pas directement les obligations internationales, qui demeureraient externes au droit applicable. A l'inverse, si la vision moniste est privilégiée, la portée de la clause de stabilisation sera difficilement réductible, puisque le droit international sera une composante directe du droit national.

460. En définitive, l'efficacité de cette clause est très relative. Par ailleurs, une partie de la doctrine est circonspecte sur l'admissibilité même de telles clauses. Les Etats ne devraient pas pouvoir, selon elle, se départir d'une partie de leur souveraineté par contrat. *A contrario*, une autre partie de la doctrine admet la validité de ces clauses et considère que leur non-respect s'apparente à une violation du *pacta sunt servanda*[1341]. En réalité, l'utilité de ces clauses est indéniable dans leur pouvoir d'attractivité des investissements internationaux. Ces clauses de stabilisation visent à minimiser le risque de contentieux et à rétablir l'équilibre pouvant être rompu dans les relations entre les Etats et les investisseurs étrangers. Ce faisant, elles constituent une tentative de « parvenir à un compromis entre les prérogatives souveraines de l'État concerné et la quête légitime de la partie privée d'une stabilité de statut compatible avec un bon jugement commercial »[1342]. Les Etats auraient aussi pu disposer d'un autre instrument pour préserver leur pouvoir de réguler, par le biais des clauses de légalité.

[1340] H-G. DEDERER, M. SCHWEITZER, *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht (Schwerpunkte Pflichtfach)*, C.F. Müller, 2020, § 24 et s.

[1341] J. TEKOU TENE *préc.*

[1342] G. DELAUME, *Transnational contracts : applicable law and settlement of disputes*, Law and practice, Booklet 8 juillet 1983, p. 39 et cf *Paushok c. Mongolie*, Ad hoc, UNCITRAL, Award on jurisdiction and liability, 2011. Cf enfin H. REZA YOUNESI, « The pursuit of stability in international petroleum contracts : the role of stabilisation clauses in minimisation of disputes », *IBLJ* 2021, vol. 5, p. 659-683.

b. Les clauses extensives de légalité

461. Les Etats sont tout à fait disposés d'inclure, dans leurs traités d'investissement, des règles imposant aux investisseurs étrangers le respect de leur législation, afin que leurs investissements puissent bénéficier de la protection du traité. Ces clauses, relatives à la légalité des actions des investisseurs, gagneraient à être dotées d'une plus large portée, malgré leur caractère encore très récent.

462. En présence de ces clauses, une question s'est posée. L'investisseur est-il tenu de respecter l'ensemble de la législation d'un Etat d'accueil, ou simplement les lois relatives à l'investissement ? Dans l'affaire Saba Fakes c. Turquie tranchée le 14 juillet 2010, le tribunal arbitral a estimé que la prétention de l'Etat turc, selon laquelle l'investisseur n'avait pas respecté la législation nationale sur la concurrence et la législation nationale sur la réglementation des télécommunications, n'était pas pertinente, puisqu'il ne s'agissait pas de lois « relatives à la nature même de la réglementation de l'investissement ». Dès lors, les arbitres ont estimé que la clause relative à la légalité des actions de l'investisseur n'impliquait que le respect des lois « régissant l'admission des investissements dans l'Etat d'accueil »[1343]. Ce faisant, le tribunal arbitral est sorti de son rôle, car aucune disposition présente la clause de légalité insérée dans le TBI ne faisait référence aux seules lois relatives à l'investissement. Cette solution n'a pas été reprise dans des sentences arbitrales ultérieures. A titre d'illustration, dans les affaires Anderson c. Costa Rica[1344] et Hamester c. Ghana[1345], les deux Etats arguaient de la violation par l'investisseur privé étranger de sa législation pénale relative à la fraude et non pas de la violation de lois « relatives à la nature même de la réglementation de l'investissement ». Les arbitres ont considéré que la législation pénale s'englobait dans la clause relative à la légalité des actions des investisseurs.

[1343] Sent. CIRDI, 14 juillet 2010, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. n° ARB/07/20.

[1344] Sent. CIRDI, *Alasdair Ross Anderson et al c. Costa Rica*, aff. n° ARB(AF)/07/3.

[1345] Sent. CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, aff. n° ARB/07/24.

463. Ainsi, si des sentences arbitrales n'ont pas exigé des investisseurs étrangers le respect de l'ensemble de la législation de l'Etat hôte[1346], d'autres ont considéré que la clause relative à la légalité des actions de l'investisseur se limitait aux violations « des principes fondamentaux de la législation de l'Etat d'accueil »[1347]. Face à ces incertitudes, il convient de se demander quels seront les principes juridiques qui obtiendront le qualificatif de « fondamentaux ». Seront-ils limités aux seules dispositions ayant une valeur constitutionnelle ? En pratique, les tribunaux arbitraux restreignent parfois la portée et l'efficacité de la clause relative à la légalité des actions des investisseurs.

464. Toutefois, ces sentences arbitrales conviennent d'être relativisées dans leur portée. Elles n'avaient fait référence que de manière aléatoire et superfétatoire aux « principes fondamentaux ». A l'exception de ces sentences, il n'y en a pas d'autres qui fassent référence aux « principes fondamentaux » pour venir borner la portée de la clause relative à la légalité des actions des investisseurs. Des arbitres ont déjà expressément rejeté la prétention de l'investisseur de limiter la législation aux seuls « principes fondamentaux », estimant qu'elle allait « au-delà des dispositions du Traité, qu'il s'agissait d'une tentative visant à renforcer la protection de l'investisseur sans tenir compte des intérêts de l'Etat »[1348]. De plus, il est rare qu'un tribunal arbitral soit saisi pour apprécier le respect d'une clause relative à la légalité des actions des investisseurs.

[1346] C'est d'ailleurs ce qui ressort d'une sent. CIRDI, 12 juillet 2006, *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. République algérienne démocratique et populaire*, aff. n° ARB/05/3, dans laquelle le tribunal arbitral a estimé que la clause relative à la légalité des actions de l'investisseur insérée dans le TBI conclu entre l'Italie et l'Algérie, signifiait simplement que les investissements perdraient la protection du TBI, dès lors qu'ils étaient réalisés « en violation des principes fondamentaux en vigueur » et non en violation de l'ensemble de la législation de l'Etat hôte.

[1347] Sent. CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Pojects LLC c. Yémen*, aff. n° ARB/06/17 et sent. CIRDI, 29 juillet 2008, *Rumeli Telekom AS c. Kazakhstan*, aff. n °ARB/06/16.

[1348] Sent. CIRDI, 27 septembre 2012, *Quiborax c. Bolivie*, aff. n° ARB/06/2.

465. La portée des clauses de légalité constitue, pour les Etats d'accueil, un moyen de lutter contre la nature supposée déséquilibrée des traités d'investissement. Il s'agit d'un mécanisme de défense considérable contre les agissements et prétentions des investisseurs. Cependant, il faut éviter que la simple violation de lois triviales, futiles, en vienne à justifier le non-respect par l'Etat d'accueil de ses obligations découlant du traité d'investissement. De plus, la clause relative à la légalité des actions des investisseurs léserait de manière disproportionnée les intérêts des investisseurs, dès lors qu'elle concernerait la législation applicable postérieure à l'entrée en vigueur du traité, à moins qu'elle ne soit jointe à une clause de stabilisation.

c. Le droit de réguler dans le traité CETA, une reconnaissance encore trop limitée

466. Dès les négociations du traité CETA, les rédacteurs se sont penchés sur la nécessité de préserver la capacité de réguler des parties contractantes. En ce sens, dès le 25 octobre 2010, le Conseil des affaires étrangères a indiqué que « la politique européenne en matière d'investissements doit continuer de permettre à l'UE et aux Etats membres d'adopter et d'appliquer les mesures qui s'imposent pour atteindre des objectifs de politique publique »[1349]. C'est alors qu'a été consacré, au sein du CETA, le « droit des parties de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes »[1350]. Il ressort de ce droit que « le simple fait de réglementer un secteur d'une manière qui a un effet négatif sur la valeur d'un investissement canadien ne (…) constitue pas une violation d'une obligation prévue par (l'accord) ». L'article 8.9 du traité garantit l'indépendance du domaine législatif et réglementaire des Etats, en disposant que « le simple fait qu'une partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profits, ne constitue pas une violation de l'obligation prévue dans la présente section ».

[1349] Conseil de l'Union européenne, Conclusions sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, Luxembourg, 25 octobre 2010, point 17.

[1350] Article 8.9 § 2.

467. Si le CETA contient une disposition sur le droit de légiférer des Etats, les gouvernements devront, néanmoins, démontrer que toute législation nouvelle introduite était « nécessaire » et cherchait à atteindre des objectifs « légitimes ». Il convient naturellement de ne pas totalement occulter les droits et intérêts des investisseurs. Seuls des motifs graves peuvent conduire un Etat d'accueil à adopter des réglementations les mettant en porte-à-faux avec les engagements qu'il a consentis dans les traités d'investissement.

468. En tout état de cause, la reconnaissance du droit de règlementer des Etats au sein du CETA reste limitée. L'article 2 énonce que cette liberté est soumise à un « test de nécessité ». Autrement dit, les juges pourront apprécier librement la nécessité des mesures édictées par un Etat d'accueil de l'investissement. Les juges pourraient en venir à contrôler la légitimité de l'objectif politique poursuivi, ce qui entrera en conflit avec le principe de souveraineté. Dans son Avis 1/17, la CJUE a lié l'autonomie du droit de l'Union européenne avec le respect du droit de réguler de l'Union européenne[1351]. Il pourrait arriver que l'Union européenne use de sa capacité de réglementer, impose la transcription de normes européennes au sein des législations des Etats membres, lesquelles pourraient porter atteinte aux obligations du CETA. Le tribunal CETA serait alors en mesure d'examiner si les normes édictées par l'Union européenne justifieraient de porter atteinte à un investissement canadien. Selon la CJUE, dans son opinion 1/17, une telle crainte n'est pas justifiée, car le tribunal CETA ne sera pas autorisé à se prononcer sur la validité du droit, ni à remettre en cause la liberté de réguler des parties contractantes au traité CETA. La CJUE détenant le monopole de se prononcer sur la validité du droit de l'Union, un investisseur canadien ne pourra pas invoquer l'invalidité du droit de l'Union avec le CETA et remettre en cause le droit européen. Autrement dit, le tribunal CETA n'aura pas la compétence d' « annuler la mesure contestée ou exiger la

[1351] « (L)a compétence de ces tribunaux porterait atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union si elle était envisagée de manière à ce que lesdits tribunaux puissent, dans le cadre de leurs appréciations de restrictions de la liberté d'entreprises visées dans une plainte, mettre en cause le niveau de protection d'un intérêt public ayant présidé à l'introduction de telles restrictions pour l'Union à l'égard de l'ensemble des opérateurs qui investissent dans le secteur commercial ou industriel en cause du marché intérieur (…) ; En Effet, si le Tribunal et le Tribunal d'appel de l'AECG étaient compétents pour rendre des sentences constatant que le traitement d'un investisseur canadien est incompatible avec l'AECG en raison du niveau de protection d'un intérêt public fixé par les institutions de l'Union, cette dernière risquerait d'être amenée, sous peine d'être itérativement contrainte par le Tribunal de l'AECG à verser des dommages-intérêts à l'investisseur requérant, à renoncer à atteindre ce niveau de protection ».

mise en conformité du droit interne de la Partie concernée avec le CETA ». Le tribunal ne pourra que condamner le défendeur violant le traité CETA à « verser à l'investisseur requérant une somme visant à compenser les dommages subis par celui-ci »[1352]. L'autonomie d'action des parties contractantes sera-t-elle sauve pour autant ? En réalité, la problématique sera la même que pour l'arbitrage, le « chilling effect » réapparaitra en cas de compensations prononcées trop conséquentes. C'est pourquoi la CJUE a énoncé que cette autonomie sera en danger, dès lors que la pression financière des sanctions serait trop élevée, « (l'Union) risquerait d'être amenée, sous peine d'être itérativement contrainte par le Tribunal CETA à verser des dommages-intérêts à l'investisseur requérant, à renoncer à atteindre ce niveau de protection »[1353].

469. Devant les potentielles atteintes au droit de réguler des Etats ou de l'Union européenne, plus d'une centaine de députés français avaient saisi le Conseil constitutionnel sur la conformité du CETA à la Constitution. Ils estimaient, notamment, que le CETA portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (article 54 de la Constitution), de par la limitation de la liberté de réglementer de l'Etat. A propos de la compatibilité du CETA avec le droit de réguler des Etats, le Conseil constitutionnel a rappelé, au point 44 de sa décision du 31 juillet 2017, que les accords internationaux détenaient une autorité supérieure à celle des lois et que « l'ordre juridique interne défini par la Constitution impose au législateur de respecter les stipulations des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés », sauf si ces derniers portaient atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »[1354]. Selon le Conseil constitutionnel, une telle atteinte n'était pas présente dans le CETA. Le Conseil constitutionnel a considéré que c'était au Parlement national de décider de l'opportunité et du bien-fondé de la conclusion d'un tel traité et que le rôle des Sages n'était pas de se prononcer sur les avantages et inconvénients économiques, sociaux et politiques d'un tel traité. Seule la question de la compatibilité du texte à la Constitution relève de la compétence du Conseil constitutionnel.

[1352] Avis 1/17, point 144.

[1353] § 148-149.

[1354] Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017.

Il est donc erroné de considérer que, par cette décision, le Conseil constitutionnel a sombré dans une « dérive néolibérale »[1355] ou a « sacrifi(é) la démocratie, les citoyens et l'environnement sur l'autel des intérêts commerciaux »[1356].

470. En définitive, le droit de réguler des Etats a été confirmé par le CETA. L'article 8.9 du traité préserve l'indépendance du domaine législatif et réglementaire des Etats, en disposant que « le simple fait qu'une partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profits, ne constitue pas une violation de l'obligation prévue dans la présente section ». Ainsi, si le droit de réguler des Etats est consacré, il est soumis à un test de nécessité légitime, afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée aux attentes des investisseurs. Le droit de réguler de l'Union européenne pourrait alors pâtir d'un certain « chilling effect », en cas de pressions pécuniaires conséquentes.

Conclusion section II : **:** Comment peut-on envisager d'engager la responsabilité internationale d'un Etat pour des comportements qui sont politiquement motivés par l'intérêt général de sa population ? Il est très difficile pour un tribunal arbitral de statuer lorsqu'il est confronté à cette problématique, d'autant que les arguments des investisseurs lésés doivent être entendus. Les arbitres peuvent être d'influence privatiste, et donc plus soucieux des intérêts des investisseurs, ou d'influence publiciste, et donc plus soucieux du respect de la souveraineté des Etats. Dès lors, « cela indique sans aucun doute une tension au sein du régime des traités d'investissement entre la protection des intérêts des investisseurs d'une part, et la possibilité légitime d'un processus décisionnel démocratique et d'une politique réactive d'autre part »[1357]. Cette tension sort renforcée par le fait que la sentence du tribunal arbitral n'aura pas seulement une

---

[1355] Cf par exemple J. DION, « CETA : le Conseil constitutionnel gardien du temple néolibéral », *Marianne*, août 2017 ; M. ORANGE, « CETA : le Conseil constitutionnel emporté dans une dérive libérale », *Mediapart*, 31 juillet 2017.

[1356] CETA : Institut Veblen, *le Conseil constitutionnel sacrifie la démocratie, les citoyens et l'environnement sur l'autel des intérêts commerciaux*, 31 juillet 2017.

[1357] J. BOUNITCHA et Z. PHILLIPS WILLIAMS, « State liability for 'politically' motivated conduct in the investment treaty

influence sur l'Etat partie et sur l'investisseur étranger, mais également sur l'ensemble des citoyens et de la société civile de cet Etat. Et cette tension affecte aussi l'Etat, qui est soumis à de fortes pressions de la part de son électorat et de sa population pour prendre des mesures d'intérêt public pourtant susceptibles de léser les intérêts des investisseurs.

Si des Etats ont affirmé souffrir d'un « chilling effect », du fait des montants conséquents des compensations financières octroyées aux investisseur, des tempéraments ont été rapportés. En pratique, aucun tribunal arbitral n'est venu remettre en question le pouvoir de réglementer d'un Etat. De plus, il revient aux Etats d'énoncer, au sein de leurs accords d'investissement, des dispositions visant à préserver leur droit de réguler. Les Etats disposent de plusieurs instruments juridiques pour maintenir un climat de confiance et d'équilibre entre les intérêts privés des investisseurs étrangers et leurs intérêts publics. Bien rédigées, les clauses de stabilisation peuvent maintenir intacte la souveraineté de l'Etat, tout en protégeant les investisseurs étrangers contre les évolutions normatives. D'ailleurs, les Etats ont la possibilité de limiter la portée des clauses de stabilisation, en excluant notamment de leur champ d'application les régulations relatives aux droits sociaux ou environnementaux. Les clauses de légalité, quant à elles, pourraient être dotées d'une plus large portée et dépasser les dispositions fondamentales présentes au sein de la législation de l'Etat hôte, sans pour autant concerner l'ensemble de celle-ci. Pour allier préservation des intérêts des investisseurs étrangers et respect du droit souverain de réguler des Etats, le contrôle des tribunaux arbitraux et les clauses exorbitantes du droit commun s'avéraient efficaces à la survie de l'arbitrage d'investissement, tout comme les accords internationaux récemment conclus.

Ainsi, le droit de réguler des Etats est parfaitement apte à être préservé et les accords d'investissement récemment conclus, tel que le traité CETA, le consacrent. Toutefois, il est inconcevable de plaider pour un droit de réguler absolu, n'ouvrant droit à aucune indemnisation, lorsque la loi nouvelle lèse les intérêts de l'investisseur étranger. Si « chilling effect » il y a en cas de promulgation de loi nouvelle, il doit être

---

regime », *LJIL* 2020, vol. 33 (1), p.77.

assumé et ne doit pas servir d'excuse ou d'échappatoire à un Etat désirant s'extraire des obligations consenties dans un traité.

Conclusion chapitre I : Les opposants à l'arbitrage d'investissement ont remis en cause cette justice pour les déséquilibres présents. Les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement juste et équitable seraient attentatoires à la souveraineté des Etats et appréciées trop largement, au profit de l'investisseur. Nous avons remis en cause de telles prétentions. Ces clauses, très fréquemment attaquées, ont pour source le désir des Etats d'attirer des investisseurs étrangers et ne visent qu'à préserver les investisseurs du comportement abusif de l'Etat. Elles font l'objet d'un contrôle accru des arbitres, soucieux de les conditionner à des applications strictes. Ce faisant, la clause du traitement juste et équitable ne protège que les attentes légitimes des investisseurs et doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto*.

De plus, le déséquilibre substantiel qui ressortirait du droit à la compensation doit être contesté. Les Etats, même s'ils ne disposent pas du droit d'actionner une instance arbitrale en matière d'investissement, détiennent des moyens de défense concrets et peuvent faire valoir les préjudices dont ils feraient l'objet. La jurisprudence arbitrale leur reconnaît même le préjudice moral dont ils pourraient pâtir. En tout état de cause, il revient aux Etats de borner le droit à réparation des investisseurs, au sein de leurs accords d'investissement. En pratique, du fait de TBI souvent incomplets sur la question des compensations, les tribunaux arbitraux prennent le relai et ne négligent pas les intérêts lésés des investisseurs, les attitudes adoptées par ces derniers et les circonstances politiques, économiques et sociales d'une mesure étatique attaquée. En définitive, l'équilibre n'est pas rompu dans l'arbitrage d'investissement. Les tribunaux arbitraux adoptent des compensations équitables, dans leur forme comme dans leur montant.

Certes, il a été fait mention de gouvernements attestant d'un « chilling effect ». Certains Etats n'édifieraient pas de réglementations nationales, pourtant nécessaires, en craignant de porter atteinte aux intérêts des investisseurs privés étrangers et de s'exposer à des compensations conséquentes. Nous avons tenu à démontrer que ce « chilling effect » est bien trop surestimé. Il fait fi du constat selon lequel il n'existe aucune sentence arbitrale recensée venant remettre en question le pouvoir souverain de réglementer des

Etats. Si la préservation du droit de réguler est d'ailleurs défendue par la pratique arbitrale, elle réside surtout et avant tout dans la faculté octroyée aux Etats de la défendre strictement au sein de leurs accords d'investissement. Ce faisant, les Etats disposent de plusieurs outils juridiques, comme les clauses de stabilisation ou les clauses de légalité, pour allier à la fois leur droit de réguler et la préservation des droits des investisseurs.

Aujourd'hui, les Etats semblent enfin avoir pris conscience de l'importance de porter une attention particulière à leur droit de réguler et mentionnent, de plus en plus, dans leurs accords d'investissement, des dispositions destinées à le sauvegarder. Ainsi et en dépit de certaines clauses pouvant laisser présumer d'une faveur substantielle aux investisseurs privés étrangers et d'indemnisations refreinant le pouvoir de réguler de l'Etat, les tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à écarter les demandes inextinguibles des investisseurs. Face aux dispositions parfois déséquilibrées des traités d'investissement, les tribunaux arbitraux ont pris le relai pour toujours tenter d'assurer un équilibre dans les rapports et prétentions Etats-investisseurs. Or, ce ne devrait pas être le rôle des arbitres de rééquilibrer une telle relation. Les Etats eux-mêmes sont invités à retravailler leurs accords d'investissement, afin de faire en sorte que, substantiellement, leurs devoirs soient proportionnels à ceux assurés par les investisseurs privés étrangers.

Chapitre II : Une RSE contraignante pour une meilleure exécution des sentences

L'essor des traités d'investissement a conduit à l'expansion de nombreuses multinationales vers l'étranger, conduisant à des interférences avec plusieurs pans du droit. Les parties privées sont davantage impliquées dans des projets aux influences notables sur des droits fondamentaux qu'il convient toujours de préserver. Pour éviter des conflits entre les intérêts privés des investisseurs et les droits humains incombant aux Etats, il convient de promouvoir davantage des « investissements-citoyens », des investissements responsables. Si les investissements internationaux sont invités à être plus responsables, responsabiliser les investisseurs privés étrangers constitue une problématique plus délicate à résoudre. La volonté d'une telle responsabilité fait date. En ce sens, la « Campagne mondiale pour démanteler le pouvoir corporatif et mettre fin à l'impunité » avait réuni plus de deux cents organisations et mouvements syndicaux. Elle avait fait plusieurs propositions visant à lutter contre le pouvoir d'action unilatéral des investisseurs en matière d'arbitrage d'investissement. Ces propositions avaient été essaimées dans le cadre des négociations à l'ONU, pour l'adoption d'une ossature normative juridiquement contraignante pour les investisseurs privés étrangers en matière de Droits de l'Homme. Il est erroné d'affirmer que l'investisseur n'assume aucune responsabilité dans l'arbitrage d'investissement dans le sens où, si son action arbitrale échoue, sa réputation peut être dégradée et il lui sera plus ardu d'être désigné dans de prochaines procédures d'appels d'offres internationales. Mais un autre degré de responsabilisation doit habiter l'investisseur. Par une refonte générale des traités d'investissements, la responsabilité sociale des entreprises est invitée à prendre davantage de poids (section I), sous peine de renforcer les refus d'exécuter des Etats, qui se retranchent alors derrière la protection de leur immunité d'exécution. Autrement dit, les Etats pourraient de plus en plus légitimer le jeu de l'immunité d'exécution par le prononcé de sentences arbitrales qu'ils jugent illégitimes, car fondées sur des traités déséquilibrés (Section II).

Section I : Les tentatives de responsabilisation des investisseurs

Une responsabilité partagée doit émerger. Si les articles pour les faits dommageables et la responsabilité des Etats sont bien connus, ils doivent en inspirer d'autres à la charge des investisseurs. De nombreuses initiatives sont à recenser et toutes poursuivent le même but, celui de responsabiliser les investisseurs privés étrangers dans le cadre de leurs activités (sous-section I). Cependant, la prise en compte des droits humains au sein des TBI est mineure et il faudra se limiter de simples renforcements au recours aux amici curiae, dont le rôle est censé éclairer les arbitres et les influer sur la prise en considération des droits humains (sous-section II).

Sous-Section I : L'aspiration d'investissements-citoyens par des investisseurs responsables

En s'implantant à l'étranger, un investisseur doit intégrer, dans ses perspectives économiques, les thématiques relatives aux droits humains de son Etat d'accueil[1358]. Si les investissements ont une nature financière et patrimoniale, ce n'est pas pour autant qu'ils ne sont pas invités à contenir et promouvoir une approche éthique[1359]. L'objectif réside dans le fait de lier les missions de rentabilité de l'investissement aux aspirations éthiques[1360]. Il s'agit de l'investissement socialement responsable ou de l' « investissement-citoyen » (§1). Dans l'arbitrage d'investissement, les manquements des investisseurs ne sont sanctionnés que par une réduction de leur droit à indemnisation et non par une mise en cause nette de leur responsabilité. La responsabilité est une institution juridique qui vise, pour un sujet de droit, à répondre de ses actes dommageables. La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est un concept délicat à définir, puisqu'il n'existe pas de consensus universel sur sa définition. Son optique serait de faire en

[1358] Cf S. DINOV, « The collision between foreign investment and human rights in the host country », *International arbitration law review* 2022, vol. 25 (2), p. 99-116.

[1359] M. SALWAY, *Demystifying Social Finance and Social Investment*, Routledge, 2020.

[1360] I. RIASSETTO, « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *RD banc. Fin.* mai 2013, p. 28 et s.

sorte que les investisseurs privés étrangers ne se contentent plus de satisfaire leurs intérêts, mais servent également les besoins exprimés par la société civile de l'Etat dans lequel ils sont implantés. En ce sens, le UN Global Compact training guide déclare que la RSE « est l'engagement continu des entreprises à se comporter de manière éthique et à contribuer au développement économique, tout en améliorant la qualité de vie des travailleurs et de leurs familles, ainsi que de la communauté locale et de la société en général »[1361]. Il ne peut y avoir de responsabilisation sans responsabilité. Parmi les premiers traités d'investissement comportant une référence explicite à la RSE, il peut être fait mention du traité conclu entre le Canada et le Pérou en 2009[1362]. Si spontanément, les investisseurs privés étrangers peuvent adopter des chartes éthiques ou des codes de conduites attestant de leur reconnaissance des droits de l'Homme, l'adoption de ces instruments n'est pas suffisante, car ces derniers n'ont aucune valeur contraignante. En pratique, la RSE n'a de source primaire que ces Codes de conduite. Il est vain d'exiger un strict respect des droits de l'Homme par les investisseurs privés étrangers, puisque nombreux sont ceux qui ne mettent pas leurs actes en adéquation avec leurs déclarations[1363]. Les exigences relatives à la RSE reposent essentiellement sur la base du volontariat, par l'adhésion à certains textes européens et internationaux. Dès lors, la RSE connait une problématique moderne tenant à son manque d'effectivité. Si le terme « responsabilité » porte mal son nom, c'est notamment parce que la RSE est une traduction de la notion anglo-saxonne de la « corporate social responsability ». Or, en droit anglo-saxon, la « responsability » n'est pas

---

[1361] UNEP and the Global Compact, « United Nations Global Compact – Environment Principles Training Package. Trainer's Manual", p. 48 (2005).

[1362] Dans le Préambule du RTA conclu entre le Canada et le Pérou, il est fait mention que ces Etats doivent « encourager les entreprises opérant sur leur territoire ou relevant de leur juridiction à respecter les normes et principes de responsabilité sociale des entreprises internationalement reconnus et à appliquer les meilleures pratiques ». De plus, la section sur l'investissement dans cet accord intègre un article 810 intitulé « Corporate Social Responsability ». Cet accord crée même un mécanisme institutionnel visant, *inter alia*, à promouvoir et à s'assurer de l'effectivité de la RSE et des standards RSE, via l'instauration d'un *Committee on Investment* à l'article 817.

[1363] Exxon Mobil n'avait-elle pas affirmé, à propos de ses activités pétrolières au Cameroun et au Tchad, qu'elle était « décidée à promouvoir le respect des droits de l'Homme dans le monde entier. Nous croyons que les entreprises contribuent largement à la défense des droits de l'Homme et que notre présence dans certains pays en développement a pour effet d'améliorer sur certains points la façon dont les individus sont traités dans ces pays. Nous condamnons les atteintes aux droits de l'Homme, sous quelque forme qu'elles se produisent. Nous voulons agir en citoyens responsables au sein de l'entreprise et nous reconnaissons que nous avons à la fois la possibilité et le devoir d'améliorer la qualité de la vie partout où nous exerçons nos activités ». Ces paroles n'avaient pas empêché l'entreprise à engager des poursuites arbitrales contre des Etats en développement, en réclamant des centaines de millions de dollars US en compensation financière. www.exxonmobil.com/corporate/Citizenship/Corp_citizenship_Com_transparency.asp.

la responsabilité juridique du droit civil, au contraire de la « liability » qui s'y rapprocherait le plus. Parvenir à généraliser le concept d'une RSE contraignante au sein des traités d'investissement ne serait pas une mince affaire, tant les obstacles seront nombreux, quoique surmontables (§2).

§1 : La promotion d'investissements responsables

Un lien indéniable entre investissements privés étrangers et développement durable doit être consacré[1364]. D'ailleurs, l'agenda 21 de la Conférence sur l'environnement des Nations-Unies avait souligné que « (l)'investissement est essentiel à la capacité des pays en développement à réaliser la croissance économique nécessaire pour améliorer le bien-être de leur population et répondre à leurs besoins fondamentaux de manière durable, sans détériorer ni épuiser la base de ressources qui sous-tend le développement. Le développement durable nécessite des investissements accrus, pour lesquels des ressources financières nationales et extérieures sont nécessaires »[1365]. De même, le rapport de la Conférence internationale sur le financement pour le développement énonçait que « (l)es flux de capitaux internationaux privés, en particulier les investissements étrangers directs, ainsi que la stabilité financière interétatique, sont des compléments essentiels aux efforts de développement nationaux et internationaux. Les investissements directs étrangers contribuent au financement de croissances économiques soutenues sur le long terme »[1366]. La place du concept de l'investissement responsable s'est progressivement accrue dans l'opinion publique et dans les projets supranationaux. Cependant, elle se heurte à un aspect contraignant encore trop défaillant (1). Les tribunaux arbitraux ont tenté de prendre le relai en conditionnant la protection des investisseurs à leur respect des droits humains, tant bien que mal (2).

[1364] La devise de la CCI n'est-elle pas que « la paix mondiale, le commerce mondial et la prospérité sont indivisibles » ? (Citée dans G. RIDGEWAY, *Merchants of Peace. The History of the International Chamber of Commerce*, New-York, Little, Brown and Company, 1959, p. 216 et cf Q. SLOBODIAN, *Globalists : The end of Empire and the birth of neoliberalism*, Harvard University Press, 2018, p. 125-134.

[1365] U.N. Conf. on Env't & Dev. Report on the United Nations Conference on Environment and Development, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I).

[1366] U.N. Doc. A/CONF. 198/11.

1) Les initiatives enclenchées mais aux aboutissements décevants

La place de l'investissement responsable gagne de plus en plus en légitimité (a). Si de nombreuses institutions enclenchent des démarches pour inciter les Etats à en faire le cœur de leurs traités d'investissement, les initiatives manquent souvent le coche, en ne responsabilisant pas suffisamment l'investisseur étranger (b) et le traité CETA en témoigne (c).

a. Le concept de l'investissement responsable

471. C'est aux Etats-Unis qu'est apparu l'investissement socialement responsable, intégrant des problématiques environnementales et de droits de l'Homme. L'Association française de la gestion financière a posé une définition de l'investissement socialement responsable, comme étant « l'application des principes de développement durable à l'investissement. Approche consistant à prendre simultanément et systématiquement en compte les trois dimensions que sont l'environnement, le social/sociétal et la gouvernance en sus des critères financiers usuels »[1367]. L'OCDE a été la première organisation internationale à avoir envisagé le concept d'investissement responsable comme mécanisme de droit de l'investissement privé étranger. La promotion et la définition d'un investissement responsable peut permettre de réduire les contestations liées à l'arbitrage international en matière d'investissement.

472. Les investisseurs privés étrangers doivent se sentir investis d'un « duty of care », inhérent à leurs opérations économiques, d'un devoir de vigilance naturel qui s'imposerait à eux. L'investissement socialement responsable pourrait résulter de la création d'un véritable ordre public international, auquel les

[1367] Cf définition de l'investissement socialement responsable résultant du Code de transparence de l'AFG, datant de février 2013, C. MALECKI, « Finance durable et RSE », *RD banc. Fin.* mai 2013, p. 29 et s.

tribunaux arbitraux devraient se référer pour l'efficacité de leurs sentences. Dans cet ordre public international serait incorporé un véritable arsenal tendant à la protection des droits fondamentaux et à la protection de l'environnement. En ce sens, « il est envisageable que des principes d'ordre public transnational permettent à l'avenir la protection de l'environnement. Toutes les conditions d'émergence d'un ordre public transnational de protection de l'environnement sont réunies : l'existence d'un véritable consensus des Etats et la multiplicité des instruments de protection. Le contenu matériel de cet ordre public reste cependant à déterminer. Le principe de précaution, qui relève de l'intérêt général, pourrait servir de guide dans l'élaboration d'un principe d'ordre public transnational de protection de l'environnement. Il est également possible de songer à la sanction du dommage écologique »[1368]. Les rédacteurs de la Convention CIRDI pourraient s'inspirer de la Cour permanente d'arbitrage qui a consacré des dispositions spécifiques pour les contentieux « environnementaux », par le « Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement », entré en vigueur le 19 juin 2001. Certes, une personne privée ne pouvant pas être partie à un traité, elle ne pourrait pas consentir expressément à ces obligations nouvelles. Ces obligations seraient alors proclamées par les Etats d'origine des investisseurs, en leur nom et pour leur compte. Des associations environnementales, des ONG de protection des droits humains et sociaux, pourraient être impliquées dans la rédaction des TBI. C'est l'optique choisie par la Norvège il y a presque quinze ans, même si les consultations opérées n'ont toujours pas abouti à un accord, tant il est difficile de faire jumeler des intérêts différents, les Etats exportateurs d'investissement étant peu enclins à s'aligner avec les considérations de ces associations.

473. Les Etats d'accueil ont aussi la faculté, même s'ils n'en usent que rarement, d'insérer dans les traités d'investissement des exigences de performance, en demandant aux investisseurs étrangers certaines attitudes ou certains résultats dans leurs activités sur leur territoire. Dans les années 1980, les prescriptions du « Washington Consensus » avaient mis l'accent sur la libéralisation de l'accès et la consécration de conditions favorables à l'investissement et avaient posé, pour l'une des premières fois, les nécessités

[1368] J-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, § 747 et cf la Charte des entreprises pour le développement durable établie sous l'égide de la Chambre du Commerce International en 1991.

liées à l'équité et à la transparence des investissements privés étrangers et à leur rôle dans le développement des collectivités locales et dans leurs impacts positifs dans les domaines sociaux et environnementaux.

474. Comme l'a souligné le Professeur Surya Deva, « il doit y avoir un changement dans l'état d'esprit, d'une course vers le bas à une course vers le haut, en intégrant les droits humains dans l'ADN des investisseurs et des politiques économiques des Etats »[1369]. Aujourd'hui, des possibilités de rééquilibrage existent et « les arbitrages en matière d'investissement ont mis en évidence la manière dont les questions relatives aux droits de l'homme peuvent se mêler aux problèmes des entreprises »[1370]. Il devient alors nécessaire de former davantage les arbitres aux droits humains, car ils manquent d'expérience sur ce point. En ce sens, il a été observé que « (…) la grande majorité des (arbitres d'investissement) (ont) une formation en droit privé ou commercial plutôt qu'en droit international public ou public (…) et ont donc tendance à considérer les droits de l'homme comme une cause potentielle ou probable de troubles politiques, s'immisçant dans leur domaine autonome 'purement juridique', dont les règles de base sont déterminées par la pensée néolibérale »[1371]. Ainsi, le groupe de travail III de la CNUDCI a suggéré que la nomination d'arbitres soit prioritairement accordée aux personnes détenant une qualification poussée en droits humains. Le groupe III de la CNUDCI a bien résumé la position des Etats en 2020, en énonçant que les arbitres doivent « connaître le droit international public, le commerce international et le droit des investissements ». Autrement dit, les arbitres doivent « avoir une compréhension des différentes politiques qui sous-tendent les investissements, des questions de développement durable, de la manière de gérer les contentieux en matière d'investissement (…) » (§ 97).

[1369] S. DEVA, « Statement of the Chairperson of the working group on business and human rights », *Forum sur les entreprises et les droits de l'Homme de l'ONU*, Séance plénière de clôture, 29 novembre 2017.

[1370] B. CHOUDHURY, « Spinning straw into gold : Incorporating the Business and Human rights Agenda into international investment agreements », *University of Pennsylvania Journal of international law* 2017, vol. 38, p. 425-461.

[1371] B. SIMMA, « Foreign investment arbitration : A place for human rights ? », *International and comparative law quaterly* 2011, vol. 60, p. 573-576.

475. Si le mariage entre le droit au développement durable et le droit international des investissements est un mariage difficile, c'est un mariage essentiel[1372]. En tout état de cause, le concept de l'investissement socialement responsable ne doit consister en une simple opération de communication, destinée à améliorer l'image et la réputation de l'investisseur. Dans le milieu des affaires, ces opérations de communication sont connues sous le nom de « greenwashing ». En pratique, la notion d'investissement responsable ne se concrétise que par l'autorégulation des investisseurs, ce qui demeure bien trop dérisoire. L'Institut Britannique de Normalisation, dans les années 1990, avait expérimenté une normalisation spécifique aux problématiques de gestion environnementale, en édictant la norme BS 7750, certification supposant la mise en place par l'entreprise d'un « système de gestion environnementale » et la souscription à une déclaration d'engagement. Autrement dit, après avoir procédé à un « éco-audit », l'entreprise prenait pour engagement de procéder à des mesures adéquates validées par un « vérificateur environnemental agréé », comportant des informations sur les activités et la pollution de l'entreprise et sur sa politique environnementale. Cette certification ne faisait qu'attester que l'engagement d'honneur n'avait rien de contraignant. Les investisseurs fixaient eux-mêmes les degrés du caractère responsable de leurs investissements, souvent moindres à l'exigence nécessaire à l'effectivité de la protection de l'environnement et du développement durable. Dès lors, il pourrait être envisagé de fixer une hiérarchie face aux conflits de règles de plus en plus fréquents entre les droits humains, environnementaux et les droits du commerce et de l'investissement. Il conviendrait de créer une sorte de norme universelle ayant prestige de constitution universelle, qui viendrait préciser la supériorité de l'une sur l'autre. Si la supériorité des normes du droit du commerce et de l'investissement n'est codifiée nulle part, il en est, de manière relative, autrement pour les droits humains. En ce sens, la charte des Nations-Unies affirme expressément la prédominance des obligations qu'elle pose par rapport à toutes les autres obligations juridiques. Et il ressort de la Convention de Vienne la prévalence des droits humains sur les droits du commerce et de l'investissement. En définitive, l'arbitrage international en matière d'investissement est appelé à renouer avec l'esprit de Philadelphie et à mettre à l'ordre du jour davantage de justice préservant les droits envi-

[1372] Cf G. DELLIS, « La protection combinée de l'environnement et des investissements, défi du droit public de l'économie », *Revue du droit public* 2022, n° 4, p. 947. Cf également O. KRISTIAN FAUCHALD, « International investment law in support of the right to development ? », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 181-201.

ronnementaux et fondamentaux. La Déclaration de Philadelphie plaçait l'économie et la finance au service de la justice sociale. Il convient d'y répondre de nouveau en responsabilisant davantage les investisseurs privés étrangers et les institutions supranationales ont tenté de se positionner sur le sujet.

b. Les initiatives

476. Depuis la pandémie du COVID-19, si tous les TBI de nouvelle génération ne font pas référence à la santé publique, certains comme le modèle TBI allemand ont pris conscience de l'importance de lier investissements internationaux et droits humains[1373]. Des Etats ont ainsi suivi une tendance enclenchée par des institutions comme la CNUDCI, à savoir la consécration de droits humains au sein des traités d'investissement. Plus que jamais, il faut créer une synergie entre le droit des investisseurs et le droit au développement. En ce sens, le Rapport final de 2010 de la High-Level Task Force on the Implementation of the Right to Development a consacré des « critères et des indicateurs » pour implanter le droit au développement. Si ce Rapport a reconnu l'importance de sécuriser les investissements internationaux pour renforcer le développement des Etats et éviter des crises économiques, il a affiché sa volonté d'assurer un équilibre en veillant à ce que le développement économique ne se fasse pas au détriment de la préservation des droits humains[1374].

[1373] Le modèle allemand de 2018 énonçant que « considérant que ces objectifs peuvent être atteints sans compromettre le droit des parties contractantes de réglementer sur leur territoire par des mesures nécessaires pour atteindre des objectifs politiques légitimes tels que la protection de la santé publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, le droit du travail, le bien-être des animaux ou la protection des consommateurs ou pour des raisons financières prudentielles » Cette référence a été opérée au cœur du TBI et non pas dans son Préambule, ce qui mérite d'être souligné, car cette référence aurait eu une effectivité et une résonnance moindre si elle avait été située dans le Préambule. En effet, les Préambules des TBI sont souvent regardés comme « juridiquement non contraignants ou, plus exactement peut-être, comme ne donnant pas lieu à des droits et obligations exécutoires ». Cf F. BAETENS, « Protecting foreign investment and public health through arbitral balancing and treaty design », *ICLQ* 2022, vol. 71 (1), p. 139-182.

[1374] Cf le Rapport en sa 6e session, 8 mars 2010, doc. A/HRC/15/WG.2/TF/2/Add.2, 8-13.

477. L'idée d'un nouveau régime pour donner des devoirs aux investisseurs est réapparue dans l'agenda de Nations-Unies pour les droits humains en 2014, avec l'instauration d'un Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée (OEIGWG) sur les multinationales et entreprises, avec pour mandat d' « élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer, dans le domaine des droits de l'homme internationaux, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales »[1375]. Les discussions et les débats se sont poursuivis durant la première et deuxième session en 2015 et 2016 et puis, en 2017, un document a été publié contenant les éléments possibles pour un traité sur les entreprises et les droits de l'homme[1376]. Ce document contenait la possibilité d'intégrer des obligations aux multinationales, comme celle de se soumettre aux lois applicables et de respecter les droits humains internationalement reconnus, qu'importe où elles sont implantées (ce qui implique donc leurs filiales). Les entreprises devraient s'assurer d'une prévention et d'une surveillance sur le respect des droits de l'homme. Ce document ne manquait pas d'ambition et ses propositions auraient fixé des obligations contraignantes considérables dans le domaine des droits de l'homme. Au cours de la 5e session de l'OEIGWG en 2019, des négociations pour un projet d'instrument ont été enclenchées et l'article 6 du Projet énonce que « 1. Les États veillent à ce que leur droit interne prévoie un système complet et adéquat de responsabilité juridique pour les principales violations ou atteintes aux droits de l'homme dans le cadre d'activités commerciales, y compris celles à caractère transnational (…). 4. Les États parties adoptent les mesures juridiques et autres nécessaires pour garantir que leur juridiction nationale anticipe des sanctions et des réparations effectives, proportionnées et dissuasives au profit des victimes lorsque

[1375] Rapport du groupe de travail sur l'examen périodique universel, Résolution A/HRC/26/9, 26e session, 14 juillet 2014.

[1376] Il peut aussi être fait mention du Projet de traité sur la responsabilité des sociétés transnationales, qui incorpore en son sein l'obligation française de vigilance du 27 mars 2017. Ce traité impose aux multinationales une obligation de vigilance, une identification des risques, une détermination d'actions préventives, une transparence, une communication et une responsabilité en cas de violation. De plus, présenté en France en juin 2017, le projet de pacte mondial pour l'environnement a énoncé vingt principes, comme le droit au respect de l'environnement, le principe de précaution, la règle du « pollueur-payeur ». Surtout, ce projet contient un article 2, qui pose une obligation de vigilance directement applicable aux multinationales et ce, même si les Etats ne transposent pas ce traité dans leur droit national. Le 10 mai 2018, ce projet de traité a été consenti à l'Assemblée générale des Nations-Unies et adopté par 143 pays, tous favorables à une résolution pour son adoption. En mai 2019, un 3e groupe de travail composé de 120 pays a formé un groupe intergouvernemental, mais a abandonné l'idée d'un traité contraignant pour une simple déclaration politique. Si cet abandon est regrettable, il ne remet en question l'impact que pourrait avoir l'article 2 pour une application directe, même sans transposition, de l'obligation de vigilance à la charge des investisseurs.

des activités commerciales, y compris celles à caractère transnational, ont causé un préjudice aux victimes »[1377].

478. Le groupe de travail sur le droit au développement a tenté d'élaborer des « standards » pour le droit au développement. Des discussions se sont basées sur le rapport de 2016 du Président rapporteur et ont fait ressortir quatre standards, qui n'obtiendront toutefois pas de consensus entre les Etats. Les oppositions se sont alors fait vives et ont conduit le Conseil aux droits humains à demander au groupe de travail d' « entamer la discussion pour élaborer un projet d'instrument juridiquement contraignant sur le droit au développement par le biais d'un processus collaboratif d'engagement, y compris sur le contenu et la portée du futur instrument »[1378]. Cette approche a remplacé celle basée sur les critères, indicateurs et standards du groupe de travail. Le premier projet publié en juillet 2018 ne s'est focalisé que sur les seules obligations des Etats. Pire, le projet révisé de juillet 2019 ne contient aucun article sur ces obligations des entreprises. En janvier 2020, le Président rapporteur de ce groupe de travail a présenté une « zero draft convention », un projet à remplir par des universitaires reconnus en la matière et soulignant les inconvénients de l'absence de toute référence aux devoirs des investisseurs dans le droit au développement et les atteintes qu'ils peuvent causer à celui-ci, tout en proclamant le devoir des Etats à l'encontre des investisseurs étrangers. Cette « zero draft convention » contient cinq pistes intéressantes. Il est question de se pencher sur « les plus grands vides de la déclaration sur le droit au développement, c'est-à-dire l'absence de toute référence au développement durable », puis de contenir une disposition concernant les devoirs des « personnes morales », ce qui inclut les investisseurs étrangers, et de faire respecter le droit au développement (« s'abstenir de participer à la violation du droit au développement »)[1379]. Le projet introduit aussi plusieurs devoirs aux Etats, notamment dans la renégociation des traités d'investissement

---

[1377] Sur ces points, cf O. KRISTIAN FAUCHALD, « International investment law in support of the right to development ? », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 181-201. Cf également D. CASSEL, « The third-session of the UN Intergovernmental working group », *Business and Human Rights Journal* 2018, vol. 3, p. 277-281 et cf C. RIVERA, « Some remarks on the Third session of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft' », *Revista de Direito Internatcional (Brazilian Journal of international law)*, 2018, vol. 15, p. 25-29.

[1378] Human Rights Council Res. 39/9 du 27 septembre 2018, § 17 (e).

[1379] Draft Art. 22, UN Doc. A/HRC/WG.2/21/2/Add.1, point 69.

pour y réguler les activités internationales des investisseurs. L'optique est affichée, celle de créer un pont entre le droit au développement et les investissement internationaux[1380].

479. L'Assemblée générale des Nations-Unies a misé sur l'adoption des objectifs du développement durable à fixer avant 2030. Pour autant, dans les cibles, aucune référence spécifique sur les investissements internationaux n'a été mentionnée. Seule la « Target 17.5 » a appelé à l'adoption de régimes d'investissements pour les Etats peu développés et seules d'autres « Targets » ont visé à se servir des investissements étrangers pour lutter contre la pauvreté, la faim dans le monde, la faiblesse de l'agriculture, la faiblesse du secteur de l'énergie etc. Autrement dit, il n'a été question que de relater les effets positifs que les investissements internationaux peuvent avoir sur le droit au développement des Etats. Il n'a jamais été fait référence aux effets négatifs que les investissement internationaux sont susceptibles de causer au droit au développement[1381].

480. Pour l'instant, le seul consensus existant entre les Etats a trait au concept de développement durable, y compris son accent sur le développement social, économique et environnemental. Le développement durable contient alors et à la fois le domaine économique, social et environnemental. Le rapport Brundtland de 1987 a défini le développement durable comme « (u)n développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Il contient en son sein deux concepts clés : le concept de 'besoins', en particulier les besoins essentiels des pauvres du monde, auxquels il convient d'accorder une priorité absolue ; et l'idée des limites imposées par l'état de

---

[1380] Sur ces points, cf O. KRISTIAN FAUCHALD, « International investment law in support of the right to development ? », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 181-201.

[1381] L'UNCTAD avait bien cherché à prendre le sujet à bras le corps, en établissant des principes et des directives pour les Etats et les parties prenantes et en créant un chapitre séparé sur le « Cadre de la politique d'investissement pour le développement durable». Ce chapitre a été intégré dans le 2012 World investment report, qui s'est appuyé sur 10 principes en 2015, le premier étant de promouvoir les investissements responsables et bénéfiques au développement des Etats. Cependant, aucune force obligatoire n'a été apposée à ces principes. Cela témoigne alors qu'il s'avère bien difficile de convaincre Etats d'une RSE contraignante, les Etats craignant une fuite des investisseurs étrangers. Les travaux de UNCTAD n'ont toutefois pas été vains car, coïncidence ou pas, depuis ces travaux, il peut être dénombre un peu moins de 15 % d'accords d'investissement qui contiennent des références au droit au développement au sein de leur préambule. Mais aucun degré de contrainte n'est relevé.

la technologie et de l'organisation sociale à la capacité de l'environnement à répondre aux besoins présents et futurs »[1382]. Autrement dit, le développement durable est l'objectif central de tous les Etats de promouvoir la croissance économique et sociale. A l'origine, la notion de développement durable ne ciblait que la protection environnementale. Désormais, elle couvre tout aussi bien les pans sociaux que les pans économiques. Déjà, le Sommet mondial de 2002 sur le développement durable avait tenté d'étendre le concept du développement durable de « la 'protection de l'environnement' à un programme environnemental, social et de développement intégré, en accordant une attention particulière à l'éradication de la pauvreté, à l'assainissement et à la santé ». Des projets futurs étaient allés dans le même sens, comme le Projet de la Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatifs au développement durable[1383].

481. Mais il n'existe pas de consensus entre les Etats sur le contenu précis du droit au développement et sur l'efficience de ce droit. Il faut dire que la question est complexe : comment s'accorder sur l'étendue des droits au développement d'un Etat ? La notion même de « droits au développement » est très large. Certes, certains accords ont pu être relevés, comme l'inclusion du droit au développement dans l'article 55 de la Charte des Nations-Unies de 1948, dans l'article 1er du Pacte des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 ou encore dans la Déclaration des Nations-Unies sur le droit au développement de 1986. Mais depuis une trentaine d'années, aucun consensus véritable n'est ressorti sur le contenu et sur l'étendue du droit au développement et sur le rôle que pourrait détenir les investissements internationaux sur ce droit au développement. En réalité, les Etats s'avèrent très réticents à ériger des critères contraignants de droit au développement à la charge des investisseurs privés.

482. Une évolution est peut-être en marche, comme en témoigne le récent rapport « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits de l'homme » du groupe de travail des Nations-Unies

---

[1382] U.N. Secretary-General, Development and international economic co-operation : Environment », U.N. Doc. A/42/427, 1987, point 54.

[1383] X. QIAN, « Rethinking investment treaties for sustainable development : from the 'New Delhi Declaration' Principles to Modern investment law & policy », *Asian J. WTO & Int'l Health L., & Pol'y* 2022, vol. 17, p. 405.

sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales du 27 juillet 2021. En ce qui concerne la relation entre la RSE et le droit des investissements, deux visions s'opposent ; une vision idéaliste qui énonce que les droits humains doivent primer sur les attentes des investisseurs et que les enjeux économiques sont subsidiaires aux intérêts humains ; et une approche plus juridique et donc pragmatique, énonçant que les enjeux économiques ne doivent pas être pris à la légère dans un monde de plus en plus globalisé. D'ailleurs, pourquoi y-aurait-il antinomie, alors que la création de richesses peut contribuer à améliorer les droits humains, en particulier les droits économiques et sociaux ? Un mouvement, « business and human rights », s'est enclenché et les principes Ruggie sont de plus en plus exprimés[1384].

c. Le principe de précaution au sein du Traité CETA

483. Le traité CETA a annoncé l'engagement du Canada et de l'Union européenne d'inciter les investisseurs à adopter des pratiques destinées à favoriser des objectifs économiques, sociaux et environnementaux. Afin d'assurer la préservation du développement durable, un principe de précaution a été envisagé, pour donner force au concept de l'investissement responsable.

Le traité CETA ambitionne d'accorder au développement durable une place centrale et de tendre à « garantir et faciliter le respect de normes et accords environnementaux et sociaux adoptés au niveau international ». En ce sens, il a été énoncé, dans le mandat de négociation, que devaient être insérés dans

[1384] J-B. RACINE, « Droits de l'homme - Droits de l'homme et droit international économique », *JDI* 2020, n° 4. Il est intéressant de faire mention du projet d'accord sur l'investissement pour le développement durable élaboré par l'Institut international de développement durable. Cet Institut est une ONG qui a pour habitude de publier de façon régulière des articles, des travaux et des rapports sur l'évolution du droit des investissements, sur l'interprétation des TBI faite par les tribunaux arbitraux. Le projet présenté était, peut-être, le point d'aboutissement des conciliations pouvant aboutir entre les Etats et les investisseurs étrangers, car il tentait de répondre aux intérêts des investisseurs et aux intérêts des Etats. Ce faisant, ce projet était structuré en quatre parties. De façon traditionnelle, il était prévu une première partie venant traiter des droits de promotion et de protection des investissements. Puis, une seconde partie concernait les droits et obligations de l'Etat hôte, tandis que la troisième partie traitait des droits et obligations de l'Etat d'origine. Dans ces deuxième et cette troisième parties, il était affirmé que des droits étaient conventionnellement prévus au bénéfice des Etats parties. Enfin et c'est là que se trouvait l'innovation majeure, une quatrième et dernière partie venait traiter des droits et obligations des investisseurs.

l'accord les engagements consentis par les parties sur les aspects environnementaux et sociaux du commerce et du développement durable. Le CETA contient trois Chapitres ayant trait aux problématiques issues du développement durable. Le Chapitre 22, intitulé « Commerce et développement durable », le Chapitre 23, « Commerce et travail » et le Chapitre 24, « Commerce et environnement ».

484. Le principe de précaution est un pilier essentiel du droit international de l'environnement. Il implique la mise en place, par les Etats, d'actions visant à anticiper ou à réduire les éventuels dommages à l'environnement, même en l'absence de certitude scientifique totale sur ces dommages. L'article 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, des 3 et 4 juin 1992, consacrait déjà l'essence du principe de précaution, en énonçant que « (p)our protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue convient de ne pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Implicitement, le CETA semble aussi faire référence au principe de précaution, l'article 24.8 de l'accord disposant que « les parties reconnaissent que, en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». Et en ce qui concerne la protection des travailleurs, l'article 23.3 (3) dispose que le Canada et l'Europe ne pourront prétexter de « l'absence de certitude scientifique pour retarder la mise en place de mesures de protection offrant un bon rapport coût/efficacité », en cas de « danger existant ou potentiel de blessure ou de maladie, ou en cas de conditions dont il est raisonnable de penser qu'elles puissent entraîner des blessures ou la maladie ». Mais il est vrai que ces deux articles ne signifient pas que le principe de précaution est institué en un principe général.

485. La place relative à la protection du développement durable au sein du CETA n'est pas assez conséquente. Pour un objectif voulu comme prioritaire par le Conseil de l'UE, le CETA n'a pas repris toutes les propositions du mandat de négociation. Seulement 40 pages sur les 1600 pages du CETA ont été consacrées aux Chapitres traitant du développement durable et, à aucune occasion, la notion « précaution » n'a été mentionnée, ce qui semble paradoxal pour un traité ayant vocation à intéresser des domaines

tels que l'environnement ou la santé. Les rédacteurs du traité CETA, en ne faisant pas référence explicitement au principe de précaution, ont probablement voulu ne pas faire de ce principe un frein aux investissements privés étrangers. Ce faisant, le CETA paraît entrer en conflit avec l'article 5 de la Chartre de l'environnement (insérée dans le bloc de constitutionnalité et donc, dans la Constitution française) qui contraint les autorités publiques d'aménager, de façon préventive, des mécanismes et autres mesures de contrôle. Pourtant, dans une décision du 31 juillet 2017, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contenues dans le CETA suffisaient à garantir le respect du principe de précaution issu de l'article 5 de la Charte de l'environnement et ce, alors même que ce principe n'y est pas expressément mentionné. Le Conseil constitutionnel a pris appui sur le fait que, dans son chapitre consacré au commerce et au développement durable, le CETA note qu'une interdépendance réunit le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, trois composantes du développement durable.

Devant toutes ces initiatives, à la démarche ambitieuse mais aux résultats décevants, les tribunaux arbitraux ont tenté de prendre le relai.

2) Les tentatives de responsabilisation des investisseurs par les arbitres

486. Lors de la Conférence CNUCED 2020 sur les accords internationaux d'investissement, il a été déclaré que le développement durable devait être le guide dans l'application des accords d'investissement. Il a même été affiché une volonté d'inclure, dans la définition de l'investissement, la notion de développement durable. Après tout, la Convention CIRDI n'a-t-elle pas été adoptée dans l'optique de promouvoir le développement économique des Etats les moins développés ? Le fait que la notion de développement économique soit présente au sein du Préambule de la Convention CIRDI ne constitue-t-il pas un indice de la volonté de faire jouer le développement durable comme une exigence de la définition d'investissement ? Dans la définition de la notion d'investissement posée par les tribunaux arbitraux, il est très souvent fait référence à un critère particulier, celui de la contribution au développement économique du

pays[1385]. Il s'agit d'un critère de la caractérisation de l'investissement et fondant la compétence *ratione materiae* de l'arbitre. Dès lors, ne pourrait-on pas faire de la prise en considération du droit au développement d'un Etat la condition *sine qua non* de la qualification d'investissement, en intégrant la RSE dans le champ de la contribution au développement économique ? D'ailleurs, les tribunaux arbitraux posent de manière de plus en plus récurrente la question suivante : « En vertu du droit international des investissements (…) les investisseurs jouissent par eux-mêmes d'un certain nombre de droits (…) Qu'en est-il des obligations de l'investisseur découlant de l'investissement selon le droit international ? »[1386]. Si cette hypothèse est intéressante, les tribunaux arbitraux ont tenté d'atténuer l'exigence du critère de la contribution économique, car ce critère ne constitue, *a priori*, pas une condition mais une conséquence *a posteriori*. Autrement dit, « afin de déterminer si un investissement, au moment où il est effectué, est susceptible de contribuer au développement économique de l'État d'accueil, un tribunal serait tenu de procéder à une analyse *ex post facto* d'un certain nombre d'éléments qui, compte tenu également du temps écoulé, peut générer un large éventail d'opinions raisonnables »[1387]. Ainsi, une position médiane a été adoptée dans la sentence Patrick Mitchell, qui a énoncé que ce critère « ne signifie pas que cette contribution doit toujours être conséquente ou réussie ; et bien sûr, les tribunaux CIRDI n'ont pas à évaluer la contribution réelle de l'opération en question. Il suffit que l'opération contribue d'une manière ou d'une autre au développement économique de l'Etat d'accueil, et cette notion de développement économique est, en tout état de cause, extrêmement large mais aussi variable selon les cas »[1388]. La tendance affichée par l'étude de plusieurs sentences arbitrales à ce sujet témoigne aujourd'hui d'une réticence à faire du critère de développement économique une notion clé à l'investissement, comme en témoigne la sentence Pawlowski[1389].

[1385] T. St JOHN, *The rise of investor-state arbitration : Politics, law and unintended consequences*, Oxford University Press 2018, p. 168-169.

[1386] Sent. CIRDI, aff. UNCT/15/3, *David R. Aven c. Costa Rica*, 18 septembre 2018, § 739.

[1387] *Philip Morris c. Uruguay*, § 207.

[1388] Sent. CIRDI, *Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo*, aff. n° ARB/99/7, § 33.

[1389] Sent. CIRDI, 1er novembre 2021, *Pawlowski c. République tchèque*, aff. n° ARB(AF)/18/3.

487. Les tribunaux arbitraux ont alors tenté de répondre autrement à l'incomplétude des TBI, pour poser des obligations aux investisseurs et ce, de deux manières[1390].

D'une part, dans la sentence Urbaser, le tribunal arbitral a été le premier en matière d'investissement à accepter l'idée d'obligations relatives aux droits humains pour la concession d'eau[1391], en consacrant un principe de responsabilité des investisseurs internationaux vis-à-vis de l'Etat d'accueil. En l'espèce, une crise économique en Argentine avait été déclenchée entre 1998 et 2001, provoquant l'annulation d'une concession d'eau accordée à un investisseur étranger[1392]. Pour l'Etat argentin, ce contrat de concession constituait une violation du droit international humain de l'accès à l'eau[1393]. Une counterclaim de l'Argentine avait été opérée. En l'espèce, cette counterclaim estimait que l'investisseur étranger, qui jouissait de plusieurs concessions pour l'assainissement et la distribution de l'eau dans plusieurs provinces du pays, avait violé les droits humains et en particulier le droit d'accès à l'eau, en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour protéger et garantir ce droit. Un investisseur étranger pouvait-il être déclaré responsable par un tribunal arbitral pour une violation des droits humains ? Si oui, sur quelle base, étant donné que les TBI ne prévoient aucune responsabilité à la charge de l'investisseur ? Dans cette affaire, l'approche effectuée par les arbitres était très intéressante, car ils ont énoncé que l'investisseur ne pouvait pas se dérober et que le droit d'accès à l'eau est un doit humain protégé par de nombreuses conventions internationales. Les arbitres ont estimé que le droit à l'eau appartenait au droit applicable, car le TBI faisait référence aux « principes généraux du droit international »[1394]. Autrement dit, pour le tribunal arbitral, l'article 30 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen ne s'appliquait

---

[1390] Cf notamment G. GARG, « Growing convergence of international arbitration and human rights », *Indian arbitration Law review* 2022, vol. 4, p. 46.

[1391] Cf sent. *Urbaser préc*., cf J. HEPBURN : « Dans un premier temps, le Tribunal constate qu'il a compétence pour entendre la demande reconventionnelle d'un État hôte relative à la violation alléguée par un investisseur des obligations internationales en matière de droits de l'homme (…) » (*Investment Arbitration Reporter*, 12 janvier 2017).

[1392] Sent. *Urbaser préc.*, § 34.

[1393] A l'instar de ce que l'Etat avait affirmé dans l'affaire *Suez et al. c. République d'Argentine préc*., § 252 ou encore dans la sent. CIRDI, 6 juin 2012, *SAUR International SA. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/04/4, § 328.

[1394] Sent. *Urbaser préc.*, § 1192.

pas qu'aux Etats, puisque cet article énonce que même les entités privées peuvent être liées par des obligations relatives aux droits humains. Les arbitres ne se sont pas fondés sur la convention de Washington, mais sur les principes généraux du droit international, c'est-à-dire sur de la « soft law », et plus particulièrement sur la notion de RSE. Puisque l'investisseur s'était soumis à de la « soft law », à des Codes de conduites, à des chartes éthiques de bonne conduite, alors cette « soft law » dégénérait en des principes de droit international. Par conséquent, les arbitres ont en réalité fait bien plus que se fonder sur la « soft law », mais ont carrément affirmé que cette « soft law » était devenue une « hard law ». Autrement dit, la « soft law » a évolué vers un droit contraignant. Selon le tribunal arbitral, la RSE doit s'entendre comme un standard de comportement à respecter par les investisseurs étrangers. Cette petite manœuvre de la part des arbitres était essentielle, car autrement, jamais ils n'auraient pu imposer une RSE aux investisseurs en se basant sur un raisonnement conflictuel classique. En définitive, il faut abandonner la vision traditionnelle du droit international pour s'adapter en considérant en priorité les règles de droit international, partir de celui-ci et énoncer qu'il contient des standards universels des droits fondamentaux universels que les arbitres peuvent appliquer en se détachant de l'espèce. Dans l'affaire Urbaser, les arbitres ont ainsi assumer un rôle de régulateur, pour que « la soft law puisse être utilisée par le juge aux fins d'identifier par ses propres moyens une norme coutumière, dans le cadre de la pratique générale admise comme loi »[1395].

Les arbitres pourraient s'inspirer de l'affaire Urbaser, tout comme ils pourraient prendre exemple sur une affaire française, l'affaire Erika, dans laquelle une fuite de pétrole s'étendait sur 400 km de côtes bretonnes[1396]. En 2012, la Cour de cassation a sanctionné l'investisseur Total pour des atteintes criminelles et civiles de pollution involontaire, alors qu'aucun accord n'imposait à Total de procéder au transport de l'essence par bateaux, mais seulement sa filiale[1397]. Dès lors, les juges français ont percé le voile social,

[1395] Ainsi, les arbitres ont considéré que « l'interdiction de commettre des actes contraires aux droits de l'homme (…) peut s'appliquer immédiatement, non seulement aux Etats, mais aussi aux particuliers et autres parties privées » (Urbaser c. Argentine, § 1210). Cf G. LHUILLER, « The new liability of transnational companies for environmental risks », *IBLJ* 2020, vol. 1, p. 25-45.

[1396] Cf G. LHUILLER, « The new liability of transnational companies for environmental risks », *IBLJ* 2020, vol. 1, p. 25-45.

[1397] Cass. crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *Bull.crim.* n° 198.

en considérant que la création de cette filiale de Total n'avait eu que pour objet d'éluder la responsabilité de Total en cas de dommages durant le transport. La responsabilité de Total relevait ici de la « soft law », lui imposant (même si Total n'était pas partie au contrat, au contraire de sa filiale) de « vérifier le soin et la diligence avec lesquels la cargaison a été transportée, la capacité du navire et de l'équipage à effectuer le voyage prévu ». Cette obligation de diligence issue de la « soft law » a servi de base à la mise en jeu de la responsabilité de Total, car elle « constitue donc une norme de comportement, norme utilisée par le juge pénal pour apprécier l'illicéité ou non des actes de l'accusé, au même titre que la norme bien connue du 'bon père' »[1398].

De plus en plus, les tribunaux arbitraux prennent en considération les normes sociales et environnementales dans le prononcé de leurs sentences. En ce sens, dans l'affaire Maffezzini, les arbitres avaient pris en compte des dispositions des droits européens et espagnol sur l'environnement, conformément à ce que dispose la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui énonce que « toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties (…) doit être utilisée pour interpréter un traité »[1399]. Il peut aussi être fait mention de la sentence David Aven c. Costa Rica, où les arbitres ont estimé qu' « on ne saurait admettre qu'un investisseur étranger ne puisse être soumis à des obligations de droit international dans ce domaine » et soutenant la position Urbaser en considérant qu'il « partage le point de vue du tribunal de l'affaire Urbaser, selon lequel il n'est plus possible d'admettre que les investisseurs (…) sont exempts de la possibilité de devenir des sujets de droit international »[1400]. En définitive, les arbitres ont estimé qu'il n'existait pas d'argument permettant de rejeter la demande reconventionnelle du Costa Rica, qui invoquait la violation de plusieurs obligations par l'investisseur.

[1398] *Ibid*.

[1399] Sent. CIRDI, Maffezini c. Espagne, aff. n° ARB/97/7, 13 novembre 2000.

[1400] Sent. CIRDI, 18 septembre 2018, *David R. Aven c. Costa Rica*, aff. UNCT/15/3, § 738-739.

488. D'autre part, il pourrait être considéré que le fait, pour un investisseur, de respecter les droits humains résulterait d'une obligation de minimiser son dommage. C'est ce qui a été affirmé dans une Opinion dissidente séparée de l'arbitre Philippe Sands, dans l'affaire Bear Creek v. Pérou du 30 novembre 2017[1401]. En l'espèce, il s'agissait d'une compagnie minière canadienne qui avait opéré des investissements au Pérou, dans une mine d'argent. L'investisseur avait vu son permis de construire être révoqué et s'était plaint d'une expropriation indirecte. Il avait alors exigé une compensation. Pour le tribunal arbitral, le comportement de l'investisseur devait être pris en compte lors du calcul du montant de la compensation. Or, l'investisseur n'avait entrepris aucune coopération avec la population indigène. Poser une incitation à respecter les droits humains pour obtenir la meilleure indemnisation possible serait une piste potentielle.

489. Si les tribunaux arbitraux tentent de répondre à la souplesse du concept de la RSE, les sentences arbitrales sont peu nombreuses à en consacrer une effectivité certaine, du fait du silence des accords d'investissement en la matière[1402]. En pratique, la formule de « droits humains » est très peu utilisée par les tribunaux arbitraux. Selon une étude, moins de 30 % des sentences arbitrales, soit 216 sur 741, ont utilisé ce terme et, si ce chiffre semble assez conséquent, ce terme a surtout été utilisé au bénéfice des investisseurs pour protéger leurs droits humains, à savoir leur droit à un procès équitable, leur droit de propriété contre une expropriation, leur droit à la sécurité, etc[1403]. Très peu de références pour les droits humains de la population en général ne sont relevées. Pourtant, en faisant référence à ces droits humains

---

[1401] Sent. CIRDI, 30 novembre 2017, *Beer Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, aff. n° ARB/14/21, 30 novembre 2017, Separate Opinion of Philippe Sands. Cf J. HEPBURN : « (l)e tribunal rejette l'approche DCF dans l'affaire Beer Creek ; un dissident considère la Convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux comme imposant des obligations dans le contexte de la plainte de Miner au CIRDI » (*Investment Arbitration Reporter*, 4 décembre 2017).

[1402] Les attentes légitimes et la protection des investisseurs ne sont toujours pas conditionnées au respect de la diligence de ces mêmes investisseurs. Dans l'affaire *Eco oro c. Colombie*, le tribunal arbitral a estimé que l'investisseur jouissait toujours des attentes légitimes en dépit de son manque de diligence (sent. CIRDI, aff. n° ARB/16/41 , 9 septembre 2021).

[1403] T. BROUDE et C. HENCKELS, « Not all rights are created equal : a loss-gain frame of investor rights and human rights », LJIL 2021, vol. 34 (1), p. 93-108. Dans l'affaire *Mondev c. USA*, le tribunal arbitral a explicitement fait référence à la jurisprudence des institutions de droits humains. Cela démontre donc que les arbitres sont tout à fait disposés à intégrer dans leur raisonnement la question des droits humains. Pour autant, ces références ont surtout été utilisées dans une optique de protéger les droits fondamentaux des investisseurs.

et à des conventions internationales comme la CEDH pour le droit de propriété, les arbitres témoignent de leur connaissance de ces droits. Dans des affaires, les arbitres ont considéré que les Etats doivent pouvoir conjuguer le droit des investisseurs et les droits humains de la population. Les Etats doivent pouvoir préserver les droits humains de la population, tout en s'assurant du respect de leurs engagements internationaux envers les investisseurs étrangers. Ainsi, dans la sentence South America Silver c. Bolivie, la Bolivie estimait qu'en cas de conflits entre les droits humains de la population, en l'occurrence ici, des indigènes, et les obligations dues aux investisseurs par le traité d'investissement, les droits humains des populations doivent primer[1404]. Le tribunal arbitral n'avait pas retenu cette approche, tout simplement car aucune mention aux droits humains n'était présente dans le traité d'investissement et aucun droits humains défendus par la Bolivie ne se trouvait dans un traité dans lequel la Bolivie serait partie.

490. Les tribunaux arbitraux ne peuvent pas réviser les TBI et sont réticents à déséquilibrer un système librement convenu par les Etats signataires. A propos de la sentence Abaclat, l'arbitre Georges Abi-Saab a émis une opinion dissidente selon laquelle « la 'mise en balance des intérêts' telle qu'opérée par l'attribution majoritaire est intrinsèquement erronée, car (…) l'attribution majoritaire traite (les droits des parties) comme des 'variables' (ou plutôt comme des variables dépendantes), dont la reconnaissance, la portée et le caractère exécutoire par le Tribunal doivent être déterminés en fonction de l'évaluation subjective du juste équilibre des intérêts entre les parties, qui devient ainsi, selon cette logique, le gabarit paramétrique de ces droits. C'est là que réside la logique juridique. Un tribunal est tenu d'appliquer la loi, c'est-à-dire de faire respecter les droits des parties, de ne pas les remettre en question, selon sa propre évaluation des considérations extra-légales (ou d'opportunité), qu'il s'agisse de sa représentation subjective des intérêts des parties (…) »[1405]. Ce n'est pas au tribunal arbitral d'exercer une balance des intérêts et de modifier les dispositions insérées dans le TBI. « En d'autres termes, un tel exercice de 'mise en

[1404] South America Silver c. Bolivie, PCA, aff. n° 2013-15, 30 août 2018.

[1405] *Sent. Abaclat and Others c. République d'Argentine préc*., Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 octobre 2011, § 250.

balance des intérêts' dépasse clairement les pouvoirs du Tribunal »[1406]. Les arbitres ne sont ni les garants, ni les gardiens de l'intérêt public.

§2 : Pour une généralisation de la responsabilité sociale des investisseurs

Les Etats détiennent le monopole pour édicter des politiques sociétales ou pour faire part de leurs revendications environnementales sur la scène internationale[1407]. Celles-ci doivent être entendues par les investisseurs privés étrangers. La RSE pourrait imposer aux investisseurs étrangers de servir les besoins exprimés par la société civile de l'Etat dans lequel ils sont implantés. La RSE connait une problématique moderne et majeure tenant à son manque d'effectivité quant à sa mise en œuvre[1408], pour la simple raison que ce concept s'est fait connaitre par l'entremise de Codes de conduite non contraignants, tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[1409], dépourvus, par nature, de force obligatoire. La théorie des mains propres n'est-elle pas suffisante à responsabiliser les investisseurs ? Si elle peut rétablir un certain équilibre, elle ne permet pas aux Etats de se retourner directement contre les investisseurs devant les tribunaux arbitraux afin de réclamer des compensations. Autrement dit, la théorie des mains propres permet simplement d'empêcher l'investisseur étranger ayant commis des actes répréhensibles de demander une indemnisation. Or, avec la RSE, l'approche serait plus poussée en ce qu'il serait alors question de garantir l'attrait des investisseurs devant les tribunaux arbitraux en cas de violation des droits de l'homme. La RSE doit impérativement s'intégrer dans la sphère d'un *jus* contraignant, dans une « hard law » (2). Cela permettrait de renforcer le jeu des counterclaims formulées

[1406] *Ibid*, § 251.

[1407] Cela ressort d'ailleurs de la Déclaration de Stockholm de 1972 : « (l)es Gouvernements locaux et nationaux supporteront le poids le plus important pour les politiques environnementales et les actions à grande échelle au sein de leur juridiction ».

[1408] « Just Good Business » *préc.* ; C.A. CEDILLO TOERRES, M. GARCIA-FRENCH, R. HORDJIK, K. NGUYEN, L. OLUP, « Four Case Studies on Corporate Social Responsability : Do Conflicts Affect a Company's Social Responsability Policy ? », *Utrecht Law Rev.* 2012, vol. 8, n° 3, p. 52.

[1409] OECD Guidelines for Multinational Entreprises, 27 juin 2000.

par les Etats. Le groupe de travail III de la CNUDCI a milité pour des demandes reconventionnelles efficaces. Or, leur efficacité dépend de l'essor de normes contraignantes pesant sur les investisseurs (1).

1) Des demandes reconventionnelles efficientes en présence d'une RSE intégrée aux TBI

491. Plusieurs tentatives visant à imposer le concept de RSE aux investisseurs privés étrangers ont été dénombrées, afin de tenir les multinationales responsables du respect d'un standard minimum de protection environnementale et sociale dans les Etats dans lesquelles elles sont installées. Prévoir un tel concept de RSE vise à sécuriser les droits de personnes qui ne sont pas parties aux traités d'investissement, à savoir les citoyens et la population. L'instauration de la RSE au sein des TBI vise également à apporter un certain équilibre dans le droit d'action à propos de la relation investisseurs-Etats. Cette insertion va de pair avec une volonté des Etats de préserver leur pouvoir de réguler sur des questions sociales ou environnementales. Par le biais d'une RSE contraignante prévue dans les traités d'investissement, les Etats pourront disposer d'un droit d'action en arbitrage d'investissement et ces actions ne manqueraient pas. Lorsque la compagnie Suez en Indonésie avait obtenu les parts de marché pour la distribution de l'eau dans une partie du pays, il en était résulté une absence d'hausse significative de connexion au réseau d'eau, une eau de mauvaise qualité et un prix de l'eau qui était le plus élevé d'Indonésie et de toutes les grandes villes d'Asie, tandis que l'investisseur avait accumulé les bénéfices. Agrandir le champ de la RSE et l'insérer dans les TBI, permettrait aux Etats de faire brandir aux investisseurs la menace d'un arbitrage international, ce qui les conduirait à moins de négligence dans la gestion de leurs investissements.

492. Privés de droit d'action propre, les Etats se voient attribuer par les Règles additionnelles du CIRDI la possibilité d'émettre des « counterclaims », des demandes reconventionnelles à l'encontre de l'investisseur. Les counterclaims consistent notamment, pour les Etats, à opposer aux investisseurs des prétentions à l'instance arbitrale. Pour être entendue, la « counterclaim » doit avoir un lien de connexité directe avec la demande initiale, la connexité pouvant avoir trait aux « same factual complex » ou aux demandes

de même nature « en droit et en fait »[1410]. En pratique, certains tribunaux arbitraux exigent des « counterclaims » qu'elles soient fondées sur le même « legal link » que la demande principale, autrement dit sur le même instrument juridique[1411]. Mais en majorité, les tribunaux CIRDI sont moins rigoristes et se satisfont, pour apporter des garanties aux Etats, d'une simple connexion factuelle entre les « counterclaims » et la demande initiale[1412]. En effet, l'exigence d'un strict « legal link » est défavorable au mécanisme des « counterclaims », car ce « legal link » est constitué par le traité d'investissement, réputé pour ne contenir aucune disposition contraignante à l'encontre de l'investisseur[1413]. Dès lors, la condition du « legal link » pourrait transformer « la disponibilité apparente des demandes reconventionnelles (en) un mirage »[1414].

493. En dépit d'une absence de RSE au sein des TBI, des Etats ont quand même tenté d'écarter l'absence de leur droit d'action. En 1976, le Gabon avait démarré une procédure arbitrale contre l'investisseur Société Serete S.A. à propos de la construction d'un hôpital spécialisé dans la maternité[1415]. En 1998, une entreprise contrôlée par l'Etat de Tanzanie avait également enclenché un arbitrage contre une joint-venture malaisienne[1416]. Enfin, en 2007, la Province Indonésienne de l'East Kalimantan avait actionné une

---

[1410] CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo c. Uganda)*, § 38.

[1411] Dans l'affaire Saluka c. République Tchèque, le tribunal arbitral a rejeté l'une des counterclaims de l'Etat parce que celle-ci ne se basait pas sur le TBI, au contraire de la demande principale, mais sur le droit national tchèque (*Saluka Investments BV c. République Tchèque*, UNCITRAL, 7 mai 2004, § 79. Cf également *Sergei Paushok, CJSC Golden East Co and CJSC Vostokneffegaz Co c. Gouvernement de Mongolie*, UNCITRAL, 28 avril 2011, § 689 et § 694-699.

[1412] Cf en ce sens sent. CIRDI, 21 juin 2012, *Antoine Goetz et al c. République du Burundi*, CIRDI, aff. n° ARB/01/2, § 285 et sent. CIRDI, *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilabao Bizkaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, aff. n° ARB/07/26.

[1413] R. DOLZER et CH. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 7-11.

[1414] P. LALIVE et L. HALONEN, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, CYIL 2011, vol. 2, p. 154 ; Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 260 ; H.E. KJOS, « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *TDM* 2009, vol. 4, p. 43.

[1415] Sent. CIRDI, *Société Serete S.A c. Gabon*, aff. n° ARB/76/1.

[1416] Sent. CIRDI, *Tanzania Electric Supply Company Limited c. Independent Power Tanzania Limited*, aff. n° ARB/98/8.

procédure arbitrale contre l'investisseur PT Kaltim Prima Coal[1417]. Si les interventions de ces Etats n'ont pas abouti dans ces trois espèces, il a été dénombré deux fois plus d'actions arbitrales enclenchées directement par les Etats d'accueil devant le CIRDI ces dix dernières années qu'au cours des trente années précédentes[1418].

494. S'il a été dénombré moins de 1 % d'affaires dans lesquelles un Etat a pu enclencher une affaire contre un investisseur[1419], ces tentatives ne prenaient pas leur source dans des traités d'investissement, mais dans des contrats. Dès lors, certains Etats ont enclenché des révisions de leurs TBI. Le TBI conclu entre l'Union Belgo-Luxembourgeoise et la Guinée, a ambitionné d'engendrer « un palliatif au déséquilibre des rapports entre investisseur étranger et pays d'accueil de l'investissement en arbitrage », en permettant à l'Etat d'enclencher une action arbitrale. Remettre les Etats au cœur du mécanisme est envisageable. Un certain mimétisme avec le mécanisme de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce (OMC) pourrait être une solution. Dans ce mécanisme, les Etats y ont le monopole de l'action et de la défense, la procédure est encadrée par le droit international public. Si le TBI entre l'Union Belgio-Luxembourgeoise et la Guinée est une avancée vers l'équilibre des droits des parties à l'arbitrage, il n'est pas allé au bout de sa logique. L'article 11 de ce TBI dispose que « (s)i la procédure d'arbitrage a été introduite à l'initiative d'une Partie contractante, celle-ci invitera par écrit l'investisseur concerné à exprimer son choix quant à l'organisme d'arbitrage qui devra être saisi du différend ». Par conséquent, l'investisseur est resté maitre de la procédure. Et rien n'a été mentionné dans l'hypothèse du silence de l'investisseur.

495. En pratique, si aucun tribunal arbitral n'a rejeté l'idée du jeu de « counterclaims » dans le cas de litiges entre un Etat et un investisseur sur le fondement d'un TBI, les « counterclaims » des Etats ont très

---

[1417] Sent. CIRDI, *Government of the Province of East Kalimantan c. PT Kaltim Prima Coal and others*, aff. n° ARB/07/3.

[1418] Affaires du CIRDI-Statistiques 2016, *préc.*

[1419] Pour une discussion élaborée, cf M. TORAL et TH. SHULTZ, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », *in* M. WAIBEL et autres (eds), *The Blacklash Against Investment Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2009.

souvent été considérées comme infondées. Parfois, elles n'ont même pas fait l'objet de remarques particulières de la part des arbitres, qui se sont contentés de les « rejeter sur le fond »[1420]. En effet, aucune RSE n'est opposable, au sein des TBI, aux investisseurs, de sorte que rien ne pourrait leur être reproché par le jeu de « counterclaims ». Or, en acceptant une offre publique d'arbitrage, ils ne se soumettent qu'aux obligations qui en découlent. Les tribunaux arbitraux tentent parfois de conjuguer la bonne foi des investisseurs à une RSE implicite. Dans une sentence CIRDI Libananco Holdings c. Turquie, du 23 juin 2008, le tribunal arbitral a déclaré que « les parties ont l'obligation d'arbitrer de manière juste et de bonne foi et un tribunal arbitral a la compétence inhérente pour veiller à ce que cette obligation soit respectée ; ce principe s'applique à tous les arbitrages, y compris les arbitrages d'investissement, et à toutes les parties, y compris les Etats (…) »[1421]. En acceptant l'offre publique d'arbitrage, un investisseur se contraint à enclencher une action arbitrale de bonne foi et de manière non frauduleuse[1422]. Et dans certaines sentences, les tribunaux arbitraux ont pris en considération les violations commises par l'investisseur national pour effectuer une pesée des torts de chacune des parties, réduisant pour l'Etat les conséquences des violations qu'il a pu commettre[1423]. Ainsi, de plus en plus de tribunaux arbitraux se montrent réceptifs aux « counterclaims » des Etats, si bien que sur dix-huit sentences impliquant des demandes de « counterclaims » entre 2011 et 2017, les tribunaux arbitraux les ont admises dans dix d'entre elles[1424].

[1420] Sent. CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil c. République d'Estonie*, aff. n° ARB/99/2, § 376 et SPP c. République arabe d'Egypte *préc*., § 247-249.

[1421] Sent. CIRDI, 23 juin 2008, *Libananco Holdings CO. Ltd c. Turquie*, aff. n° ARB/06/8, § 79 : « Les parties ont l'obligation d'arbitrer de manière juste et de bonne foi et un tribunal arbitral a la compétence inhérente pour veiller à ce que cette obligation soit respectée ; ce principe s'applique à tous les arbitrages, y compris les arbitrages d'investissement, et à toutes les parties, y compris les Etats (…) ».

[1422] *Ibid*.

[1423] Sent. CIRDI, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S Baltoil c. République d'Estonie préc.* ; cf sent. CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, aff. n° ARB/06/18.

[1424] Cf sent. CIRDI, *Perenco Ecuador Ltd c. République d'Equateur*, aff. n° ARB/06/8 ; sent. CIRDI, *Burlington Ressources Inc c. République d'Equateur,* aff. n° ARB/08/5 ; sent. CIRDI, *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia UR Partzuergoa c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/07/26 ; UNCITRAL, *Hesham T.M. Al Warraq c. République d'Indonésie* (2014) ; PCA, *Balkan Energy (Ghana) c. République du Ghana* ; sent. CIRDI, *Occidental Petroleum Corp and Occidental Exploration and Production Co c. République d'Equateur,* aff. n° ARB/06/11 ; sent. CIRDI, *Antoine Goetz et al. And SA Affinage des Métaux c. République du Burundi*, aff. n° ARB/01/2 ; sent. CIRDI, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH c. Ukraine*, aff. n° ARB/08/8 ; *sent. CIRDI, Meerapfel Söhne AG c. République de Centre-Afrique*, aff. n°

496. Aujourd'hui, l'absence de RSE nuit tout de même à l'efficacité des counterclaims des Etats. De plus, une seconde problématique peut être opposée aux « counterclaims », celle qui réside dans la notion de consentement. N'étant pas partie au traité d'investissement, l'investisseur doit avoir consenti au jeu des « counterclaims ». Comme l'énonce la convention CIRDI, les « counterclaims » ne peuvent jouer que « dans les limites du consentement des parties »[1425]. Cette condition est également consacrée par les Règles de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, qui disposent que « les motifs de toute demande reconventionnelle (…) doivent être fondés sur la convention d'arbitrage »[1426]. De même et de manière implicite, l'exigence d'un consentement de l'investisseur aux demandes reconventionnelles de l'Etat est posée par les UNCITRAL Arbitration Rules[1427]. Si l'exigence du consentement n'est pas respectée, la sentence ou une partie de celle-ci pourra être annulée ou ne pas recevoir l'exequatur. En ce sens, la Convention CIRDI, qui permet pourtant une exécution automatique des sentences CIRDI « comme s'il s'agissait d'un jugement définitif rendu par l'un de leurs tribunaux »[1428], a admis la possibilité de l'annulation par un Comité séparé ad hoc sur la base de l'excès de pouvoir de la part du tribunal arbitral. Ce ne sera qu'une fois le consentement de l'investisseur obtenu, que la demande reconventionnelle de l'Etat pourra « être traitée par le tribunal arbitral essentiellement de la même manière que s'il s'agissait de la demande du demandeur initial »[1429].

ARB/07/10 ; sent. CIRDI, *Elsamex SA c. République du Honduras*, aff. n° ARB/09/4.

[1425] Article 46 de la Convention CIRDI : « (S)auf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ».

[1426] Article 10(3) Stockholm Arbitration Rules : « (S)i le défendeur ne se conforme pas à une demande de détails concernant sa demande reconventionnelle ou sa compensation, la Commission peut rejeter la demande reconventionnelle ou la compensation » ; cf également ICSID Additional Facility Rules, article 47(1) : « (S)auf convention contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente ou supplémentaire ou demande reconventionnelle, à condition que cette demande accessoire entre dans le cadre de la convention d'arbitrage des parties ».

[1427] UNCITRAL Arbitration Rules, article 19(3) : « (L)e défendeur peut présenter une demande reconventionnelle découlant du même contrat [que la réclamation] ou invoquer une créance découlant du même contrat aux fins d'une compensation ».

[1428] Article 54(1) de la Convention CIRDI.

[1429] Note by UNCITRAL Secretariat, « Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration », § 72.

497. En réalité, il faut souligner que cette difficulté liée au consentement doit être relativisée. En pratique, il n'est pas rare que l'investisseur consente aux « counterclaims » de l'Etat, en admettant que l'Etat d'accueil soit « pleinement en droit de déposer une demande reconventionnelle »[1430]. Par ailleurs, le consentement d'un investisseur aux demandes reconventionnelles d'un Etat peut n'être qu'implicite et ressortir du fait qu'il n'a émis aucune objection à leur présentation. En ce sens, comme l'énonce le Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage néerlandais, « (1) la demande reconventionnelle est recevable (…) si la convention d'arbitrage est expressément ou tacitement déclarée applicable par les parties »[1431]. C'est parfois dans l'intérêt de l'investisseur que de consentir aux « counterclaims » de l'Etat. Son refus pourrait rendre plus difficile l'obtention de l'exequatur de la sentence arbitrale. De plus, si l'Etat d'accueil sait qu'il sera à même d'émettre des « counterclaims », il pourra être davantage enclin à se rendre à l'arbitrage et à respecter le bon déroulement de l'instance[1432].

498. Aujourd'hui, des efforts restent à faire. Les Etats renoncent souvent à émettre des demandes reconventionnelles et préfèrent les réserver pour un autre forum. Beaucoup d'Etats ne croient plus en leur efficacité, en l'absence de RSE au sein des TBI[1433]. Jusqu'en 2015, seules 3 % des affaires portées devant le CIRDI sur le fondement d'un TBI ont fait l'objet d'une demande reconventionnelle de la part de l'Etat[1434]. Il conviendrait alors de renforcer le rôle de contre-pouvoirs des Etats, en insérant une clause de « counterclaims » détaillée au sein des traités d'investissement et adjointe à une clause de RSE. Un certain nombre de traités d'investissement borne les contours de l'arbitrage au seul contrôle du compor-

---

[1430] Sent. CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/01/13, Procedural Order, p. 303, § 108.

[1431] NAI Arbitration Rules, Art. 24 (1).

[1432] Cf H.E. KJOS *préc*.

[1433] J.A. RIVAS, « ICSID Treaty Counterclaims : Case Law and Treaty Evolution », *in Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System : Journey for the 21st Century*, Nijhoff International Investment Law Series, 2015, p. 779.

[1434] *Ibid*.

tement des Etats, la compétence du tribunal arbitral étant limitée aux demandes invoquées par l'investisseur et, peu de traités abordent avec concision les contours des demandes reconventionnelles des Etats[1435].

2) L'intégration de la RSE au sein des traités d'investissement

Critiquer les TBI sur leur approche substantielle revient à adopter une critique historique, car l'approche substantielle favorable aux investisseurs est une caractéristique fondamentale du droit international de l'investissement. Les critiques tiennent en réalité surtout au raisonnement des tribunaux arbitraux qui se fondent sur des traités d'investissement déséquilibrés. Ainsi, les tensions sont exacerbées par la promotion et la protection des intérêts économiques des investisseurs au détriment du droit de réglementer des Etats dans l'intérêt public. Pour répondre à ces tensions, il faudrait réécrire les TBI et y insérer une RSE contraignante[1436]. Ce faisant, une réforme du droit d'action pourrait être envisagée et, les possibilités de counterclaims des Etats seraient renforcées.

Intégré dans un contexte social par la RSE, l'investisseur acquière un rôle sociétal qui en devient critère de performance. John Elkington avait proposé la théorie du « triple bottom line » (triple résultat), visant à prendre cumulativement en considération l'économie, l'environnement et le social[1437]. Actuellement, la RSE n'est qu'un concept d'auto-régulation volontaire[1438]. La RSE ne s'opère que sous la forme d'une recommandation. Il ne s'agit que d'une invitation sans sanction. Si le droit souple peut influencer les

[1435] Cf sent. CIRDI, 7 décembre 2001, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, aff. n° ARB/06/1.

[1436] A. HYRSKE, M. LÖNNROTH, A. SAVILAAKSO et R. SIEVÄNEN, *The responsible Investor, An Introductory Guide to Responsible Investment*, Routledge, 2022.

[1437] Cf J. ELKINGTON, *Cannibals with Forks : The Triple Bottom Line of 21st Century*, Business New Society Publishers Limited, 1998.

[1438] Cf K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, *La RSE saisie par le droit*, Pedone, 2016 ; cf également A. GILL, « Corporate Governance as Social Responsibility : A Research Agenda », *Berkeley J. Int'l. Law 2008*, vol. 26, n° 2, p. 453-454.

sociétés[1439], la réalité tend à démontrer que ce n'est pas toujours le cas. Il convient de distinguer deux catégories de traités d'investissement. Les traités de première génération sont relativement courts et accordent, le plus souvent, une asymétrie de droits et devoirs au bénéfice des investisseurs privés étrangers. Les traités de seconde génération sont souvent plus longs et consacrent une meilleure balance de protection entre les Etats et les investisseurs privés étrangers[1440]. Si ces traités de seconde génération sont encore peu nombreux, c'est parce qu'ils impliquent une délicate renégociation des traités d'investissements existants. La RSE doit s'intégrer dans un moule contraignant[1441], comme les TBI, pour contraindre l'investisseur de respecter les préceptes prônés par cette dernière (a). Sans contrainte, la RSE manque d'effectivité. Il s'agirait même de dépasser la sphère des TBI et d'intégrer la RSE dans un cadre multilatéral, afin d'éviter que les investisseurs ne s'implantent que dans des Etats dans lesquels les TBI ne leur imposeraient aucune obligation particulière. Il conviendrait alors, pour les Etats, de s'entendre sur un projet d'accord multilatéral sur les investissements, qui contiendrait des références visant expressément au respect des Droits de l'Homme, des droits fondamentaux, des droits sociaux et environnementaux … Le traité CETA avait l'occasion de se saisir de cette opportunité (b).

a. La renégociation des TBI et les TBI de nouvelle génération

Ces dernières années, les Etats ont témoigné de leur intérêt à conduire une Human Rights Impact Assessment (HRIA) (Évaluation de l'impact sur les droits de l'homme) avant et après la conclusion de leurs accords d'investissement[1442]. Le rapporteur spécial aux Nations-Unies, Oliver De Schutter, a estimé que les Etats portent la responsabilité en application des principes généraux du droit international de conduire

---

[1439] Cf P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », *in* S. SCHILLER, *Le devoir de vigilance*, Centre de Recherche de Droit Dauphine, LexisNexis, 2019, spéc. p. 137.

[1440] Cf A. ROBERTS, « Clash of Paradigms : Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *AJIL* 2013, vol. 107, p. 45, 78-83.

[1441] « Just Good Business », Rapport Spécial de *The Economist*, 17 janvier 2008.

[1442] B. SIMMA, « Foreign Investment/Arbitration : A place for human rights ? », *ICLQ* 2011, vol. 60, p. 573.

une HRIA avant la conclusion des traités d'investissement[1443]. En application de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les Etats doivent s'assurer qu'ils n'ont pas passé d'accords internationaux venant léser les obligations des traités existants, incluant leurs accords contenant des engagements de protéger les droits humains. Cela permet de suivre la règle *du pacta sund servanda,* une règle de bonne foi du droit international et le principe selon lequel les traités antérieurs gouvernent les droits et obligations mutuels des Etats dans les traités futurs.

Il est devenu essentiel de réformer les traités d'investissement, afin d'imposer aux investisseurs les droits sociaux. Il convient de s'attaquer à la racine du problème et de réadapter les traités d'investissement aux réalités du XXI[e] siècle. Il n'est pas étonnant de constater que la convention de Washington de 1965 était restée silencieuse sur les problématiques environnementales, puisqu'à cette époque, de telles problématiques n'existaient pas. Ces questions sont contemporaines où n'ont été traitées que récemment. Si des tentatives et des succès tendent à se vérifier dans la consécration d'un concept de RSE au sein de TBI de nouvelle génération (a.1), la renégociation des traités en la matière demeure une réalité complexe (a.2).

a.1. De timides consécrations

499. Faut-il donner à l'arbitrage d'investissement une certaines fonction sociale ?[1444] La question n'est pas si simple car, en principe, la seule fonction de l'arbitrage est de trancher un litige. Aujourd'hui, il n'existe pas de Code international de droits des investissements. Le droit international des investissements, c'est le droit issu des TBI. Les traités d'investissement doivent devenir la matérialisation de traités aux obligations réciproques et interdépendantes.

[1443] O. DE SCHUTTER, *Guiding Principles on human rights impact assessments of trade and investment agreements*, 19 décembre 2011, A/HRC/19/59/Add.5.

http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/regular/Session/Session19/A-HRC-19-59-Add5_en.pdf

[1444] Cf L. DOSSIOS et J-B. RACINE, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateur ? », *RIDE* 2019.105.

500. Quelle serait alors la solution ? Faudrait-il rédiger de nouveaux TBI comportant des obligations pour les investisseurs, avec la lenteur et la complexité de ce que des négociations engendreraient, ou interpréter autrement les TBI existants et les faire dire ce qu'ils ne disent pas ? Les obligations des investisseurs ne pourraient-ils pas être considérées comme des devoirs inhérents, étant donné qu'ils sont déjà énoncées dans de nombreuses conventions internationales ? Ce dilemme a été énoncé par H.L.A Hart, qui parlait déjà en 1977 d'un « dilemme entre interprétation novatrice du droit existant et création d'un nouveau droit par la jurisprudence »[1445]. Ce dilemme, il faut le trancher et ce n'est pas le rôle des arbitres que de procéder à une autre interprétation des TBI. Ce serait franchir une ligne rouge et de nombreux arbitres s'y interdisent.

501. Aujourd'hui, les TBI sont de plus en plus nombreux à faire mention de la RSE. En ce sens, le TBI conclu entre le Canada et le Sénégal, en vigueur depuis le 27 novembre 2014, énonce que « (c)hacune des parties encouragera les entreprises (…) sur une base volontaire, à intégrer dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues de responsabilité sociale des entreprises (…). L'entreprise susmentionnée sera ainsi incitée à réaliser des investissements dont les impacts contribueront à la résolution des problèmes sociaux et à la préservation de l'environnement »[1446]. Cependant, le caractère contraignant de la RSE est encore trop timide voire, carrément inexistant.

502. Un modèle peut servir de pionnier. Il s'agit du Code d'investissement Pan-Afrique, discuté en 2016, qui prévoit des obligations substantielles à la charge des investisseurs étrangers et leur impose le respect de la RSE et des droits humains[1447]. Ce faisant, le premier article de ce Code énonce que l'objectif pre-

---

[1445] *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, éd., P. M. S. Hacker and Joseph Raz, 1977.

[1446] Cf W. BRILLAT-CAPELLO, « CSR clauses in investment treaties », *IBLJ* 2022, vol. 1, p. 1-18.

[1447] Cf N. MASUMY et S. HOURANI, « The implementation of sustainable development as a requierement by ICSID Tribunals : A proposal for sustainability standard », *Romanian Arbitration Journal* 2022, vol. 16, p. 44.

mier est de « promouvoir, faciliter et protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre, et en particulier celui dans lequel l'investissement est réalisé ». Ce Code est subdivisé en plusieurs chapitres, et si le chapitre 2 est consacré à la protection des investisseurs, les chapitres 3 et 4 tendent à la responsabilité sociale des investisseurs. Ce projet de Code est également novateur, en ce qu'il octroi aux Etats la possibilité de former des counterclaims en cas de violation, par les investisseurs, des principes de la RSE. Si la violation est avérée devant les tribunaux arbitraux, alors les arbitres devront déterminer « les effets atténuants et compensatoires sur le fond de la demande ou, le cas échéant, sur les dommages-intérêts »[1448].

503. L'insertion d'une RSE au sein d'un TBI pourrait également se faire de manière subtile. En ce sens, il pourrait être proposé d'imposer l'insertion d'une disposition de droit applicable au sein des TBI. Cela impliquerait de se référer au droit d'un Etat qui prévoirait une RSE contraignante. Les arbitres appliqueront alors un TBI contenant une disposition de droit applicable incluant une RSE, leur permettant alors d'imposer des devoirs aux investisseurs[1449].

[1448] Cf W. BRILLAT-CAPELLO, « CSR clauses in investment treaties », *IBLJ* 2022, vol. 1, p. 1-18.

[1449] La sentence Urbaser était originale car une demande reconventionnelle avait pu être fondée sur d'autres instruments que les TBI, dès lors que le TBI contient une clause de droit applicable qui renvoi à un droit interne ou aux principes généraux du droit international. Dans l'affaire Burlington c. Equateur en 2017, une demande reconventionnelle avait été validée. En l'espèce, l'Etat reprochait à un investisseur américain des dommages environnementaux et de ne pas avoir respecté ses obligations de maintenance et d'entretien des installation d'hydrocarbures dont il avait la charge. Le TBI en question de 1997 ne contenait pas de clause de droit applicable. Peu importe, le tribunal arbitral s'est fondé sur la Convention CIRDI, dont l'article 42 renvoi au droit international et au droit interne. Les arbitres se sont alors appuyés sur le droit environnemental de l'Equateur, qui permet d'engager la responsabilité de l'investisseur sur ces fondements, et a condamné l'investisseur à une amende de 42 millions de dollars. Pour la première fois, un investisseur a été condamné par un tribunal arbitral d'investissement. Il convient de souligner que, dans cette affaire, l'investisseur américain avait consenti à la demande reconventionnelle de l'Etat par un accord contractuel distinct du TBI (« Dossier Thématique - Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement », C. CREPET DAIGREMONT, *Revue de droit international d'Assas* 2020, n° 3, p. 8).

Source Lexis 360 Intelligence - Revues - Revue de droit international d'Assas n° 3 du 1er décembre 2020 - Dossier Thématique - Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement par Mme Claire Crépet Daigremont -

https://www.lexis360intelligence.fr/revues/Revue_de_droit_international_d%E2%80%99Assas/PNO_RIDINTASS/document/PS_KPRE-610091_11SY?q=%22burlington%22&doc_type=doctrine_revue#PS_KPRE-610091_11SY

504. En définitive, l'insertion, dans les traités d'investissement, des préceptes de la RSE pourrait mettre fin aux tergiversations. Les investisseurs privés étrangers seraient contraints de respecter la parole donnée par leurs Etats d'origine et se résoudre à une RSE que leurs Etats auraient consenti pour eux dans un traité d'investissement, puisque ces engagements seraient alors passés dans la sphère conventionnelle, dans la sphère d'un *jus contraignant*. Par accession, la RSE deviendrait obligatoire, dès lors qu'elle serait prévue dans des textes contraignants. C'est dans le Préambule des TBI, que la place relative à la RSE pourrait être envisagée. Le Préambule est une partie importante du TBI, en ce qu'il le contextualise et précise l'objet et la finalité de celui-ci. Mais il ne faudrait pas se limiter à prévoir la responsabilité des investisseurs seulement dans le Préambule. Il conviendrait d'aller encore plus loin, en détaillant avec concision et exhaustivité les obligations relatives aux droits humains dans le cœur même des TBI.

a.2. Les complexités

505. Si les TBI, dans leur très grande majorité, ne contiennent pas de référence à la RSE, c'est tout simplement car à l'origine, les Etats ont désiré assouplir leurs réglementation afin d'attirer les investisseurs étrangers, ce qui s'est accompagné de la conclusion d'accords internationaux marqués par une réduction des normes sociales. Des auteurs ont parlé de « course vers le bas »[1450]. Les TBI ne font que suivre les préceptes de Milton Freedman, selon lesquels la « raison d'être » des opérateurs économiques est de faire du profit et non de respecter les droits humains[1451].

[1450] Cf A. MICHOUD, « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue générale du droit* 2019, vol. 49, p. 399. Cf également G.L. SKINNER, « Beyond Kiobel : Providing access to judicial remedies for violations of international human rights norms by transnational business in a new (post-kiobel) world », *Colum.HRLR* 2014, vol. 46(1), p. 169.

[1451] M. FRIEDMAN, Capitalism and freedom, Chicago, *University of Chicago Press*, 1962, p. 133. Cf également N-H. HSIEH, « Should businesses have human rights obligations ? », *Journal of Human Rights* 2015, vol. 14 (2), p. 218.

506. Un constat risque de s'imposer, celui de la lenteur de parvenir à une solution négociée dans la rédaction de ces nouveaux TBI, par suite de ces obligations nouvelles pouvant être mises à la charge des investisseurs privés étrangers. Les chances de parvenir à un accord pourraient même être minces. Pour éviter de trop longues négociations détaillées, il pourrait être préférable pour les parties de simplement faire référence par renvoi à des Conventions déjà existantes plutôt que de lister avec exhaustivité et détails chacun des droits (sociaux, humains, environnementaux …) visant à être protégés[1452]. L'incorporation d'un Code de conduite (« soft law ») dans un traité peut « créer une base juridique » et l'application du Code « lie(rait) officiellement les parties (au traité) à la mise en œuvre du code par le biais d'une mise en œuvre et d'une application de bonne foi »[1453]. L'opportunité est alléchante, celle de pouvoir enfin imposer, directement et par la voie des TBI, des obligations aux investisseurs, là où le droit international a échoué à imposer directement aux entreprises des obligations juridiques. Dès lors, la référence à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, à la Déclaration de l'Organisation Internationale du Travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail ou encore à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, pourrait être privilégiée. L'avantage de ces références consiste dans le fait que les deux Etats signataires au TBI seront généralement déjà parties à ces Conventions et les auront adoptées et ratifiées, de sorte que leur intégration au sein des TBI sera plus persuasive. De surcroît, ces conventions ont pour double atouts d'être pour la plupart assimilées au droit international coutumier et d'être acceptées par la majorité des investisseurs, en tant que principes directeurs de conduite pour la réalisation et l'exécution de leurs activités dans le territoire d'Etats tiers. C'est d'ailleurs ce qu'avait conclu John Ruggie, l'ancien Représentant spécial des Nations-Unies pour les Droits de l'Homme et les entreprises, à la suite d'une étude menée auprès des représentants des entreprises multinationales. Selon les chiffres, ce sont près de 9000 entreprises et autres parties prenantes, provenant de plus de 130 Etats, qui se sont engagées à respecter les principes majeurs de ces textes, à la suite du « Pacte

---

[1452] Il pourrait être proposé de généraliser la disposition énoncée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui précise qu' « (e)st nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

[1453] A. WAWRYK, « Regulating Transnational Corporations Through Corporate Codes of Conduct », *in* J.G. FRYNAS et S. PEGG (eds.), *Transnational Corporation and Human Rights,* Palgrave Macmillan 2003, p. 53-56.

mondial des Nations-Unies ». Et au cours d'une Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies en 2010, la plupart des Etats les ont également acceptés. Par conséquent, les Etats signataires des TBI ne seront pas hésitants à faire imposer aux investisseurs des engagements relevant de ces instruments, largement acceptés par ces derniers.

507. Ainsi, la nature obligatoire de la RSE pourrait être issue de l'insertion, au sein des TBI existants, de conventions relatives aux droits humains. En ce sens, une clause a été insérée au sein du TBI conclu entre le Brésil et les Emirats Arabes Unis en 2019, clause qui renvoie aux Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE, pour que les investisseurs se soumettent à une approche raisonnable dans leurs investissements et leurs rapports avec les droits de l'homme ou encore les droits environnementaux[1454]. L'Article 18 (1) 2019 du modèle TBI de la Belgique et du Luxembourg exige aussi des investisseurs qu'ils « agissent conformément aux normes internationalement acceptées applicables aux investisseurs étrangers auxquelles les Parties contractantes sont parties ». Cet article renvoie notamment aux principes de l'OCDE et énonce que les Codes de conduites, habituellement non contraignants, le deviendront par insertion au traité.

508. Par le concept d'une RSE contraignante, les tribunaux arbitraux deviendraient une sorte d'organisme de surveillance du respect de la RSE des investisseurs et, en même temps, un organe créé pour adresser des sanctions (amendes, fermeture de l'établissement …)[1455]. Pour que le rôle des tribunaux arbitraux puisse être réévalué, encore aurait-il fallu systématiser une profonde renégociation des TBI existants.

[1454] Article 15, « Corporate Social Responsibility », 2019.

[1455] Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Commission européenne, janvier 2020 p. 13-14.

509. Les TBI sont invités à devenir des traités-contrats, c'est-à-dire des traités dans lesquels les parties énoncent leur intention d'obtenir des prestations réciproques[1456]. Si les investisseurs ne consentent à aucun devoir au sein de ces traités, il pourrait être proposé d'estimer que certains devoirs soient si généraux et légitimes, qu'ils n'ont pas à y être explicitement mentionnés. Même non-partie au traité, un investisseur privé étranger doit constamment être soumis à une obligation implicite de bonne foi, inhérente à toute relation commerciale et d'affaires[1457]. Cette obligation naturelle pourrait peser sur les investisseurs privés étrangers. Cette obligation naturelle n'incomberait, à priori, qu'aux investisseurs personnes physiques, puisque l'obligation naturelle est un devoir de conscience qui suppose une morale, ce dont une personne morale est dénuée. En réalité déjà, certaines personnes morales ont affirmé vouloir dépasser leur logique de réalisation de profits ou d'économies, pour intégrer d'autres principes et des valeurs plus humaines. Des personnes morales peuvent alors revendiquer la liberté « non pas de s'inventer une morale, mais de se sentir, dans un cas particulier, moralement tenue d'un devoir »[1458].

510. Les traités d'investissement, en tant qu'instruments internationaux normatifs, sont appelés à prendre en considération l'optique du développement durable et ne pas être déconnectés de celle-ci. En pratique, des investisseurs se sont même plaints du fait que des Etats avaient adopté des mesures environnementales et sociales peu contraignantes dans l'optique de les attirer, avant de modifier et de renforcer leurs législations une fois avoir suffisamment tiré profit de leur implantation. Face à cette situation, les TBI de nouvelle génération ont prévu une « non-lowering standard », clause dont la finalité est de supprimer la tentation des Etats d'accueils d'abaisser leur standards environnementaux et sociaux dans le seul but d'inciter les investisseurs étrangers à s'installer sur leur territoire[1459]. En ce sens, l'article 114 (2) de

---

[1456] A. PIOT, « La clause de la nation la plus favorisée », *Trav. comité fr. DIP*, 16-18e année, 1955-1957, p. 33 (p. 17-40).

[1457] Cf sent. CIRDI, 23 juin 2008, *Libananco Holdings Co. c. Turquie*, aff. n° ARB/06/8, § 79 : « (l)es parties ont l'obligation d'arbitrer de manière juste et de bonne foi et un tribunal arbitral a la compétence inhérente pour veiller à ce que cette obligation soit respectée ; ce principe s'applique à tous les arbitrages, y compris les arbitrages d'investissement, et à toutes les parties, y compris les Etats (…) ».

[1458] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27e éd., 2002, n° 16, p. 46.

[1459] Treaty Between the Government of the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, US-Uru., art. XII & XIII. 4 novembre 2005, S. Treaty DOC. NO. 109-9, 44 I.L.M. 268, 278.

l'ALENA énonce qu'il est « inapproprié pour encourager les investissements (d'assouplir) les mesures nationales en matière de santé, de sécurité ou de protection de l'environnement ».

511. Plusieurs traités d'investissement ont pris le problème au sérieux. C'est le cas du modèle TBI Américain[1460], du modèle Canadien FIPA[1461] ou encore du Modèle TBI Norvégien[1462]. Et le mandat de négociation du CETA prohibait aux parties d'inciter l'investissement international en « abaissant les normes et les exigences locales en matière d'environnement, d'emploi ou de santé et de sécurité sur le lieu de travail ou en assouplissant les normes fondamentales du travail ».

512. Pour autant, les souverainetés ne sont pas « égales » dans la négociation des traités d'investissement. Elles ne le sont ni dans leurs besoins d'investissements, ni dans leur force de négociation. Les traités d'investissement sont négociés et conclus entre des Etats qui ont la lourde charge d'y faire insérer leurs propres standards nationaux et de défendre leurs propres intérêts et ceux de leurs nationaux. La négociation peut s'avérer très rude, lorsque le traité d'investissement met en présence des Etats développés. Dans une telle hypothèse, les Etats sont susceptibles d'être, à la fois, importateurs et exportateurs d'investissement. La situation n'est pas la même, lorsqu'un traité d'investissement met en présence un Etat développé et un Etat en développement ou peu développé. L'Etat développé sera plutôt serein, en estimant qu'il sera, au sein du traité, en position d'exportateur d'investissement, là où l'Etat en développement ou

---

[1460] L'article 12 paragraphe 1 du modèle TBI américain dispose que « (c)haque Partie s'efforce de faire en sorte qu'elle ne renonce pas à ces lois, ni ne déroge à ces lois de manière à affaiblir ou à réduire la protection offerte par ces lois en tant qu'encouragement à l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou la rétention d'un investissement sur son territoire ».

[1461] Les nouveaux accords canadiens font état de « clauses de non-abaissement » des normes sociales et environnementales selon lesquelles « les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. La Partie qui estime qu'une autre Partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux Parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné ».

[1462] L'article 11 paragraphe 1er du modèle TBI norvégien énonce, à propos des « normes de non-abaissement », qu'il est « inapproprié pour encourager les investissements (d'assouplir) les normes nationales de santé, de sécurité ou environnementales et de travail ».

peu développé assumera la position d'Etat importateur d'investissement, ayant un besoin conséquent d'attirer des investisseurs étrangers. Ici, l'Etat développé tentera d'imposer, à l'Etat en développement ou peu développé, le plus de dispositions favorables aux investisseurs et prononçant de multiples obligations, devoirs et restrictions de souveraineté à l'Etat d'accueil. La balance des intérêts, lors de la signature d'un traité d'investissement, diffère selon les Etats en présence.

En réalité, modifier un traité d'investissement, pour y insérer des obligations novatrices aux investisseurs s'inscrirait dans un processus complexe, car une telle modification nécessiterait le consentement des Etats parties au traité. Or, il peut arriver que l'un des Etats partie au traité ne ressente pas la même soif à la révision du traité.

513. La réticence de certains Etats à une refonte des traités d'investissement existants pourrait témoigner de l'influence manifeste des investisseurs auprès de leurs Etats d'origine, afin de conduire ces derniers à négocier des traités sans cesse plus protecteurs de leurs intérêts. Cette influence peut se caractériser par la promesse de donations politiques ou par la menace de délocalisation dans un autre Etat, de sorte que l'Etat d'origine perdrait les bénéfices de leur implantation (licenciement, diminution de recettes fiscales …). Les investisseurs ne devraient plus être les seuls à pouvoir influer leurs Etats dans la façon de négocier les TBI. Les ONG doivent également pouvoir exercer une pareille influence. Pour que les Etats soient incités à consacrer des domaines de responsabilité imputables aux investisseurs des Etats-parties au sein des TBI, il conviendrait d'ouvrir à la consultation publique la signature de ces traités. Plus ils le feront, plus les propositions visant à la protection des intérêts publics se feront nombreuses.

514. Face à ces complexités, il convient de se demander s'il ne faudrait pas imposer la RSE autrement que par la renégociation des traités d'investissement. Sur ce point, Arnaud de Nanteuil adopte une approche novatrice, car il propose de fonder la responsabilité des investisseurs non pas sur un traité, en matière droits humains, mais sur un contrat[1463]. L'investisseur s'engagerait contractuellement auprès de

[1463] A. DE NANTEUIL, « La responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives

l'Etat d'accueil à respecter les droits humains. A propos des questions de responsabilité, ce serait alors au contrat « de fixer les conditions et les conséquences de la responsabilité contractuelle de l'investisseur ». Sans une RSE contraignante insérée dans les traités d'investissement, la relation contractuelle entre un investisseur et un Etat serait l'un des moyens d'assurer la conclusion d'obligations synallagmatiques et réciproques entre les Parties. D'ailleurs, les investisseurs n'ont pas attendu l'avènement des TBI pour s'implanter dans des Etats étrangers. Les contrats d'investissements demeurent un « mode d'entrée commun pour les investisseurs étrangers, notamment dans les pays en développement »[1464]. Un nouvel essor d'une telle relation permettrait aux Etats de mesurer davantage la portée de leur consentement en souscrivant à des obligations contractuelles et permettrait une meilleure répartition des devoirs entre les parties. En ce sens, le Pérou est un Etat connu pour avoir conclu plus de 400 contrats avec des investisseurs privés étrangers, dans lesquels il a garanti une stabilité législative en contrepartie de leur respect de certaines obligations relatives, notamment, au taux d'emploi engendré par l'investissement dans le pays[1465].

Si certains traités de la nouvelle génération sont plus soucieux des intérêts des Etats et consacrent des devoirs à la charge des investisseurs, le traité CETA semble avoir manqué le coche. Bien qu'il aborde des problématiques relatives au développement durable et intègre des dispositions sociales et environnementales, aucune des règles posées à la charge des investisseurs n'a de force contraignante véritable.

---

et limites », *in* C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Larcier, 2019, p 46.

[1464] UNCTAD, State Contracts, at 3. U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIT/2004/11 (2004). U.N. Sales No. E.05.II.D.5.

[1465] U.N. Conf. Int'l Trade & Dev. (UNCTAD), « Note by the UNCTAD Secretariat on Issues related to International Agreements : Investor-State Disputes and Policy Implications", § 16 n.9 U.N. DOC. TD/B/COM. 2/62 (14 janvier 2005) et voir Legislative Decree No. 662 (Foreign Investment Promotion Law) (Peru), Title II, 29 août 1991.

b. Traité CETA et RSE, une relation d'évitement

515. Du fait des TBI de nouvelle génération encore trop peu nombreux, il est nécessaire de promouvoir les investissements responsables dans un cadre plus large que celui des traités simplement bilatéraux, c'est-à-dire dans un cadre interétatique réunissant plusieurs Etats. Les TBI n'ont pour principal cause que de protéger les intérêts des investisseurs privés étrangers. Dès lors, il peut paraître ardu d'y insérer des clauses n'ayant aucun rapport avec l'économie de l'investissement ou avec la protection de l'investissement privé étranger. Autrement, cela pourrait revenir à dénaturer le traité bilatéral en lui-même. Aujourd'hui, une tendance s'observe par l'essor des accords de libre-échange (ALE), au détriment des TBI. L'avantage réside dans le fait que les ALE comprennent différents domaines, allant de l'investissement au commerce des marchandises, aux marchés publics, aux services financiers, à l'agriculture, aux droits de propriété intellectuelle … Ces instruments contiennent également des chapitres entiers et plus contraignants relatifs à l'environnement et aux normes sociales, posant des devoirs sur les investisseurs, tout en contenant des clauses d'arbitrage[1466]. Il pourrait aussi être proposé de créer un accord distinct, un traité à part, sur les obligations environnementales devant être respectées par les investisseurs privés étrangers dans l'Etat dans lequel ils sont implantés. Si en 2014, des pays en développement ont demandé au Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU de travailler sur un traité à valeur contraignante pour les multinationales sur le domaine des Droits de l'Homme, la plupart des pays européens et les Etats-Unis s'y étaient opposés[1467]. Le CETA a tenté, dans une moindre mesure, de proclamer un principe de précaution.

516. Le concept de la RSE a été abordé par l'Union européenne, aujourd'hui chargée de la négociation des accords d'investissement. Le Livre Vert de la Commission, « Promouvoir un cadre européen pour la

[1466] C'est notamment le cas de l'ALE liant l'Australie à la Corée.

[1467] Open-ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business entreprises with respect to human rights, Elements for a Draft Legally Binding Instrument on transnational corporations and other business entreprises with respect to human rights, Chairmanship of the OEIGWG established by HRC Res. A/HRC/RES/26/9, 29 septembre 2017 et cf D. CASSEL, « The Third Session of the UN Intergovernmental Working Group », *BHRJ* 2018, vol. 3, p. 277-281.

responsabilité sociale des entreprises », de juillet 2001, a consacré la notion de RSE. Plusieurs instruments, dont dispose l'Union européenne, sont également fournis dans le Règlement « Co Management and Audit Scheme » (EMAS) du 19 mars 2001, comme celui de réserver la possibilité aux entreprises, sur la base du volontariat, de participer à un mécanisme de management environnemental et d'audit, afin d'estimer et d'améliorer leurs résultats environnementaux[1468].

517. Pourtant partie prenante au traité CETA, l'Union européenne n'a mis à la charge des investisseurs privés étrangers aucun devoir. C'est pourquoi la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) est venue signifier au gouvernement français, par le biais de quarante recommandations, que le traité CETA constituait une violation de l'Etat de droit, une violation des droits de l'homme, une violation de l'accord climatique de Paris COP 21 et une violation du principe de précaution. S'il est vrai que le traité CETA introduit un Comité sur le commerce et le développement durable, ce dernier n'a été doté que d'un pouvoir de surveillance. Autrement dit, il ne détiendra aucun pouvoir de sanction, ni aucune fonction juridictionnelle.

518. L'opportunité était réelle pour le traité CETA d'être l'étendard d'un modèle européen, voire international, de traité d'investissement, venant consacrer des droits et des devoirs à la charge des Etats d'accueils et des investisseurs. Malheureusement, en 2010, la Commission européenne a pris position contre l'adoption d'un tel modèle. Elle a justifié ce refus en énonçant qu'adopter un « modèle à taille unique » serait « ni faisable ni souhaitable », face aux particularismes de tous les partenaires de l'Union européenne[1469]. Certes, si l'Allemagne a édicté son modèle de TBI un an après la conclusion du TBI avec le Pakistan[1470], l'édification d'un modèle de traité d'investissement est une longue procédure. Il aura fallu

---

[1468] Règlement (CE) n° 761/2001 du Parlement Européen et du Conseil permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), JOCE I., 114 du 24 avril 2001.

[1469] European Commission, « Towards a Comprehensive European International Investment Policy », Communication. COM (2010) 343 final, 7 juillet 2010, 6.

[1470] R. DOLZER et Y.I. KIM, « Germany », *in* C. BROWN (éd.,), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press, 2013, p. 289-295.

plus d'une décennie après la conclusion de leur premier TBI, pour que les Pays-Bas consacrent leur modèle de TBI[1471]. Plus de vingt ans auront été nécessaires pour l'Autriche[1472] et la France n'est pas en reste, en attendant jusqu'à 2006 pour ériger son propre modèle TBI[1473]. Autant dire que la consécration d'un modèle européen de TBI restait encore prématuré. De plus, il est fort peu probable que des Etats tiers mettent de côté leur propre modèle de TBI, lorsqu'ils entreraient en négociation directe avec l'Union européenne.

La refonte substantielle du droit des investissements internationaux manque toujours d'effectivité, alors que l'occasion était enfin réunie pour soumettre la RSE dans un cadre juridique contraignant, celui d'un accord de libre-échange multilatéral. Les traités d'investissement constituent finalement la racine des oppositions et non l'arbitrage d'investissement lui-même. Les traités d'investissement auraient dû se réadapter aux réalités du nouveau millénaire.

Conclusion sous-section I : Encore aujourd'hui, des TBI ne contiennent aucune référence ou presque au respect des droits environnementaux ou humains. Pour illustration, le TBI conclu entre l'Argentine et Qatar en 2016 énonce que « les investisseurs opérant sur le territoire de la partie contractante d'accueil doivent s'efforcer d'intégrer volontairement les normes internationalement reconnues de responsabilité sociale des entreprises dans leurs politiques et pratiques commerciales »[1474]. Il ne s'agit là que de simples encouragements. Ces Etats restent attachés au « Gold standard » de protection des investisseurs privés étrangers, à la protection prioritaire des droits et des intérêts de ces derniers. Selon les chiffres, seuls 0,5 % des traités d'investissements en 2014 intégraient une référence aux droits humains[1475]. Face à ce constat, les pouvoirs des arbitres s'en trouvent limités, puisque ceux-ci s'attèlent avant tout à l'interprétation

[1471] N. SCHRIJVER et V. PRISLAN, « *The Netherlands* », *in* C. Brown (ed.) *préc.*, p. 535. 542-544.

[1472] A. REINISCH, « Austria », *in* C. Brown (éd.,) *préc.*, p. 16-17.

[1473] Y. BANIFATEMI et A. VON WALTER, « France », *in* C. Brown (éd.,) *préc.*, p. 245.

[1474] Article 12.

[1475] Cf K. GORDON et al., *Investment Treaty Law, sustainable development and responsible business conduct*, OECD, Paris,

et au respect des traités d'investissement. En ce sens, dans la sentence Biloune and Drive Complex c. Ghana, il était question d'un arbitrage ad hoc soumis aux règles de la CNUDCI[1476]. En l'espèce, un investisseur syrien avait investi au Ghana dans un projet de complexe hôtelier à Accra. L'investisseur avait réclamé réparation au Ghana pour expropriation, déni de justice et violation des droits humains, ayant été arrêté par les forces de police ghanéenne, détenu et expulsé du pays. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a reconnu sa compétence pour traiter des questions relatives à l'expropriation et au déni de justice, mais a jugé qu'il n'avait pas juridiction de statuer sur la violation présumée des droits humains. Ainsi, les TBI de l'ancienne génération se sont révélés inefficaces à assurer la défense de prétentions environnementales et de politiques de santé publique. Ils n'ont pas permis d'éviter des investisseurs privés étrangers à causer des risques de pollution par l'utilisation d'hydrocarbures[1477], des risques environnementaux liés à l'exploitation intensive de mines d'or[1478], de remettre en cause des droits de l'Homme[1479] ou encore de manquer à la préservation des sites culturels des Indiens d'Amériques[1480].

Au cours de cette dernière décennie, des Etats ont adopté une nouvelle politique destinée à inclure, dans les accords d'investissement, des dispositions tendant à la protection de l'environnement et des droits humains ou encore à la préservation de politiques de santé publique[1481]. Prévoir des droits humains au

---

2014.

[1476] *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre and the State of Ghana*, 27 octobre 1989, ad hoc (UNCITRAL, arbitration rules).

[1477] Sent. *Methanex préc*.

[1478] Sent. *Glamis Gold préc*.

[1479] *Sent. Suez sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Inter Agua Servicios Integrales del Agua SA c. République d'Argentine préc*.

[1480] Sent. *Glamis Gold préc*.

[1481] C'est ainsi que le 3 décembre 2016 a été conclu un TBI entre le Maroc et le Nigéria, venant imposer une obligation aux investisseurs de respecter les droits humains, avec l'article 18§ 2 qui dispose que les « investisseurs et les investissements doivent respecter les droits de l'homme dans l'État d'accueil »», l'article s'intitulant « Obligations des investisseurs post-établissement ». Cf N. PERRONE, « Bridging the gap between foreign investors rights and obligations : Towards reimagining the international law on foreign investment », *Business and Human Rights Journal* 2022, p. 1-22. Cf T. GAZZINI, « The 2016 Morocco-Nigeria BIT : An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties », *Investment Treaty News*, septembre 2017, p. 3. Cf également N. ZUGLIANI, « Human Rights in International Investment Law : The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty », *ICLQ* 2019, vol. 68, p. 761-770. Cf enfin M. Krajewski, « A nightmare or a Noble

sein des traités d'investissement à la charge des investisseurs apporterait un équilibre en permettant aux Etats de faire valoir leur violation dans le cadre de leur défense au cours de l'instance arbitrale. Il s'agit de l'option de « l'atténuation des dommages ». Le tribunal arbitral saisi prendra en considération ces allégations de défense dans le prononcé de sa sentence et, celles-ci pourront influencer sa décision et l'évaluation des dommages. En cas de relation contractuelle entre un Etat et un investisseur étranger, l'Etat pourra arguer de la nullité de son consentement à l'arbitrage face aux attitudes irresponsables des investisseurs[1482]. Si la relation est issue d'un traité d'investissement, l'Etat d'accueil pourra arguer que son consentement à l'arbitrage était limité aux investissements réalisés légalement et en conformité avec son droit national et les droits humains. Les TBI de nouvelle génération tentent de faire des valeurs de l'investissement responsable de réels mécanismes d'exception à la protection des investissements étrangers, à l'image des termes de l'article XX du GATT[1483].

---

dream ? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application », *Business and Human Rights Journal* 2020, vol. 5, p. 105-129 et B. CHOUDHURY, « Investor obligations for human rights », *ICSID Review*, 2020, vol. 35, p. 82-104.

[1482] La clause d'arbitrage est indépendante du contrat principal, de sorte que l'Etat d'accueil devrait démontrer que les méfaits de l'investisseur portent atteinte à la clause d'arbitrage elle-même et pas seulement à la validité du contrat.

[1483] Disposant que « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :a)nécessaires à la protection de la moralité publique ;b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent ;d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur ;e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons ;f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ;g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ;h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux parties contractantes et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux parties contractantes et n'est pas désapprouvé par elles ;i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces stabilisations n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination ;j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale ; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les parties contractantes examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est

Le droit international des investissements, c'est celui des TBI. Il suffit alors de réformer la structure des TBI, pour faire en sorte que le droit international des investissements devienne un droit venant au soutien des droits sociaux. Il s'agit là de la préoccupation majeure. Les critiques adressées à l'arbitrage d'investissement ont été détournées. Elles n'ont jamais concerné la justice arbitrale ni son institution en tant que telle, mais le contenu du droit international en matière d'investissement, bien trop protecteur des intérêts des investisseurs. L'ambition doit être dirigée vers l'essor d'une RSE contraignante au sein des accords d'investissements. Des relations doivent se forger entre d'un côté les TBI et, de l'autre, des textes comme la Déclaration du droit au développement qui, en son article 1(2), consacre le droit des peuples d'exercer une « pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et ressources naturelles» et, en son article 8(2), énonce que les Etats doivent s'assurer de « l'égalité des chances pour tous dans leur accès aux ressources de base, à l'éducation, aux services de santé, à l'alimentation, au logement, à l'emploi et à la répartition équitable des revenus »[1484]. Une RSE insérée au sein des TBI contribuerait à une meilleure responsabilisation des investissements étrangers. Cependant, la marche semble encore trop haute et il faut se contenter du recours aux amici curiae, chargés d'informer les tribunaux arbitraux des problématiques sociales entourant une affaire.

Sous-Section II : Les efforts déjà consentis par le recours aux amici curiae

La publication des sentences suppose, en principe, le consentement des parties, mais ce consentement est présumé avoir été donné en l'absence de véto à la publication dans les deux mois. En réalité, même en l'absence de consentement, la publication de certains aspects de la sentence est possible, après une simple consultation des parties. Cette démocratisation dans la publicité des sentences s'est accompagnée de la présence des amici curiae à l'instance. Le CIRDI contient des dispositions spécifiques pour l'accueil des

---

nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa ».

[1484] O. KRISTIAN FAUCHALD, « International investment law in support of the right to development ? », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 181-201.

amici curiae. Ce n'était pas le cas de la CNUDCI avant 2014, comme en témoignait l'affaire Methanex NAFTA, dans laquelle les arbitres ont estimé que « la réception de soumissions écrites d'un tiers non-partie n'enfreint pas nécessairement la philosophie de l'arbitrage international impliquant des États et des non-États parties »[1485]. Puis en 2014, ont été adoptées les UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration, affichant une volonté « d'inclure l'intérêt public dans les litiges relatifs aux investissements (…) La divulgation dès le début de la procédure de certaines informations permet au public d'avoir connaissance de ces procédures. Le public peut demander des informations détaillées. Les règles établissent le droit des tiers et des États non contestants de soumettre leurs points de vue. Les audiences sont généralement publiques. Cependant, ces droits sont limités par des exceptions. Dans la mesure où les Règles fonctionnent correctement, le référentiel agit comme un dépositaire de l'information »[1486].

Si les arbitres affichent souvent des réticences à l'admission des counterclaims des Etats, c'est parce que les TBI sur lesquels ils se fondent n'ont pour finalité que de permettre à un investisseur de se saisir d'un arbitrage, le chemin inverse étant exclu pour l'Etat. Les arbitres sont alors peu nombreux à valider les counterclaims des Etats fondées sur la RSE, car la RSE ne figure généralement pas dans ces TBI. Pour équilibrer leur position, les tribunaux arbitraux tentent de réconcilier l'opinion à l'arbitrage en admettant l'intervention des amici curiae, qui peuvent tenter d'influer le raisonnement des arbitres sur les impacts sociaux des investissements étrangers.

L'intervention des amici curiae s'est d'abord développée devant les juridictions nationales, avant d'être consacrée devant les juridictions arbitrales. Leur rôle a sans cesse pris de l'ampleur et les amici curiae manifestent tous leurs atouts dans le cadre d'une procédure contradictoire, en dépit du fait qu'ils ne sont

---

[1485] Methanex c. USA, Ad hoc, 15 janvier 2001, § 30. Cf également J. LAM et G. UNUVAR, « Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements », *LJIL* 2019, vol. 32 (4), p. 781-800.

[1486] M. GEHRING et D. EULER, « Public interest in investment arbitration », *in* D. EULER et al. (eds.), *Transparency in international investment arbitration : A Guide to the UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration*, Cambridge University Press, 2018.

ni témoins, ni experts (§1). Les amici curiae jouissent d'une présence dans l'arbitrage d'investissement qui, si elle avait été renforcée, aurait pu contribuer à socialiser davantage l'instance en permettant à l'opinion de s'assurer que les prétentions relatives aux intérêts publics ont été entendues (§2).

§1 : Présentation des « amis de la Cour »

L'histoire des amici curiae dans leur participation aux instances judiciaires est ancienne. Leur fonction est d'apporter à la connaissance des juges des informations supplémentaires (1) et leur présence dans l'arbitrage d'investissement est reconnue (2).

1) Origines et définition

519. L'amicus curiae n'est pas témoin et il n'est pas expert[1487]. L'appellation « amicus curiae » est latine et son équivalent français se traduirait par « ami de la Cour » (au pluriel « amici curiae »). L'amicus curiae a été défini dans la sentence Aguas Argentina, le tribunal arbitral énonçant que « (c)omme le disent les mots latins, un amicus curiae est un 'ami de la cour' et n'est pas partie à la procédure. Son rôle dans les autres instances et systèmes a toujours été celui d'une non-partie, et le Tribunal estime qu'un amicus curiae dans la procédure du CIRDI serait également celui d'une non-partie. Le rôle traditionnel d'un amicus curiae dans une procédure contradictoire consiste à aider le décideur à prendre sa décision en lui fournissant des arguments, des perspectives et une expertise que les parties au litige peuvent ne pas fournir. En bref, une demande en qualité d'amicus curiae est une offre d'assistance - une offre que le décideur est libre d'accepter ou de refuser. Un amicus curiae est (…) un ami de la cour, pas une partie »[1488]. La différence majeure entre une personne ayant qualité de partie et une autre ne l'ayant pas, réside dans

[1487] CA Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Gaz. Pal*. 1988, p. 700, note Y. LAURIN.

[1488] Sent. CIRDI, 19 mai 2005, *Aguas Argentina S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona. S.A and Vivendi Universal. S.A c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/03/19, § 13.

l'attribution et dans la portée des droits de ces acteurs. Les amici curiae sont chargés d'aider le tribunal arbitral dans sa tâche la plus inhérente, celle de donner la bonne et juste solution au litige qui se pose devant lui. Le mécanisme des amici curiae constitue un droit procédural, non pas pour les parties, mais pour les tiers à un litige. En définitive, les amici curiae n'ont pour rôle traditionnel que d'offrir assistance aux parties.

520. L'origine des amici curiae remonte au droit romain et a permis à des tiers de fournir à la Cour « des informations juridiques qui allaient au-delà (…) de son expertise »[1489]. L'intervention des amici curiae s'est d'abord construite devant les juridictions étatiques. Aux Etats-Unis par exemple, la première affaire faisant expressément référence au concours des amici curiae remonte à 1823[1490], dans laquelle la Cour Suprême américaine avait requis l'intervention d'Henry Clay pour fournir des informations sur la connivence présumée entre les parties[1491]. Cette affaire a été le point de départ d'une certaine banalisation du recours aux amici curiae, dont la présence ne fait guère plus de controverses majeures et s'inscrit dans le processus normal de la justice[1492]. Selon des chiffres publiés dans les années 2000, le recours aux amici curiae dans les procès américains est devenu si usuel, qu'ils sont intervenus dans 85 % des affaires instruites devant la Cour Suprême américaine[1493].

[1489] R. SIMPSON et M. VASALY, *The Amicus Brief : How to Write It and Use It Effectively*, American Bar Association, 4e éd., 2015, p. 1 ; E. ANGELL, « The Amicus Curiae : American Development of English Institutions », *INT'L. & Comp. L.Q.* 1967, vol. 16, p. 1017.

[1490] Green v. Biddle, 21 U.S. 1, 17 (1823).

[1491] K. O'CONNOR et L. EPSTEIN, « Court Rules and Workload : A Case Study Of Rules Governing Amicus Curiae Participation», *Just. Sys.J.* 1983, vol. 8, p. 35-36.

[1492] P. COLLINS JR., « Friends of the Court : Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S Supreme Court Litigation », *L.&.Soc'Y.Rev* 2004, vol. 38, p. 807-828 (« Il est possible que l'augmentation récente et spectaculaire du nombre de remplissages d'amicus à la Cour suprême ait entraîné une 'routinisation' de la manière dont la Cour considère les mémoires d'amicus »).

[1493] K. J. LYNCH, « Best Friends ? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs », *J.L&.Pol* 2004, vol. 20, p. 33-34 et J. KEARNEY et TH. MERRILL, « The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court », *U.PA.L.Rev* 2000, vol. 148, p. 743-744.

Historiquement, les juridictions de common law ont toujours été plus enclines à accepter les interventions d'amici curiae que ne l'ont été les juridictions de civil law. C'est seulement en 1988 que la Cour d'appel de Paris a eu, pour la première fois, recours au concept d'amicus curiae, en invitant en cette qualité le bâtonnier du barreau de Paris afin que soient fournies à la Cour, « en présence de toutes les parties intéressées, toutes observations propres à éclairer les juges dans leur recherche d'une solution au litige »[1494].

521. Cet essor de l'immixtion des amici curiae dans les instances judicaires internes a fini par s'étendre à la sphère des litiges internationaux. La CEDH ou encore la Cour pénale internationale reconnaissent le recours aux amici curiae et, depuis plus d'une dizaine d'années, les tribunaux arbitraux acceptent de recevoir les observations de certaines associations au cours de la procédure.

522. Les observations des amici curiae sont parfois susceptibles d'influencer la réflexion des juges. Les organisations non-gouvernementales (ONG) sont les amici curiae les plus traditionnelles. Les Etats peuvent également faire connaître leurs opinions sur les litiges dans lesquels ils ne sont pas parties. La France est déjà intervenue en qualité d'amicus curiae, notamment dans l'affaire Robert Morrison c. National Australia Bank[1495]. En l'espèce, les juridictions américaines ont eu à se prononcer sur l'application du Securities Exchange Act, une loi fédérale, à des prétentions de personnes de nationalités tierces, à propos de l'acquisition d'actions d'une société non-américaine sur des bourses étrangères. Le 26 février 2010, la France (jointe à d'autres Etats) a désiré intervenir en tant qu'amicus curiae devant la juridiction américaine, en estimant que les juges américains devaient borner l'application de la loi américaine en matière de fraude boursière[1496]. Cette intervention de la France a eu résonnance, puisque la Cour Suprême américaine a refusé d'appliquer extra-territorialement le Securities Exchange Act. L'interposition des Etats dans les instances en cours, en tant qu'amici curiae, pourrait également concerner les instances arbitrales,

---

[1494] CA Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Gaz. Pal*. 1988 *préc*.

[1495] Morrison v. National Australia Bank, 561 U.S. 247 (2010).

[1496] CH. COSLIN et D. LAPILLONNE, « Quel futur pour l'amicus curiae en France », *Gaz. Pal*, n° 008, 8 janvier 2013.

pour influer sur une sentence dans un domaine déterminé, pour faire écho à un raisonnement, pour exporter devant les arbitres des principes européens ou nationaux dans l'espoir que les arbitres les incorporent par la suite dans des affaires similaires[1497].

2) La reconnaissance des amici curiae dans l'arbitrage

523. A l'origine, les tribunaux arbitraux se montraient réticents à admettre l'intervention d'amici curiae. La première affaire ayant à traiter des amici curiae sous une procédure CIRDI est l'affaire Aguas del Tunari[1498]. Dans cette sentence, le tribunal arbitral a considéré que l'arbitrage d'investissement n'impliquait pas le recours à des personnes au-delà des parties prenantes et qu'il restait lié au contenu des traités d'investissement[1499]. Il a fallu attendre l'année 2006 et l'affaire Suez pour voir se manifester une évolution[1500]. Les arbitres ont considéré détenir un « pouvoir résiduel de décider » d'admettre ou non l'intervention d'amici curiae, reprenant la formulation de l'article 44 de la Convention CIRDI[1501]. Le tribunal arbitral a, pour la première fois dans un litige relevant de la Convention CIRDI aux termes d'un TBI,

---

[1497] Le risque serait de politiser l'instance, lorsqu'un Etat irait en soutien d'un investisseur contre les prétentions d'un Etat d'accueil.

[1498] En l'espèce, le tribunal arbitral a estimé que «(…) (l)e Tribunal (…) n'a pas, sans l'accord des Parties, le pouvoir de s'associer à un intervenant non-partie à la procédure ; de donner accès aux audiences des non-parties et, a fortiori, au public en général ; ou de rendre publics les documents de la procédure » (sent. CIRDI, 23 janvier 2003, *Aguas del Tunari, S.A c. Bolivie*, aff. n° ARB/02/3).

[1499] Ce faisant, « (l)e Tribunal apprécie le fait que vous, ainsi que les organisations et les personnes avec qui vous travaillez, êtes concernés par le règlement du différend. Les obligations du Tribunal découlent toutefois des traités qui régissent ce différend particulier. Il a été signalé que le nouveau traité d'investissement bilatéral entre Singapour et les États-Unis contient des dispositions prévoyant la participation à l'amicus d'organisations non gouvernementales. Dans tous les cas relevant de cet instrument, le devoir du Tribunal sera de suivre ses directives. Il n'est pas moins de notre devoir de suivre la structure et les exigences des instruments qui contrôlent cette affaire » (Letter from David D. Caron, President of the Tribunal, ICSID, to J. Martin Wagner, Dir., Int'l Program, Earthjustice (29 janvier 2003),

http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0019_0.pdf (*Aguas del Tunari S.A c. Bolivie préc.*).

[1500] Sent. CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/03/17.

[1501] Cet article disposant que « (s)i une question de procédure ne relevant pas du règlement d'arbitrage (…) ou de règles agréées par les parties se pose, le tribunal décide de la question ».

accepté d'entendre les arguments juridiques de tierces personnes intéressées. La participation des amici curiae dans l'arbitrage d'investissement révèle un atout, celui d'accroître la transparence[1502], même s'il ressort des affaires un filtre dans leur admission[1503].

524. En réalité, c'est par une sentence Methanex[1504] que l'importance d'associer le public aux problématiques susceptibles de l'affecter directement ou indirectement a été explicitement soulignée. En l'espèce, les amici curiae étaient des associations agissant en soutien à l'Etat de Californie contre un investisseur canadien. Les associations IISD et EarthJustice avaient acquis la qualité d'amicus curiae et se rangeaient derrière les prétentions de la Californie (et donc, par extension, des Etats-Unis), en estimant que le changement de législation contesté par l'investisseur étranger se justifiait par le pouvoir souverain de l'Etat de réguler et ne constituait pas une expropriation[1505]. De même, ils affirmaient qu'il existait un besoin inhérent de « prendre en compte les principes juridiques du développement durable »[1506]. Le tribunal arbitral a accepté d'entendre avec attention leurs arguments.

[1502] Sent. CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République d'Argentine préc*. Le paragraphe 22 de la sentence énonce que « (l)'acceptation de communication à titre d'amicus curiae a normalement pour conséquence supplémentaire souhaitable d'accroître la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et Etat (…). Grâce à la participation de représentants appropriés de la société civile dans les affaires idoines, le grand public comprendra mieux les processus du CIRDI ».

[1503] C'est d'ailleurs ce qui ressortait du paragraphe 25 de la sentence, dans lequel le tribunal demanda « a) l'identité et les antécédents du pétitionnaire, sa composition s'il s'agit d'une organisation et la nature de ses relations éventuelles avec les parties aux différends », « b) la nature de l'intérêt du pétitionnaire dans l'affaire, c) l'existence ou non d'un soutien financier ou matériel apporté au pétitionnaire pour l'une quelconque des parties ou pour toute autre personne liée aux parties dans cette affaire, donc toutes les raisons pour lesquelles le Tribunal devrait accepter le mémoire d'Amicus curiae du pétitionnaire ».

[1504] Se fondant sur l'article 15 des UNCITRAL Rules, le tribunal arbitral énonce que « (c)es soumissions ont été développées dans les dernières pétitions de l'Institut. La nécessité d'une participation d'amicus curiae à la lumière de la décision du 30 août dans l'affaire Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique et la prétendue non-prise en compte d'objectifs environnementaux et durables dans l'arbitrage au titre de l'ALÉNA était de plus en plus urgente » (§ 5).

[1505] *Methanex Corp c. Etats-Unis d'Amérique*, Amicus Curiae Submission by the International Institute for Sustainable Development, (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 9 mars 2004), § 7-12 et 79-96.

[1506] *Methanex Corp c. Etats-Unis d'Amérique*, Petitioner's (IISD'S) Final Submissions Regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status, (NAFTA Ch. 11. Arb. Trib. 16 octobre 2000) § 6.

525. Il existait deux possibilités ; soit il convenait de prévoir des règles visant à prédéfinir la reconnaissance des pouvoirs des arbitres d'autoriser les amici curiae. Cette méthode correspond à celle adoptée par l'Australie ou encore le Canada à propos des juridictions internes. Soit il convenait de prévoir des règles explicites visant à autoriser l'intervention d'amicus curiae répondant à certains critères. Cette seconde méthode est plébiscitée devant les juridictions internes par l'Afrique du Sud ou encore par le Royaume-Uni. Pour éviter que l'admission des amici curiae à l'instance arbitrale ne soit décidée arbitrairement par les tribunaux arbitraux, il convenait de réguler et de conditionner leurs droits d'intervention. Désormais, les TBI intègrent de plus en plus la possibilité de recourir aux amici curiae dans les instances arbitrales, comme en témoigne l'article 28 (3) du modèle TBI des Etats-Unis de 2004 ou encore l'article 39 du Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (FIPA) de 2004[1507]. Les traités multilatéraux d'investissement se sont également alignés sur la tendance, comme l'atteste la présence de références aux amici curiae dans l' « Investment Agreement for the Common Market for Eastern and South Africa ».

526. Suite à ces manifestations pratiques, une modification des Règles de la Convention CIRDI est intervenue, le nouvel article 37(2) (Visites et demandes de renseignements ; Mémoires des parties non contestantes) disposant que les tribunaux arbitraux ont autorité pour autoriser, sous conditions, le recours aux amici curiae.

Si les arbitres peuvent accepter ou refuser la participation d'un amicus curiae, ils étaient, au départ, invités, au préalable, à consulter les parties. Le droit de véto accordé aux parties quant à l'intervention d'un amicus curiae a alors fait débat. La règle 32(2) de la Convention CIRDI énonçait qu' « à moins que l'une des parties ne s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut autoriser d'autres personnes, en dehors des parties, leurs mandataires, leurs avocats, leurs témoins et leurs experts, ainsi que les fonctionnaires du Tribunal, à assister ou à observer tout ou partie des débats, sous réserve des dispositions logistiques appropriées. Dans de tels cas, le Tribunal établit des procédures pour la protection des informations exclusives ou privilégiées ». Ne conviendrait-il pas de laisser toute discrétion au

[1507] Agreement between Canada and ___ for the Promotion and Prot. Of Invs. Arts. 38(1), 38(3), 39 (2004).

tribunal arbitral d'apprécier si une personne peut intervenir en tant qu'amicus curiae ? Une telle suggestion avait été proposée par le Secrétariat du CIRDI, mais n'avait pas été retenue dans les amendements de la Convention CIRDI du 10 avril 2006. Pourtant, il aurait été possible de lutter contre le soupçon de partialité dans l'admission arbitraire d'un amicus curiae par les arbitres. Il aurait pu être proposé de rédiger un Code d'amicus Curiae ou des Guidelines concernant les amici curiae, destinés à orienter le tribunal arbitral sur le bien-fondé d'accorder ou non la qualité d'amicus curiae à un demandeur. Pour ce faire, ce Code ou ces Guidelines auraient pu fixer toutes les conditions inhérentes à la fonction d'amicus curiae, ainsi que les critères permettant de l'identifier. Puis, en août 2018, le Secrétariat du CIRDI a publié ses propositions d'amendements de ses règles en la matière. S'ils s'agissait de modifications mineures des amendements de 2006, les propositions incluent l'obligation de divulgation aux parties de révéler si elles ont des financements de tiers, l'obligation de clarification sur la publication des sentences CIRDI et la discrétion du tribunal arbitral de décider si l'amicus curiae peut « contribuer à l'augmentation des coûts attribuables à leur participation »[1508]. Ainsi et désormais, l'intervention des amici curiae est soumise à la libre discrétion des arbitres. Autrement dit, l'intervention des amici curiae peut même être imposée aux parties en cas de désaccord de leur part. Cela témoigne donc d'une certaine perte de contrôle des parties sur la transparence de l'instance[1509].

527. Pour apporter davantage de légitimité à l'arbitrage d'investissement, il serait intéressant que les tribunaux arbitraux en viennent d'eux-mêmes à accepter plus fréquemment l'intervention à l'instance d'amici curiae, dont la présence à l'instance serait requise *ex officio*. Les amici curiae pourraient être directement invités par les tribunaux arbitraux à présenter leurs opinions. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit au Royaume-Uni. « La fonction traditionnelle de l'amicus curiae dans les tribunaux anglais (…) (est) une pratique plutôt qu'un droit enchâssé, selon lequel des arguments de droit ou des informations

[1508] Icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_3_Schedule8.pdf

[1509] De même, l'article 8.38 CETA sur l'admission des amici curiae prend appui sur les UNCITRAL transparency rules et notamment sur son article 4 (« présentation par une tierce personne ») et sur son article 5 (« soumission par une partie non contestante au traité ») et se base, *inter alia*, sur leur liens avec les parties au litiges, leur intérêt à agir et connaitre du litige. L'article 4 dispose que le tribunal doit vérifier si ce tiers a « intérêt marqué pour la procédure arbitrale », si l'intervention apporte une plus-value factuelle et légale.

(peuvent) être présentés devant le tribunal, avec sa permission et souvent par ses moyens. Il (s'agit) d'une invitation active (…) »[1510]. L'article 37(2) des Règles du CIRDI dispose que « (l)e Tribunal peut autoriser une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend (…) à déposer auprès du Tribunal un exposé écrit sur une affaire relevant du différend. Pour décider de permettre ou non un tel dépôt, le Tribunal doit notamment déterminer dans quelle mesure: (a) le mémoire d'une partie aiderait le Tribunal (…) (b) le mémoire de la partie non contestante répondrait à une matière relevant du litige; (c) la partie non contestante a un intérêt important dans la procédure ». Par conséquent, si le tribunal arbitral ne peut faire intervenir à l'instance des amici curiae sans l'aval des parties, il peut néanmoins recevoir des arguments écrits d'amicus curiae sans leur approbation.

Si les amici curiae ne sont pas parties à l'arbitrage, ils ont acquis une présence indispensable dans l'instance. Par leurs interventions, ils contribuent à une sentence de qualité, en adressant aux arbitres des données nouvelles, des arguments que les plaideurs n'ont pas fourni au cours de la procédure. En outre, ils ont un rôle essentiel dans la transparence de l'arbitrage entre les investisseurs et les Etats. Représentants de la société civile, ils assistent l'opinion à mieux comprendre le processus de l'arbitrage d'investissement. Tout cela aurait dû contribuer à un accroissement de leurs attributions.

§2 : Une consécration à entretenir

Longtemps, ni la Convention CIRDI dans sa version originale de 1967 ou dans ses amendements successifs de 1984 et 2002, ni les traités d'investissement ne contenaient de références aux amici curiae. Il a fallu attendre le début des années 2000 pour voir des tribunaux arbitraux vanter l'importance d'associer le public aux problématiques susceptibles de l'affecter directement ou indirectement. S'il a fallu attendre

[1510] J. BELLHOUSE et A. LAVERS, « The Modern Amicus Curiae : A Role in Arbitration ? », *Civ. Just. Q*. 2004, vol. 23, p. 187-188 ; J. CHAN, « Focus on Ma Case : Amicus Curia and Non-Party Intervention », *Hong Kong L.J*. 1997, vol. 27, p. 394.

si longuement et si leur rôle est toujours autant limité (1), c'est parce que leur admission demeure contestée (2), malgré les atouts évidents de leurs interventions (3).

1) Une admission nuancée

528. L'intervention d'un amicus curiae à une instance arbitrale répond à des conditions rigoureuses. « (I)l ne suffit pas à une organisation non gouvernementale de justifier une soumission d'amicus en affirmant qu'elle représente la société civile ou qu'elle est vouée aux préoccupations humanitaires. Elle doit montrer (…) comment ses antécédents, son expérience, son expertise ou ses perspectives spéciales aideront le Tribunal dans une affaire donnée (…). Le Tribunal a décidé que les quatre requérants ne lui avaient pas fourni suffisamment d'informations spécifiques et de raisons permettant de conclure qu'ils étaient qualifiés d'amici curiae en l'espèce »[1511]. « Amis de la Cour », les amici curiae sont amenés à fournir aux tribunaux arbitraux des prétentions et des arguments qui viendront leur apporter une assistance ou une expertise nouvelle et pertinente. La Convention CIRDI revisitée exige l'admission de requêtes d'amici curiae qui « aider(on)t le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit se rapportant à la procédure en apportant un point de vue, une connaissance particulière ou un aperçu différent de celui des parties au différend »[1512].

Or, il arrive que les arguments énoncés par les amici curiae ne soient pas toujours déterminants dans la solution destinée à être adoptée par le tribunal arbitral, car ils n'apportent pas de données nouvelles. C'est

[1511] Sent. CIRDI, *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelonas S.A & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A c. République d'Argentine*, aff. n° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus curiae, § 33-34 (17 mars 2006), 45 I.L.M. 1023 (2006).

[1512] ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings at ch. 4, Rule 37 (2).

pourquoi des arbitres font, parfois, à peine mention de l'intervention des amici curiae[1513] ou pas du tout[1514], ou ne mentionnent que les arguments des amici curiae utiles[1515].

529. Pour que les amici curiae puissent présenter à l'instance des données utiles, encore doivent-ils être dotés des moyens de leurs actions. Pour ce faire, ils doivent pouvoir (et de manière automatique) exiger du tribunal arbitral la transmission de plus de documents soumis par les parties. En pratique, cette transmission leur est parfois refusée. C'est d'ailleurs ce qui ressortait de l'affaire Biwater Gauffe c. Tanzanie, dans laquelle les arbitres ont refusé aux amici curiae la présentation des informations supplémentaires ainsi que des documents présentant les demandes et prétentions des parties. Le tribunal arbitral a estimé que ces documents n'étaient pas indispensables à l'émission des prétentions des amici curiae, sur un « différend très public et largement rapporté »[1516]. Dans l'affaire Philip Morris c. Uruguay, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) et le Secrétariat de la Convention Cadre de l'OMS Pour la Lutte Anti-Tabac (« Secrétariat de la Convention Cadre ») désiraient intervenir à l'instance, en leur qualité d'experts en « campagne de prévention de grande ampleur, en matière d'interdiction de marques trompeuses, et en matière de protection de la santé publique »[1517]. Le tribunal arbitral a reconnu que la participation de ces deux organisations permettrait d'améliorer sa capacité décisionnelle et « contribuerait à la transparence de l'arbitrage et son acceptation par le public au sens large du terme »[1518]. Pour autant, le tribunal arbitral a maintenu un certain niveau de confidentialité, en refusant la publicité des correspondances entre les parties et de tous les documents présentés durant l'arbitrage (c'est-à-dire des documents relatifs aux auditions, mémoires et observations des parties ainsi que les retranscriptions et procès-verbaux d'audiences émis durant l'instance). Si une telle attitude ne relève rien de choquant, elle n'est plus entendable pour

---

[1513] Sent. *Methanex préc*., § 26-29.

[1514] Sent. CIRDI, *United Parcel Service of America Inc. c. Canada*, aff. n° UNCT/02/1, § 3.

[1515] Sent. CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. Tanzanie*, aff. n° ARB/05/22, § 12-14 (2007).

[1516] *Ibid*., § 68.

[1517] Sent. CIRDI, 17 février 2015, *Philip Morris Brand Sarl, Philip Morris Products and Abal Hermanos c. Uruguay*, aff. n° ARB/10/7, Ordonnance de Procédure n° 3, § 7.

[1518] *Ibid*., § 28.

les opposants à l'arbitrage d'investissement dénonçant l'opacité de la procédure. Ainsi, « l'autorisation de soumettre une observation ne confère aux tiers ni le statut de partie au litige ni l'accès à la documentation pertinente à l'arbitrage, ni l'accès aux audiences »[1519].

530. Certes, il peut être compréhensible de ne pas admettre aux amici curiae le droit d'avoir accès à tous les documents jugés utiles, pour la simple raison qu'il convient de conserver un certain degré de confidentialité dans les prétentions des parties (secrets d'affaires, brevets …)[1520]. Malgré tout, l'effectivité de la mission des amici curiae est réduite, dès lors qu'ils ne peuvent avoir accès à tous les documents qu'ils jugent utiles. Comment les amici curiae pourraient-ils faire entendre leurs voix et produire de justes prétentions et des arguments sagaces, s'ils ne peuvent pas avoir accès aux documents qu'ils mesurent judicieux ?

531. Aujourd'hui, si des leviers tendent à assurer l'accès à l'information des sentences en cours, ils ne sont pas suffisants. Le Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que chaque individu est appelé à avoir accès à l'information et à avoir l'opportunité de participer à l'élaboration du processus de formation de la sentence arbitrale[1521]. Pourtant, des TBI ou encore le traité sur la charte de l'énergie ne contiennent pas de règle générale et universelle tendant à imposer aux investisseurs de dévoiler publiquement leur intention d'enclencher une procédure arbitrale contre un Etat d'accueil. La publicité de l'affaire dépend des règles arbitrales convenues par les parties ou de la volonté des parties si les règles choisies ne précisent pas si la procédure peut ou doit être rendue publique. Si l'arbitrage d'investissement s'opère sous le mécanisme du CIRDI, l'affaire sera enregistrée par le Secrétariat du CIRDI et rendue publique sur le site officiel du CIRDI, en faisant mention du nom des parties

---

[1519] *Ibid*., § 22.

[1520] D'ailleurs, le traité CETA article 8.36 (5) énonce que les débats « seront ouverts au public » et que c'est le devoir du tribunal, après consultation des parties, de prévoir des « dispositions logistiques appropriées pour faciliter l'accès du public à ces audiences». Pour autant, il est admis que ces débats puissent être privés, dès lors qu'une confidentialité est légitime sur des informations protégées.

[1521] Rio Declaration on Environment and Development principle 10, 14 juin 1992, I.L.M 874.

impliquées dans l'affaire litigieuse, de la date d'enregistrement de la procédure arbitrale et d'un court résumé des faits de l'espèce. Si l'arbitrage s'effectue sous l'égide de la CCI ou encore de la SCC (Stockholm Chamber of Commerce), aucune publication de l'affaire n'est prévue. Les Règles de la CNUDCI sont silencieuses quant à l'admissibilité des amicus curiae[1522]. De la même manière, les arbitrages ad hoc, ne se faisant pas sous l'égide d'une institution et pouvant avoir lieu n'importe où dans le monde à la libre discrétion des parties, ne posent pas d'obligation d'enregistrer et de divulguer l'affaire en cours[1523]. Dès lors, il se peut que plusieurs affaires aient été traitées ces dernières années en matière d'arbitrage d'investissement, sans que personne n'en ait été informée. C'est à propos de ce type de problématiques que l'arbitrage d'investissement doit être réformé et non à propos du système de règlement du litige en lui-même.

532. Ces réticences des institutions d'arbitrage peuvent s'expliquer par le fait que l'intervention des amici curiae dans l'instance arbitrale pose un problème du fait de la nature consensuelle de l'arbitrage. Les amici curiae ne sont pas parties à l'arbitrage international et pourraient pourtant grandement influer sur le déroulement de celui-ci. C'est pourquoi la Convention CIRDI vient exiger l'accord des parties avant d'admettre leur intervention[1524]. A priori, la seule raison valable qui pourrait pousser un investisseur à acquiescer à l'intervention d'un amicus curiae serait de préserver sa réputation. Une association qui se verrait fermer les portes de l'arbitrage, à cause du refus de l'investisseur, pourrait donner à ce refus une

[1522] Et si le litige relatif à un investissement international est réglé sous les règles de l'arbitrage CCI, le recours aux amici curiae pourrait être plus complexe, l'article 19(1) du Règlement CCI disposant que dans le silence du règlement d'arbitrage, la procédure est régie par l'accord des parties prenantes au litige. Cf J. KALICKI, « The prospects for Amicus Submissions, outside the ICSID Rules », *Kluwer arbitration blog*,14 septembre 2012,

http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/09/14/the-prospects-for-amicus-submissions-outside-the-icsid-rules.

[1523] Pour autant, les règles de l'UNCITRAL gouvernent en principe les arbitrages ad hoc, or celles-ci prévoient le recours aux amici curiae, de sorte qu'une divulgation de l'affaire pourrait survenir.

[1524] D'ailleurs, dans la sentence *Agua del Tunari préc*., le tribunal arbitral a déclaré que « vos demandes principales vont au-delà du pouvoir de décision du Tribunal. L'interaction des deux traités concernés (…) et la nature consensuelle de l'arbitrage confient le contrôle des questions que vous soulevez aux parties, et non au Tribunal. En particulier, il est manifestement clair pour le Tribunal que, sans l'accord des parties, il n'a pas le pouvoir de joindre un tiers à la procédure » (§ 17).

forte résonance médiatique. Dans ces circonstances, il pourrait être concevable d'admettre un appel possible aux amici curiae qui auraient vu leurs demandes d'intervention être refusées par les tribunaux arbitraux ou rendre obligatoire le recours aux amici curiae, dès lors que ceux-ci répondent à certains prérequis (capacité à agir, connaissances éclairantes ...).

2) Les freins à l'admission

Si le rôle des amici curiae n'est pas aussi large qu'il aurait pu l'être, c'est avant tout parce que leur intervention est réputée contribuer à l'allongement des délais de procédure et donc, des coûts (a). De plus, leur intervention peut entrer en contradiction avec le principe de l'égalité des chances dans un procès équitable, les amici curiae venant principalement au secours exclusif des Etats (b). Enfin, la contestation la plus virulente tient à l'ingérence prononcée de l'Union européenne dans les procédures arbitrales, par l'intervention politisée de la Commission européenne en tant qu'amicus curiae (c).

a. Les impératifs de l'arbitrage mis à mal

533. L'admission des amici curiae amplifie les coûts dans l'arbitrage d'investissement. Elle conduit indéniablement les arbitres et les avocats à l'accomplissement de travaux et d'actes additionnels. Arbitres et avocats sont contraints de consulter des documents supplémentaires, de rédiger davantage de notes et de réponses aux amici curiae et exigeront d'être rémunérés pour ces activités imprévues. « (L)'acceptation des soumissions des amici pourrait augmenter considérablement le coût global de l'arbitrage » et un risque existe « d'imposer un fardeau supplémentaire à l'une des parties au différend ou aux deux »[1525].

[1525] Sent. *Methanex préc*., § 50.

534. L'arbitrage d'investissement n'étant pas renommé pour être le prétoire le plus accessible financièrement, les coûts supplémentaires sont mal perçus par les parties. Cela explique que même des Etats ont été réticents à admettre l'intervention des amici curiae et n'ont pas mis tout en œuvre pour faciliter leur fonction. En ce sens, il est parfois délicat pour les associations d'avoir connaissance des traités d'investissement conclus par leur Etat. Certes, les Etats membres des Nations-Unies doivent respecter l'article 102 de la charte des Nations-Unies leur imposant de déposer leurs traités internationaux au Secrétariat de Nations-Unies, Secrétariat qui se chargera ensuite de les publier. Or, il s'avère que des Etats sont de plus en plus motivés à ne pas respecter cette obligation. A titre d'illustration, en 2009, des associations sud-africaines désiraient avoir connaissance des traités d'investissement conclus entre l'Afrique du Sud et des pays européens, après les plaintes d'investisseurs européens basées sur ces traités[1526]. Les associations sud-africaines ont traversé un lot d'embûches, en soumettant une requête au « South Africa's Promotion of Access to Information Act ». Si cette démarche a été efficace, il n'en demeure pas moins qu'elle a été onéreuse et longue, l'administration ayant tardé à répondre aux sollicitations de ces associations civiles. Aujourd'hui encore, seuls vingt-et-un TBI sur quarante-et-un conclus par l'Afrique du Sud ont été publiés sur le site de la CNUCED. Dans le cas de l'Afrique du Sud, les Etats cosignataires des TBI (Belgique, Italie, Luxembourg, Pays-Bas) ne les ont pas non plus publiés. Ce constat témoigne du fait que les Etats peuvent ne pas avoir une vision positive de l'intervention des amici curiae à leurs instances arbitrales, notamment parce que leur intervention ne fait que contribuer à allonger les délais de procédure et donc, les coûts. Or, ces coûts seront, *in fine*, mis à la charge des contribuables. Par conséquent et d'autant plus lorsque les prétentions des amici curiae sont très similaires à celles énoncées par l'Etat partie et apportent peu d'éléments probants supplémentaires, l'intervention des amici curiae ne fait qu'aggraver la situation en mettant à la charge de l'Etat des frais supplémentaires.

535. Pour réduire les coûts supplémentaires causés par l'intervention des amici curiae, il aurait été utile d'unifier davantage les demandes et les argumentaires des amici curiae en un document unique, en reliant les prétentions similaires de chacun d'entre eux. En ce sens, dans l'affaire Biwater, les cinq ONG avaient uni leurs arguments en une seule et unique voix, en présentant une demande unique au tribunal arbitral.

[1526] Sent. CIRDI, 4 août 2010, *Piero Foresti and Others c. Afrique du Sud*, aff. n° ARB(AF)/07/01, § 27-29.

Il aurait également pu être exigé des amici curiae, à titre de principe, de « verser à l'avance une somme forfaitaire destinée à couvrir les honoraires d'avocat de la partie qui s'oppose à la demande, à titre de garantie des frais »[1527]. C'est ce qu'avait exigé l'investisseur Gallo, dans l'affaire Gallo c. Canada, en demandant au tribunal la somme de 25.000 dollars US pour les frais subséquents aux prétentions émises par les amici curiae[1528].Toutefois, cette piste, consistant à faire peser les coûts directement sur les amici curiae est discutable, car cela pourrait les empêcher, à terme, de participer à l'instance.

536. Enfin, l'admission des amici curiae dans l'arbitrage d'investissement contribue à l'accroissement des délais de procédure, puisque les parties bénéficient d'un droit de réponse après l'énoncé de leurs prétentions[1529]. Dans l'affaire Aguas Argentina, il a pu être constaté que la procédure arbitrale avait duré près de douze ans. Les raisons invoquées à cette durée de l'arbitrage avaient été la complexité de l'affaire, la multiplicité des demandeurs, la jonction de plusieurs affaires, les suspensions de procédures, les demandes de récusation des arbitres ainsi que les demandes d'intervention d'ONG à l'instance. Tous ces événements, couplés au volume des argumentaires des amici curiae, avaient contribué à ralentir la procédure. Les délais supplémentaires s'expliquaient également par le fait que les tribunaux arbitraux étaient appelés à prendre le temps d'étudier la requête des ONG de participer à l'instance.

537. Ces problématiques des délais supplémentaires causés par l'intervention des amici curiae auraient pu être résolues. Il aurait suffi, pour un tribunal arbitral, de fixer une date limite à partir de laquelle les associations civiles n'auraient plus été admises à présenter leur demande d'intervention à l'instance. Par

[1527] P. FRIEDLAND, « The Amicus Role in International Arbitration », *Conference Paper at the School of International Arbitration, London*, 12 avril 2005, p. 10.

[1528] L. PETERSON, « Claimant in garbage disposal dispute with Canada », *Investment Arbitration Reporter*, 12 novembre 2008.

[1529] Cf Australia-Chile Free Trade Agreement, signé le 30 juillet 2008 (2009) ATS 6 (entré en vigueur le 6 mars 2009), art 10.20(2).

ailleurs, l'ALENA avait proposé de limiter de cinq à vingt pages les statuts et demandes de ces dernières[1530]. Ainsi, dans l'affaire Suez, la requête de l'amicus devait être soumise par voie électronique et ne pas dépasser « 30 pages à double interligne » avec une police de 12[1531]. Certes en pratique, il est délicat d'exiger un nombre maximum de pages dans la requête ou dans les prétentions des amici curiae, car tout serait fonction de l'affaire en cause. Il pourrait s'agir d'une affaire ne nécessitant pas un nombre considérable de prétentions ; tout comme il pourrait s'agir d'une affaire où les controverses seraient nombreuses. Néanmoins, il aurait simplement été utile d'exiger, par principe, un nombre maximal de pages, tout en faisant confiance à la juste discrétion du tribunal arbitral, libre d'accepter une requête excédant un nombre de pages limitées.

b. Amicus curiae et procès inéquitable

538. Officiellement, les amici curiae ne peuvent pas se faire les avocats d'une des parties au litige[1532]. L'indépendance de l'amicus curiae est un critère implicite de participation à l'instance et l'apparence d'un manquement à celle-ci suffit à sa disqualification[1533]. Officieusement, il ne fait guère de doute que les amici curiae ont un intérêt répondant aux prétentions de l'une des parties et leurs arguments viendront les appuyer davantage. En application des « Principles of Transnational Civil Procedure », les amici peuvent tout aussi bien être désintéressés ou partisans[1534]. Peut-on réellement être, en même temps, ami de

---

[1530] Office of the United States Trade Representative, Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation (2003) § B2(b), B(3)b.

[1531] Sent. *Suez préc*., § 27.

[1532] Le 3 août 2018, le CIRDI a déposé des propositions détaillées d'amendements qui ont contribué à réduire l'accès aux amici curiae, en imposant deux critères supplémentaires à leur admission. Le premier critère est celui de l'identification de la partie tierce au litige et de son affiliation éventuelle avec l'une des parties prenantes, le second est l'identification d'aide éventuelle reçue par la partie tierce dans l'élaboration de ses dossiers soumis à l'instance arbitrale. Le but est d'assurer l'indépendance des amici curiae.

[1533] Sent. CIRDI, *Bernhard von Pezold and Others c. Zimbabwe*, aff. n° ARB/10/15.

[1534] ALI/UNDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure, UNIDROIT,

http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure (27 septembre 2016), § 13 cmt. P-13A.

la Cour et ami de l'intérêt public ou privé ? Les amici curiae sont souvent représentés, dans la tradition anglo-saxonne, comme des organes à deux têtes. Ils sont d'une part des « sachant(s) » invités à l'instance afin de présenter leurs observations, mais également des « lobby(ies) » intervenant dans l'optique de faire entendre des intérêts privés ou publics. L'intervention des amici curiae à l'instance arbitrale porte en elle les germes d'une repolitisation des débats. Si les ONG sont le plus souvent financées par des dons, ils jouissent également d'un certain soutien et d'aides financières de la part de leur Etat d'origine. Leur intervention à l'instance arbitrale revient, d'une certaine façon, à une intervention de leur Etat d'origine. Il s'agit d'un substitut, d'un résidu de l'arbitrage inter-étatique.

539. Les campagnes des amici curiae, alimentées par les médias nationaux et internationaux, peuvent menacer l'intégrité et la sérénité de la procédure arbitrale et rompre avec l'affirmation d'un procès équitable. Il peut être très périlleux pour les investisseurs de se défendre face aux prétentions souvent agressives des amici curiae. Ces derniers n'ont pas à prouver les faits qu'ils allèguent devant le tribunal arbitral et les stratégies de défense des investisseurs peuvent être bafouées. Il convient de se demander si le recours aux amici curiae ne vient pas dénier le principe de l'égalité des chances dans un procès arbitral. Les amici curiae viennent principalement au secours des prétentions de l'Etat, de sorte que l'investisseur peut se sentir en infériorité numérique et avoir plus d'adversité à se défendre face à une multitude d'arguments en sa défaveur. De plus, les arbitres peuvent parfois entretenir des relations, des rapports avec des ONG. Les arbitres peuvent même recevoir des lettres et des demandes d'intervention faisant appel à leur conscience et à leurs valeurs morales. Il peut exister un risque de conflits d'intérêts, si ces organisations acquièrent la qualité d'amicus curiae[1535]. S'il existe des fondements textuels pour lutter contre les conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir entre des arbitres et les parties, il en existe trop peu à propos des potentiels conflits d'intérêts entre les arbitres et les amici curiae, non parties à l'arbitrage[1536].

[1535] R. MACKENZIE, « The Amicus Curiae in International Courts : Towards Common Procedural Approaches ? », *in Civil Society, International Courts and Compliance Bodies,* T.M.C. Asser Press 2005, p. 295 et p. 300-301.

[1536] Pour lutter contre les conflits d'intérêts pouvant apparaitre entre un arbitre et un amicus curiae, l'ALENA exige que les amicus curiae divulguent également des informations, notamment ayant trait à leur financement.

En définitive, il est à se demander si l'intervention répétée des amici curiae n'aurait pas abouti, dans le futur, à décourager les investisseurs privés étrangers à enclencher des procédures d'arbitrage à l'encontre des Etats d'accueil, même si leur intervention ne préjugeait en rien de la solution apportée au fond du litige.

c. Les abus de la Commission européenne

540. Peu de recherches ont été effectuées sur la place de la Commission européenne en tant qu'amicus curiae. Les TBI sont rares à prévoir le recours à la Commission européenne en tant qu'amicus curiae, ce qui peut se comprendre concernant les TBI extra-UE. Un Etat tiers à l'Union européenne ne désirera pas soumettre ses investisseurs nationaux à l'intervention d'une telle institution européenne. Mais, même des TBI intra-UE ne mentionnent pas l'intervention de la Commission européenne en tant qu'amie de la Cour[1537].

541. La Commission européenne n'est pas un amicus curiae comme les autres et il revient même à se demander si sa place est légitime. Autrement dit, la Commission européenne ne sort-elle pas de son rôle d'amicus curiae durant l'instance ? Par son intervention, l'arbitrage d'investissement ne serait plus un environnement apolitique. L'indépendance de la Commission européenne envers les parties en tant qu'amicus curiae pose question, lorsque l'Etat partie au litige est un Etat membre de l'Union européenne. Des intérêts politiques et financiers sont partagés entre l'Etat partie et la Commission européenne. Dans la sentence Von Pezold, le tribunal arbitral a considéré que l'amicus curiae n'était pas indépendant, puisque ses intérêts étaient partagés avec ceux du défendeur, de sorte que sa participation causerait un préjudice injuste pour l'investisseur[1538]. Il semble que la Commission européenne, qui aurait qualité d'amicus curiae dans un arbitrage d'investissement, réaliserait les craintes émises par N. Blackaby et C.

[1537] Dans l'affaire *Micula préc.*, le TBI conclu entre la Suède et la Roumanie ne contenait pas de disposition relative à l'amicus curiae.

[1538] Sent. CIRDI, Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe, aff. n° ARB/10/15.

Richard en 2010, selon qui « dans le pire des cas, la présence de l'amicus curiae - une autre partie partisane prônant une position au nom de personnes vis-à-vis de qui elle est redevable, à huis clos et sans avoir la possibilité de faire une contribution significative - peut exacerber le déficit démocratique, politiser les différends relatifs aux investissements et perturber des procédures sans aider le tribunal à statuer sur les questions en litige »[1539]. Dès lors, la qualification d'amicus curiae de la Commission européenne « semble approximative et peut être trompeuse », car « le point de vue exprimé dans les observations présentées peut difficilement être détaché de la place occupée par l'institution dans l'élaboration de l'acte, qui la rapproche plutôt d'une partie »[1540].

542. Si, avant tout, l'amicus curiae doit détenir un rôle de transmission d'une opinion neutre et objective, ce rôle s'avère difficile à tenir en pratique. A titre d'illustration, aux Etats-Unis, le caractère partisan d'un amicus curiae devant la Cour Suprême des Etats-Unis ne le prive pas de la qualité d'amicus curiae[1541]. Toutefois, à propos de l'intervention de la Commission européenne en tant qu'amicus curiae dans l'affaire Micula, le tribunal arbitral a déclaré que « la Communauté européenne agissait en tant qu'amicus curiae et non en tant qu'*amicus actoris vel rei*. En d'autres termes, la partie non contestante doit rester un ami du tribunal et non un ami de sa partie »[1542].

543. A l'instar de tout amicus curiae, le rôle de la Commission européenne consiste à éclairer le tribunal arbitral sur des données et sur des connaissances qui, sans son intervention, n'auraient pas été connues ni prises en compte durant l'instance[1543]. Depuis le traité de Lisbonne en 2009 déclarant que le droit des

---

[1539] N. BLACKABY, C. RICHARD, « Amicus Curiae : A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration ? », *in* M. WAIBEL, A. KAUSHAL et al (eds.), *The Blacklash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 254.

[1540] J. PERTEK, « Les institutions communautaires, la Commission, pouvoirs. IV. La participation au contrôle juridictionnel », *JCI. Europe Traité,* Fasc 231, n° 114.

[1541] Cf notamment S. KRISLOV, « The Amicus Curiae Brief : From Friendship to advocacy », *YLJ* 1963, vol. 72, p. 694-721.

[1542] Sent. *Ioan Micula préc*., § 289.

[1543] En ce sens, la Règle 37(2) (a) de la Convention CIRDI dispose que « (l)es observations de la partie non contestante aideraient le Tribunal à trancher la question de fait ou de droit liée à la procédure (…) ».

investissements est inséré parmi les matières donnant droit à compétence exclusive de l'Union européenne, la Commission européenne a multiplié les requêtes visant à obtenir la qualité d'amicus curiae. Sa participation active s'explique par sa volonté de s'assurer de la bonne interprétation et de la juste prise en considération du droit de l'Union européenne par les arbitres. Dans l'affaire Eureko, la Slovaquie avait estimé que le droit de l'Union européenne devait prévaloir et gouvernait le même thème que celui abordé dans un TBI conclu avec un autre Etat européen[1544]. La Commission européenne était intervenue à l'instance en tant qu'amicus curiae et avait fait mention de la jurisprudence MOX-Plant de la CJUE[1545]. Cette décision avait soutenu le fait que la CJUE détenait le pouvoir exclusif de traiter des différends survenant entre deux Etats membres de l'Union européenne pour un sujet couvert par le droit européen. Le tribunal arbitral a rejeté les prétentions de l'Etat slovaque ainsi que celles de la Commission européenne, en estimant que la CJUE ne détenait pas de « monopole d'interprétation » pour régir les litiges faisant intervenir le droit de l'Union européenne. Si l'intervention de la Commission européenne n'a pas convaincu les arbitres, elle a eu le mérite d'être étudiée. Il peut également être fait mention de la sentence Electrobel c. Hongrie, dans laquelle le tribunal arbitral a déclaré que « (d)'emblée, (il) tient à exprimer ses remerciements et sa reconnaissance à la Commission européenne pour ses conclusions, tant en ce qui concerne le droit applicable que la compétence. C'est un document long, érudit et important pour cette procédure d'arbitrage ; et seule une partie de celle-ci est citée dans la présente décision »[1546]. Malgré tout, le tribunal a rejeté les arguments de la Commission européenne ; à se demander alors si cette appréciation positive n'était qu'un leurre visant à montrer son respect pour l'Institution européenne.

544. En réalité, renforcer le rôle d'amicus curiae de la Commission européenne n'aurait probablement pas suffit à préserver l'arbitrage d'investissement de l'arrêt Achmea. Les amici curiae et la Commission ne poursuivent plus le même but. L'admission des amici curiae est destinée à apporter plus de transparence et de légitimité à l'arbitrage d'investissement. L'objectif de la Commission, par l'arrêt Achmea,

---

[1544] Sent. *Achmea B.V c. Slovaquie*, UNCITRAL, PCA Case n°. 2008-13, 26 octobre 2010, § 19.

[1545] CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, I-4657.

[1546] Cf Sent. *Electrabel préc.*

tend à assurer une interprétation uniforme du droit de l'Union, garantissant ainsi sa cohérence, son plein effet et son autonomie.

En dépit de l'ensemble de ces désaveux opposés au recours aux amici curiae, ceux-ci auraient dû s'estomper davantage et leur position être réaffirmée, tant leurs atouts pouvaient dépasser les aléas de leurs interventions.

3) Des mérites évidents

Associer le public à l'arbitrage d'investissement vise à démocratiser l'instance (a). Les amici curiae peuvent certainement apporter une vision nouvelle au tribunal arbitral. Ils contribuent alors à des sentences arbitrales de plus grande qualité (b).

a. Démocratisation de l'arbitrage d'investissement et prise en compte des intérêts publics

545. La présence des amici curiae concoure à démocratiser l'arbitrage d'investissement. Elle a constamment été perçue comme « un symbole de l'émergence en droit international de l'idée de société civile »[1547] ou encore comme « l'arrivée de l'âge d'or de la participation de la société civile à l'arbitrage investisseur-État »[1548]. Le refus de la participation des amici curiae est perçu comme « profondément antidémocratique », résultant d' « un processus fermé » ou encore « un exemple extrême de pouvoir excessif accordé

[1547] F. FRANCIONI, « Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law », *Eur.J.Int'L*. 2009, vol. 20, p. 729-742.

[1548] I. ODUMOSU, « The Law and Politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement »., *Pa.St. Int'L. Rev*. 2007, vol. 26, p. 251-264.

aux investisseurs »[1549]. De même, un tribunal arbitral a déclaré que « (l)es pétitionnaires soulignent l'importance de l'accès public à l'arbitrage du point de vue de la crédibilité du processus même d'arbitrage aux yeux du public, qui considère souvent l'arbitrage entre investisseurs et États comme un système évoluant dans un environnement secret, anathème dans un contexte démocratique »[1550]. Certains pourraient s'interroger sur les raisons qui devraient pousser l'arbitrage d'investissement à se démocratiser ? Si une justice étatique convient d'être démocratique, c'est parce qu'elle est créée par un Etat démocratique ou instituée par un vote démocratique des citoyens. Or, l'arbitrage est une institution qui ne joue que par un accord privé entre deux parties. Mais l'arbitrage d'investissement est un mode de règlement des litiges mettant en jeu l'intérêt public. En 1972, il était dénombré 40 démocraties dans le monde. En 2014, le nombre d'Etats démocratiques a atteint le chiffre de 122. Le régime démocratique s'impose comme étant le régime idéal, de sorte que « (l)a diffusion de la démocratie et du gouvernement participatif est devenue une inspiration commune ; sinon une réalité universelle »[1551]. Chaque justice est appelée à se démocratiser, et le recours aux amici curiae oeuvre en ce sens[1552].

546. Les détracteurs de l'arbitrage d'investissement assimilent l'intervention des amici curiae à une simple façade, alors que c'est pour prendre en considération des intérêts publics mis en cause, que les tribunaux arbitraux admettent leur immixtion. Les amici curiae constituent un moyen pour les Etats d'équilibrer les relations avec les investisseurs dans l'arbitrage d'investissement. En admettant le recours aux amici curiae, les tribunaux arbitraux témoignent de leur volonté d'assurer une véritable balance des

---

[1549] Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water, Earthjustice (12 février 2003),

http://earthjustice.org.news/press/2003/secretive-world-bank-tribunal-bans-public-and-media-participation-in-bechtel-lawsuit-over-access-to-water.

[1550] Sent. *Biwater Gauff préc*., § 34.

[1551] Cité dans G. KAUFMANN-KOHLER, « Accountability in International Investment Arbitration", *Cah. arb.* 1er décembre 2016, n° 3, p. 581.

[1552] Cependant, affirmer que les amici curiae permettraient de démocratiser l'arbitrage international en matière d'investissement semble quelque peu caustique, étant donné que les organisations non-gouvernementales, principales bénéficiaires de la qualité d'amicus curiae, ne sont elles-mêmes pas démocratiques, puisqu'elles ne sont pas, en principe, responsables à l'égard de leurs membres.

intérêts en présence et d'adopter une politique de proportionnalité, après avoir entendu les prétentions de chacune des parties et des amici curiae.

547. L'importance de la prise en considération des intérêts publics, de par l'intervention des amici curiae, peut être illustrée. Aujourd'hui, lorsque des investisseurs étrangers établissent des investissements extractifs ou impactant la vie des populations et des riverains, ils concluent souvent des conventions accessoires au contrat pétrolier ou minier avec les riverains. Il s'agit des « accords de développement communautaire » (ADC)[1553]. Aurait-il pu être proposé de laisser en place le mécanisme de l'arbitrage d'investissement, tout en renforçant ses garanties en permettant, par exemple, un dépassement de la fonction d'amicus curiae par le recours à des actions directes des citoyens ? La démocratisation de l'arbitrage d'investissement trouverait-il son paroxysme si la population détenait un pouvoir de devenir partie intégrante à l'instance arbitrale, d'y participer en tant que litigants ?[1554] En ce sens, n'aurait-on pas pu étendre la clause compromissoire d'un contrat d'investissement à des riverains dotés d'une ADC ? En soi, il s'agit bien de conventions accessoires. Les riverains peuvent être impliqués dans la négociation ou dans l'exécution du contrat d'investissement, permettant potentiellement le jeu de l'extension. Ils peuvent même surveiller l'exécution du contrat conclu. L'ADC serait une convention se rattachant au contrat principal[1555]. La théorie de la connexité pourrait s'appliquer, puisque si l'investisseur s'engage dans les ADC, c'est parce qu'il s'est déjà engagé dans un contrat principal d'investissement. L'élément cardinal de la théorie de la connexité réside dans l'interdépendance entre plusieurs contrats d'un même ensemble contractuel, plus que dans le consentement des parties qui a moins de valeur. Indéniablement, l'ADC et le contrat d'investissement partagent une connexité, l'investisseur étranger n'ayant conclu l'ADC que parce qu'il avait négocié au préalable un contrat d'investissement avec l'Etat. La circulation de la clause

---

[1553] L'article 130 du Code minier guinéen dispose : « (t)out titulaire d'un Titre d'exploitation minière doit contracter une Convention de Développement Local avec la Communauté locale résidant sur ou à proximité immédiate de son Titre d'exploitation minière. Les modalités d'élaboration de ces Conventions sont définies par arrêté conjoint des ministres en charge des Mines et de la Décentralisation ».

[1554] A. NGWANZ, « Pratique contractuelle de l'industrie extractive et participation des riverains aux arbitrages internationaux », *AJ Contrat* 2020, p. 135..

[1555] Cf M. AKAKPO, *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*, L'Harmattan, 2018, n° 351 et D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, 2012, n° 519 et n° 517.

d'arbitrage serait alors fondée[1556]. Si l'arbitrage CIRDI et la convention de Washington ne reconnaissent que deux plaideurs, les investisseurs et Etats[1557], plus de latitude existe dans les arbitrages ad hoc comme la CNUDCI ou dans les arbitrages institutionnels comme la CCI, la LCIA ou la CCJA.

548. Si associer la population civile à l'arbitrage d'investissement de cette manière contribuerait à démocratiser encore plus l'arbitrage d'investissement, l'un des écueils qui se poserait serait celui de l'accessibilité à la justice arbitrale pour les populations, car il s'agit d'une justice chère et technique. Pour y répondre, il faudrait les exonérer des frais de l'arbitrage pour impécuniosité. L'Etat d'accueil aurait à supporter les frais ou à se les partager avec l'investisseur plaideur par la théorie du risque-profit[1558], sur le fondement de l'adage latin *Ubi emolumentum, ibi onus*, l'Etat d'accueil et l'investisseur étant les deux à bénéficier du contrat ou du traité d'investissement lésant les intérêts de la population[1559]. En application de cette théorie, c'est à celui ou ceux qui tire(nt) profit d'une activité qui doi(ven)t en supporter les charges. Etat et investisseur sont les bénéficiaires de l'exploitation des ressources naturelles. Il serait donc cohérent qu'ils aient à payer les frais procéduraux des tiers qui en subissent les conséquences.

549. Aujourd'hui, des voix s'élèvent pour que les traités d'investissement de nouvelle génération soient tripartites, autrement dit pour que le consentement à l'arbitrage concerne à la fois l'Etat d'accueil, l'investisseur privé étranger et une ONG prédéterminée. Cette organisation deviendrait partie au litige et

---

[1556] Déjà consacrée par Cass. com. 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.* 1992, note L. AYNES et Cass. civ. 1re, 21 mai 1997, *Rev. arb*. 1997.537, note E. GAILLARD.

[1557] L'article 1er alinéa 2 dispose : « (l)'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention ».

[1558] A. NGWANZA, « Rapport de synthèse : heurs et malheurs africains au CIRDI », *in* W. BEN HAMIDA et J-B. HARELIMANA (dir.), *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, LGDJ 2019, p. 380.

[1559] « Là où est l'émolument, là où est la charge », traduction tirée de H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions Latines*, LexisNexis, 8e éd., 2021, p. 347 et s.

pourrait, avec l'Etat d'accueil, former un véritable duo contre les prétentions des investisseurs. La défense des intérêts publics des Etats et des droits humains et sociaux s'en serait trouvée notablement renforcée. Cette approche n'a pas prospérée, notamment parce qu'il est complexe de parvenir à un accord entre les Etats signataires du traité d'investissement, à moins de créer une institution internationale dont le but exclusif serait de veiller à assurer et à contrôler le respect des droits humains et sociaux et la défense des intérêts publics des Etats.

Si l'intervention des amici curiae renforce la transparence de l'arbitrage d'investissement, elle est aussi susceptible d'accroître la qualité de la sentence arbitrale rendue.

b. Contribution à des sentences arbitrales de meilleure qualité

550. Les amici curiae apportent une vision différente au tribunal arbitral. Ils se présentent à l'instance avec un dossier préparé et chiffré, en tentant d'éclairer le tribunal de réalités statistiques et en présentant des prétentions que les parties n'auraient pas abordées, par choix ou par oubli. En effet, les Etats en développement ou peu développés ne disposent pas toujours de moyens financiers suffisants pour élaborer une stratégie de défense pertinente. Les Etats ne disposent pas tous des connaissances ou de moyens de preuves permettant de démontrer les conséquences sociales d'une affaire portée devant un tribunal arbitral. Le recours aux amici curiae est d'un grand soutien pour la défense de ces Etats. A cela, il peut être rétorqué que l'efficacité des amici curiae demeurera amoindrie et ce, même en présence d'un arbitrage entre un investisseur privé étranger et un Etat en développement ou peu développé. Dans cette hypothèse, les associations peuvent être implantées dans ledit Etat et souffrir d'un déficit organisationnel, d'un manque de moyens et d'un manque d'expérience[1560]. Cet argument peut être combattu par le fait que ces associations issues d'Etats en développement ou peu développés peuvent être soutenues par

[1560] Cf notamment S. CHARNOVITZ, « Two Centuries of Participation : NGOs and International Governance », *Mich. J. INT'L. L*. 1997, vol. 18, p. 183-275 (« (l)es ONG des pays en développement peuvent aussi être moins bien financées que leurs homologues des pays industrialisés et donc, moins en mesure de participer efficacement »).

d'autres associations venant d'Etats développés. Les amici curiae peuvent être composés d'associations provenant de différents Etats à la fois[1561], ambitionnant en faveur de la protection de droits équipollents et universels.

551. La principale optique des amici curiae est de veiller à préserver les intérêts publics majeurs tels que les questions de santé publique, d'environnement, de droits humains … Ils attirent l'attention des arbitres sur ces problématiques cruciales. Si les arbitres sont réputés pour leur expertise juridique et ont des compétences accrues sur des disciplines telles que la finance, le commerce ou encore l'industrie, ils ne sont pas toujours formés aux problématiques environnementales et sociales du fond du litige. Ils ne connaissent pas nécessairement tous les aspects d'une affaire *per se*. Dès lors, l'intervention des amici curiae relève d'un véritable soutien pour les tribunaux arbitraux, qui peuvent prendre connaissance de l'impact sur l'intérêt public d'une mesure étatique faisant débat sur les obligations sociales des Etats d'accueil[1562]. Par conséquent, les amici curiae participent à l'amélioration de la qualité du fond des sentences arbitrales prononcées. « Compte tenu de l'intérêt du public pour l'objet de la présente affaire, il est possible que des tierces parties appropriées puissent offrir au Tribunal les perspectives, arguments et compétences d'experts qui l'aideront à prendre une décision correcte »[1563]. De même, les amici curiae « abord(ent) les questions au litige avec des intérêts, une expertise et des points de vue qui diffèrent matériellement de ceux des deux parties en conflit et, en tant que tels, (apportent) une contribution utile à la présente procédure »[1564].

[1561] Dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie préc*., plus de 300 prétendants à la qualité d'amicus curie ont écrit une lettre à James Wolfensohn pour demander le droit de participer à l'instance. Or, la majorité de ces prétendants étaient issus d'Etats développés (Etats-Unis, Canada, Belgique, Royaume-Uni …).

[1562] Ainsi, dans l'affaire *Piero Foresti préc*., le tribunal arbitral a révélé que « (c)et arbitrage soulève des questions d'intérêt public évident, notamment l'égalité réelle et d'autres droits de l'homme, la protection de l'environnement, le développement durable et les rôles respectifs des gouvernements et des investisseurs dans la poursuite de ces objectifs. La cohérence des obligations constitutionnelles nationales de l'Afrique du Sud et de ses obligations découlant du droit international des droits de l'homme, d'une part, et des traités internationaux d'investissement, d'autre part, a une incidence directe sur les mandats et activités des pétitionnaires aux niveaux local, national, international. L'intérêt des pétitionnaires pour toutes ces préoccupations du public est ancien, réel et soutenu par leur expertise bien reconnue dans ces domaines ».

[1563] Sent. *Suez préc*., § 21.

[1564] Sent. Biwater *préc*., § 359.

Conclusion sous-section II : Les conditions aux interventions d'un amicus curiae à une instance arbitrale sont strictes et auraient demandé quelques allègements, afin que ses positions puissent être véritablement entendues. Les obstacles à leur intervention, les difficultés dans l'obtention de documents ont notamment été justifiées par les inconvénients pratiques liées à l'augmentation des coûts et à l'accroissement des délais de procédure, ou encore à l'inégalité du procès arbitral. Des solutions ont été proposées, dans ces développements, pour répondre à ces inquiétudes (obligation d'un nombre de pages précis, combinaison de demandes d'interventions et de mémoires d'amici curiae …). Apportant aux tribunaux arbitraux une approche nouvelle et des données clés liées aux intérêts publics entourant une affaire, les amici curiae contribuent à la démocratisation d'une instance arbitrale contestée, apportent aux tribunaux arbitraux des éclaircissement différents et auraient mérité encore davantage de considération.

Le renforcement du recours aux amici curiae aurait pu réduire une partie des critiques relatives à l'arbitrage d'investissement. Au lieu de cela, il a été privilégié l'adoption d'un SJI. Les amici curiae pourront-ils conserver leur rôle, durement acquis dans l'arbitrage d'investissement, dans les mêmes conditions, au sein de ce nouveau système ? Un parallèle pourrait être opéré avec la situation qui s'est produite devant la Cour internationale de justice. Avec clarté et de manière explicite, les statuts de la Cour internationale de justice excluaient toute participation directe d'entités autres que les Etats dans les litiges qui étaient portés à sa connaissance. L'article 34 énonce que « seuls les États peuvent être parties aux affaires portées devant la Cour »[1565]. Finalement, le paradigme s'est inversé et, pour des raisons pragmatiques notamment liées à l'afflux de demandes d'intervention d'amici curiae, leur intervention a fini par être tolérée, dès lors qu'ils sont directement concernés par la question posée devant la Cour. Même si l'admission des amici curiae finira par être consacrée dans le SJI, leur rôle restera encore à définir et à délimiter.

[1565] Article 34 des Statuts de la Cour internationale de justice (juin 1945).

Conclusion section I : Si, comme l'a fait remarquer une récente étude de l'International Institute for Sustainable Development (IISD), « de nombreux États ont fait valoir que le fait de surcharger les accords internationaux d'investissement avec toute une gamme de problèmes sociaux et environnementaux liés à la création et à la mise en œuvre d'un investissement rendrait les accords trop vastes et trop compliqués »[1566], « il n'est pas déraisonnable d'exiger, en échange de la protection extraordinaire fournie par les (accords d'investissement) et leurs mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États, que les investisseurs respectent certaines normes de base d'un comportement acceptable, telles que la divulgation complète des pratiques antérieures, la tenue de consultations et l'évaluation de l'impact sur l'environnement et autres expressions largement pratiquées de la responsabilité sociale des entreprises »[1567]. L'arbitrage d'investissement n'aurait-il pas risqué de devenir un arbitrage partisan, en cas d'accroissement des devoirs et obligations des investisseurs privés dans les TBI ? La réponse est négative. Il s'agit simplement de procéder à un rééquilibrage des droits et des devoirs. Bien entendu, il convient de ne pas parvenir à des traités d'investissements excluant toute responsabilité des Etats d'accueil. La remarque du Professeur P. Reuter, dans son ouvrage de 1991, est éloquente. « Est-il nécessaire de rappeler que la responsabilité est au cœur du droit international, qu'elle constitue une partie essentielle de ce que l'on pourrait considérer comme la constitution de la Communauté internationale ? »[1568].

En réalité, aujourd'hui et même si le concept de RSE était intégré à de la *hard law*, il ne serait pas moins délicat d'engager la responsabilité d'un investisseur privé étranger sur le terrain d'une atteinte aux droits fondamentaux énoncés dans un traité d'investissement. Prenons pour illustration la thème de l'environnement. Les procès ayant trait à l'environnement sont susceptibles de faire intervenir des questions de droit public, comme des questions de droit privé. Les dommages en cause peuvent être divers, toucher plusieurs catégories de personnes. Les arbitres devront prendre position sur des réalités scientifiques qui

---

[1566] H. MANN, « International Investment Agreements, Business and Human Rights Key Issues and Opportunities », *IISD* 2008, p. 13.

[1567] A. COSBEY et al., « Investment and Sustainable Development : A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements », *IISD* 2004, p. IV (2004).

[1568] P. REUTER, « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats », *in Mélanges offerts à Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, p. 390.

se contestent entre elles et devront établir un lien de causalité certain entre le dommage et le fait générateur. Tout cela ferait des procès environnementaux, des « litiges complexes »[1569]. C'est d'ailleurs ce que considère une partie majoritaire de la doctrine américaine, qui insère dans les hypothèses de « complex litigations » les affaires ayant trait à l'environnement[1570]. Par conséquent, un procès environnemental[1571], en matière arbitrale, serait particulièrement difficile à mettre en place, ce qui justifie qu'il soit parfaitement délicat de ne serait-ce que l'envisager. Les tribunaux arbitraux se trouveraient face à une multiplicité d'intérêts lésés et confrontées aux données scientifiques contradictoires. Passer outre ces difficultés processuelles et construire une véritable « instance environnemental », nécessiterait une profonde refonte de l'instance arbitrale. Ainsi, si en pratique, ils ne sont pas exclusifs l'un de l'autre[1572], la rencontre entre l'arbitrage international en matière d'investissement et l'environnement ne va de soi[1573]. Comme l'a fait remarquer le Professeur Thomas Clay, l'environnement appartient « à la plus publique des sphères »[1574]. L'une des solutions serait d'accélérer les négociations pour la création d'un véritable tribunal arbitral d'environnement institutionnalisé. Il pourrait également être proposé la création d'une Cour environnementale internationale, permettant alors de faire répondre les investisseurs privés étrangers de leurs atteintes aux droits environnementaux.

[1569] Expression américaine visant les « *complex litigations* ». Cf notamment R.L. MARCUS, E.F. SHERMAN et H.M. ERICHSON, *Complex Litigation : Cases and Material on Advanced Civil Procedure*, West Academic Publishing, 7e éd., 2021.

[1570] *Ibid*.

[1571] M. HAUTERAU-BOUTONNET et E. TRUILHE-MARENGO, « Quel modèle pour le procès environnemental ? », *D*. 2017, p. 827.

[1572] E. JOLIVET, « Aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », *Gaz. Pal*. juillet 2006, p. 248.

[1573] Pour autant, les tribunaux arbitraux ont déjà connu des instances ayant trait à une question environnementale, que ce soit dans « L'affaire du Lac Lanoux » (A. GERVAIS, *Annuaire Français de droit international* 1957, vol. 3, p. 178-180) ou encore celle de la *Fonderie de Trail* (J. PIETTE, « Les problèmes de pollution transfrontières et de déchets dangereux en Amérique du Nord », *RQDI* 1er octobre 1992, n° 7.2).

[1574] Th. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal*. 28 et 29 mai 2003, p. 1489.

De plus, la réécriture des traités d'investissement impliquant l'insertion de la RSE serait complexe. En janvier 2020, une étude sur le devoir de vigilance des sociétés dans l'Union européenne par la Commission européenne a été réalisée par le « British Institute of International and comparative law »[1575]. Le concept de diligence responsable a été posé. Il s'agit de l'ensemble des procédures permettant aux sociétés « d'identifier, de prévenir, d'atténuer et de rendre compte » des répercussions négatives qu'elles peuvent causer sur les droits de l'homme[1576]. Cette définition a été insérée dans les principes directeurs de l'OCDE[1577]. Une opportunité s'est présentée avec le traité CETA, accord multilatéral sur les investissements, de poser des règles contraignantes sur la vigilance des investisseurs. Cependant, l'opportunité n'a pas été saisie. Il ne faut pas occulter le fait que la signature d'un accord d'investissement résulte des intérêts des parties en présence et qu'il n'existe pas de devoir de vigilance contraignant dans toutes les législations nationales. D'ailleurs, la loi française du 27 mars 2017 est la seule loi qui consacre véritablement un devoir de vigilance dans l'Union européenne[1578].

En définitive, il a été privilégié de se contenter du recours aux amici curiae pour informer les tribunaux arbitraux des conséquences sociales d'une affaire arbitrale en matière d'investissement. Si l'intervention des amici curiae contribue à la prise en compte des droits sociaux par les arbitres, leur rôle est encore trop limité et les obstacles à leurs interventions sont nombreux. Tout ceci peut contribuer à renforcer une attitude peu coopérative des Etats défaillants, se retranchant derrière le jeu de l'immunité d'exécution en réaction à des sentences arbitrales qu'ils estiment injustes.

[1575] Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Commission européenne, janvier 2020. Cet Institut est un centre de recherche en droit international et comparé, créé en 1958 et basé à Londres.

[1576] Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ; Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations-Unies (Nations-Unies, Haut-Commissariat, 2011, principe directeur n°15 b), spéc. p. 19.

[1577] Principe n° 10, spéc., p. 23.

[1578] Loi n° 2017-339 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Commission européenne, janvier 2020, p. 9. Cf également X. BOUCOBZA et Y-M. SERINET, « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 28, p. 1619.

Section II : Les immunités des Etats en réaction aux déséquilibres substantiels

Condamnés par des tribunaux arbitraux se fondant sur des TBI substantiellement déséquilibrés, des Etats se retranchent derrière leur immunité d'exécution, pour ne pas exécuter les sentences prononcées. C'est le serpent qui se mord la queue. Autrement dit, puisque les sentences ne conviennent pas aux Etats et s'appuient sur des traités d'investissement substantiellement en leur défaveur, les Etats se fondent sur leur immunité d'exécution et, ce faisant, contribuent à une inexorable inefficacité de l'institution arbitrale. L'efficacité réelle des sentences arbitrales en matière d'investissement constitue alors un édifice en délitescence annoncé. L'efficience d'une justice se mesure au respect de ses jugements. En dépit des réformes envisagées dans l'ensemble des développements précédents ou des motifs visant à nuancer les oppositions à l'arbitrage d'investissement, cette justice privée demeure contestable sur un autre terrain, celui de son effectivité.

Auparavant, la force armée était la seule solution à l'exécution des sentences arbitrales. Ce faisant, le ministre des affaires étrangères britanniques, Lord Palmerston, avait diligenté des navires de guerre dans la Aegean Sea, afin de saisir la propriété d'un grec obtenue par un citoyen britannique en tant que compensation[1579]. Puis au cours du début du XXe siècle, les fondateurs de l'arbitrage moderne n'avaient pas anticipé les problématiques liées à l'exécution des sentences arbitrales par le recours aux juridictions étatiques. Dans la version de 1923 des Règles de l'arbitrage CCI, il était précisé que les parties étaient « honor bound », liées par l'honneur, de respecter et de se soumettre aux sentences arbitrales. Autrement dit, les normes morales seraient suffisantes pour assurer le respect des sentences arbitrales. La convention de Washington pensait donner une force suffisante et satisfaisante aux sentences arbitrales prononcées par les tribunaux CIRDI, en les rendant directement exécutoires au sein des Etats. Pourtant et de plus en plus, la réalité a été toute autre. L'exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement s'est heurtée au jeu des immunités des Etats, contrevenant à l'efficience de ce mode de règlement des litiges. Les investisseurs se sont alors retrouvés détenteurs d'une sentence favorable, sans pouvoir parvenir à la

[1579] Sur cette affaire, cf J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law, op. cit.*, p. 15-17.

faire exécuter. Dès lors, si une réforme considérable de l'arbitrage d'investissement était nécessaire, c'était aussi sur le terrain de la consécration ou du renforcement de véritables outils venant pallier aux immunités d'exécution des Etats.

En actionnant l'arbitrage, l'investisseur privé étranger affiche sa volonté d'obtenir réparation face aux comportements arbitraires de l'Etat d'accueil. Puis viendra le désir de l'investisseur de voir la sentence, condamnant l'Etat, être exécutée. A première vue, le régime du CIRDI accorde au profit de l'investisseur le meilleur des systèmes pour l'exécution d'une sentence arbitrale. Comme l'affirme l'article 53 (1) de la Convention de Washington, une sentence arbitrale est « obligatoire » sans que soit nécessaire, pour l'investisseur, d'avoir recours à une juridiction étatique nationale[1580]. Chaque Etat partie à la Convention s'est engagé à exécuter les sentences du CIRDI comme s'il s'agissait de jugements définitifs provenant de ses propres juridictions. Ainsi, l'étendue des pouvoirs des arbitres dans l'exécution des sentences arbitrales doit, par essence, être limitée, puisque les sentences CIRDI ont force obligatoire à l'égard des parties au litige[1581]. En cela, les sentences arbitrales venant condamner un Etat au versement de compensations devraient demeurer directement exécutoires.

Cependant, si les Etats parties à la Convention se doivent de respecter les sentences CIRDI, il n'en demeure pas moins que le droit en vigueur dans chacun des Etats, concernant leur immunité souveraine d'exécution, continue de s'appliquer[1582] (Sous-Section II). L'arbitrage d'investissement n'échappe pas à la menace d'une inexécution des sentences prononcées et les investisseurs ont, de plus en plus, sollicité les arbitres de mesures provisoires ou conservatoires. Or, pour une attribution de telles mesures, le pouvoir des tribunaux arbitraux est profondément limité (Sous-Section I).

[1580] International Centre for Settlement of Investment Disputes, Disputes, Convention, Regulations & Rules, 17 U.S.T. 1270., Art. 53(1) (1965).

[1581] Cf sent. *SOABI c. Sénégal préc.*

[1582] Article 55 de la Convention CIRDI.

Sous-Section I : Le pouvoir réduit des arbitres

552. Les litiges internationaux dans l'arbitrage d'investissement peuvent se prolonger dans le temps. Il a rapidement fallu aborder les hypothèses des mesures provisoires. Comme le dispose l'article 47 de la convention de Washington, les tribunaux arbitraux sont investis du pouvoir d'accorder « toutes » les mesures provisoires qu'ils jugent nécessaires. Toutes les autres règles institutionnelles, comme les Règles UNICTRAL, LCIA, CCI, SCC, ont prévu des dispositions ayant trait aux mesures provisoires et ont édifié des listes non-exhaustives. Certaines visent spécifiquement à préserver des preuves, à préserver un *statu quo* entre les parties, à prévenir contre les procédures parallèles … L'un des buts de ces mesures est d'éluder les risques d'aggravation du contentieux. Les mesures provisoires accordent à l'une des parties la sécurisation de ses droits. Ces mesures permettent, notamment, de prévenir la destruction d'un objet du litige, qui pourrait rendre la sentence arbitrale inefficace[1583].

553. Une distinction est susceptible de s'opérer entre, d'une part, les *Mareva injunctions* et d'autre part, les *Anton Piller orders*[1584]. Les *Mareva injunctions* permettent à une partie de demander au tribunal arbitral que soient gelés les biens de l'autre partie, afin d'éviter leur disparition avant le déroulé de l'instance arbitrale. Les *Anton Piller orders* visent à préserver la propriété de l'autre partie, en posant une permission d'y pénétrer et d'y effectuer des recherches afin d'obtenir des documents servant de preuves. Généralement, ce n'est que lorsque l'urgence des circonstances le commande, que les parties usent du recours aux *Mareva injunction* et aux *Anton Piller orders*. Ces deux mesures ont pour atout de pouvoir être prononcées et exécutées *ex parte*, autrement dit sans avoir à être notifiées à la partie défenderesse.

[1583] P. LALIVE, « The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems », *Brit. Y.B INT'L. L.* 1980, p. 123-132 ; A. MASOOD, , « Provisional Measures of Protection in Arbitration under the World Bank Convention », *Delhi L. Rev*. 1972, vol. 1, p. 138.

[1584] A. REDFERN et M. HUNTER *op. cit.*, 2015, p. 7-21.

554. Les mesures touchant à l'intégrité des biens des Etats seraient particulièrement attentatoires à leur souveraineté. Les biens diplomatiques devraient demeurer indisponibles en tout état de cause et ne devraient pas pouvoir faire l'objet de « perquisition »[1585]. Malgré tout, à cela il faut rétorquer. Plus qu'à concourir à l'indisponibilité d'une créance, les mesures provisoires ne visent qu'à éclairer les juges et c'est pourquoi plusieurs droits nationaux n'y font pas obstacle.

555. Pour prétendre au bénéfice de mesures provisoires, des critères ont été posés, essentiellement par les commentateurs et par les tribunaux arbitraux. Cinq critères sont fréquemment invoqués. Le tribunal arbitral convient d'être compétent *prima facie*, à première vue. Le demandeur doit émettre une plainte, *prima facie,* de valeur avec le litige. Les mesures demandées doivent être nécessaires et doivent avoir été invoquées sous le prisme de l'urgence. Enfin, les mesures accordées doivent d'être proportionnelles.

556. Il existe une différence entre les règles de l'arbitrage commercial, qui prévoient que les mesures provisoires peuvent être octroyées par les juridictions nationales, et les règles du CIRDI qui affirment que les mesures provisoires peuvent être recommandées (mais pas ordonnées) par les tribunaux arbitraux[1586]. En règle générale, le tribunal arbitral, qui statue sur la demande d'arbitrage, est aussi compétent pour traiter des questions relatives aux mesures provisoires. Dès lors, il est opportun, pour les parties, de se montrer coopératives et de respecter les mesures provisoires énoncées par un tribunal arbitral, qui devra encore trancher le fond du litige.

[1585] Cf J. SALMON et S. SUCHARITKUL, « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat », *AFDI* 1987.

[1586] L'article 47 de la Convention CIRDI et l'article 39.6 disposent ainsi que les parties sont amenées à mentionner explicitement leur volonté de recours aux juridictions étatiques, ce qu'elles négligent le plus souvent de faire en pratique. Dès lors, les tribunaux CIRDI sont, en général, compétents pour trancher des questions relatives aux mesures d'urgence et conservatoires.

557. Si l'octroi de mesures provisoires peut être d'une grande utilité dans l'arbitrage d'investissement face au défaut d'exécution des Etats, leur effectivité demeure équivoque. Pour obtenir des mesures urgentes et provisoires, les parties ont souvent pour réflexe, non pas de saisir une institution d'arbitrage, mais de se tourner vers les juridictions étatiques et ce, alors que les articles 47 de la convention de Washington et 39 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ne l'exigent pas. Or, les juridictions étatiques de l'Etat d'accueil ne seront pas toujours favorables au prononcé de mesures provisoires contre leur propre Etat. De plus et quand bien même les tribunaux arbitraux seraient saisis, les arbitres ne sont dotés d'aucun pouvoir de coercition, ils ne sont pas investis de l'*imperium*, rendant l'exécution des mesures provisoires incertaine. L'article 47 de la convention CIRDI et la Règle 39 des Règles d'arbitrage CIRDI énoncent que le tribunal arbitral peut « recommander » des mesures provisionnelles. Le terme recommander semble exclure tout pouvoir coercitif, contrairement au terme « ordonner ». Il semble que la Convention CIRDI, traditionnellement, « suggère qu'une décision consciente a été prise de ne pas conférer au tribunal le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et obligatoires »[1587]. Un tribunal arbitral serait contraint de demander aux parties de saisir la justice publique. Pour éluder une telle approche, il conviendrait d'estimer que le terme de « recommander », inséré dans la Règle 39 des règles arbitrages CIRDI, équivaut au terme « ordonner » utilisé dans les autres Règles[1588].

Conclusion sous-section I : En définitive, si les tribunaux arbitraux semblent investis de prérogatives visant à octroyer des mesures provisoires aux parties dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, la réalité est bien plus édulcorée. En pratique, leur attribution est fortement limitée, notamment, par l'ab-

[1587] CH. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 764.

[1588] Cf sent. *Maffezini c. Espagne préc*. : « (i)l existe une différence sémantique entre le mot 'recommander' tel qu'il est utilisé dans la règle 39 et le mot 'ordonnance' tel qu'utilisé ailleurs dans le Règlement pour décrire la capacité du Tribunal d'exiger qu'une partie prenne une certaine mesure, la différence est plus apparente que réelle. Il convient de noter que le texte espagnol de cette règle utilise également le mot 'dictación'. Le Tribunal n'estime pas que les parties à la Convention aient voulu créer une différence substantielle dans l'effet de ces deux mots. L'autorité du Tribunal de statuer sur les mesures conservatoires n'est pas moins contraignante que celle d'une sentence définitive. En conséquence, aux fins de la présente ordonnance, le Tribunal considère que le mot 'recommander' a une valeur équivalente au mot 'ordonner' ».

sence d'*imperium* des arbitres en matière d'arbitrage d'investissement sous l'égide du CIRDI. Les arbitres ne peuvent pas ordonner de mesures provisionnelles, mais seulement les recommander. Cette absence d'*imperium* des arbitres faisait aussi le jeu des immunités d'exécution des Etats.

Sous-Section II : Les immunités d'exécution au soutien des Etats

Le terme « immunité » est apparu à la fin du XIII^{e} siècle. Son étymologie provient du latin *immunitas*, de *munus* « charge » et signifie « exemption de charge »[1589]. A ses origines, l'immunité était destinée à être accordée par le Roi aux membres du clergé ou de la noblesse, à certains grands propriétaires ou grands ecclésiastiques et, avec la fin des monarchies, à être accordée par la loi. Apparue pour la première fois dans la jurisprudence française dans un arrêt de la Cour d'appel de Nancy le 31 août 1871[1590], le principe de la notion était utilisé bien antérieurement par les Cours.

Les Etats jouissent de deux types d'immunités. D'une part, l'immunité de juridiction, qui est celle selon laquelle un Etat ne peut pas être poursuivi et conduit devant une juridiction autre que la sienne. D'autre part, l'immunité d'exécution, qui est celle par laquelle un Etat s'octroie le pouvoir de refuser d'exécuter une sentence rendue par un juge étranger ou par un tribunal arbitral.

En pratique, lorsque le tribunal arbitral rend sa sentence, il dispose d'une date limite à laquelle son exécution est amenée à intervenir. Passée cette date, l'investisseur privé étranger pourra alors chercher à exécuter la sentence en saisissant les biens de l'Etat partie. Puisque le tribunal arbitral n'est pas doté de l'autorité suffisante à mettre en application sa sentence, l'investisseur est invité à déposer une demande

[1589] G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

[1590] CA Nancy, 31 août 1871, *Luchmann et Cahn c/Heymann, D.* 1871. 2. 207.

d'exécution auprès d'une juridiction nationale. Qu'il s'agisse de la Convention CIRDI ou de la convention de New York, l'investisseur est amené à respecter trois étapes, pour obtenir l'exécution de la sentence arbitrale. Dans un premier temps, il doit obtenir la reconnaissance de la sentence arbitrale par la juridiction interne d'un Etat partie à l'une de ces conventions. Dans un deuxième temps, il doit obtenir l'acquiescement du caractère exécutoire de la sentence arbitrale par cette juridiction interne. Enfin, il pourra demander à la juridiction nationale de prononcer l'exécution de la sentence arbitrale contre les biens de l'Etat d'accueil situés sur son territoire. La question de l'immunité d'exécution ne se pose que lorsque la sentence arbitrale a été reconnue. Il convient, pour l'investisseur privé étranger, de se lancer dans une véritable investigation et de rechercher, d'abord, tous les Etats dans le monde dans lesquels l'Etat défaillant détient des biens. Une fois cette tâche effectuée, l'investisseur devra analyser la législation en vigueur dans chacun de ces Etats et ne retenir que ceux ayant des dispositions plus ou moins défavorables à l'immunité d'exécution des Etats. Ce faisant, il pourra demander à saisir les biens des Etats contenus dans des pays restés relativement à l'écart des exigences d'immunité.

Les déséquilibres substantiels des traités d'investissement ne font que renforcer les comportements peu coopératifs des Etats qui, pour éluder les effets de sentences qu'ils jugent inéquitables et pour conforter l'opinion publique, se retranchent derrière leur immunité d'exécution (§1). Les reproches prennent forme dans l'étude de plusieurs sentences arbitrales et impliquent une réforme profonde du système. D'ailleurs, la CCIAG, au sein du groupe de travail III de la CNUDCI, s'était dite préoccupée par l'un des points qu'elle estime le plus critique, finalement, de l'arbitrage d'investissement, à savoir le caractère défaillant de l'exécution des sentences arbitrales, qui ne fait qu'abaisser la confiance des investisseurs dans ce système (§2).

§1 : Le caractère inébranlable de l'immunité d'exécution des Etats

De longue date, les juridictions de droit civil et de common law ont affirmé le caractère absolu de l'immunité d'exécution, malgré certaines restrictions contemporaines (1). Ce caractère absolu a été renforcé en droit français, par une loi Sapin II aux réprobations certaines (2).

1) Une protection souveraine, même restreinte

Si l'article 54 de la convention CIRDI prévoit expressément l'obligation pour les Etats-parties de reconnaitre et d'exécuter les sentences rendues par les tribunaux arbitraux[1591], l'obligation se limite aux obligations pécuniaires. L'article 54 de la convention CIRDI ne fait pas exception au principe de l'immunité d'exécution en vigueur dans la loi de cet Etat[1592]. Une évolution s'est enclenchée avec l'adoption, par certaines juridictions nationales, de la théorie de l'immunité restreinte (a). En effet, lorsque les Etats entretiennent des relations commerciales avec un partenaire privé, ils se comportent davantage comme des acteurs économiques que comme les possesseurs de l'autorité publique. Par conséquent, des cas de renonciation par des Etats à leurs immunités d'exécution ont été recensés, dans l'optique d'attirer des investisseurs étrangers (b).

a. Les immunités restreintes

558. Le concept de l'immunité d'exécution est apparu, dans la jurisprudence française, avec l'arrêt Veuve Cartier-Terrasson. Dans cet arrêt, les juges du droit ont énoncé qu' « il est de principe absolu en droit qu'il n'appartient pas au créancier de l'Etat, même pour s'assurer l'exécution d'une décision judiciaire obtenue contre celui-ci, de faire saisir, arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'Etat »[1593]. De longue date, les juridictions nationales ont affirmé le caractère absolu de l'immunité d'exécution. Certains Etats, notamment communistes, en ont fait le principe. C'est le cas

[1591] « Chaque État contractant reconnaît la sentence rendue en vertu de la présente Convention comme obligatoire et applique les obligations pécuniaires que cette sentence impose sur son territoire, comme s'il s'agissait d'un jugement définitif rendu par une Cour de cet État (…) ».

[1592] Cf M. BRENNINKMEIJER et F. GELINAS, « The problem of exécution immunities and the ICSID Convention », *Journal of world investment & Trade* 2021, vol. 22, p. 429-458.

[1593] Cass. civ. 5 mai 1885, *Veuve Caratier-Terrasson, S.* 1886, 1, p. 353.

de la Chine, comme en témoigne le fait qu'à Hong-Kong, le fonds FG Hemisphere Associates LLC, désirant saisir des avoirs de la République démocratique du Congo situés sur le territoire chinois, s'était heurté à la stricte doctrine de l'immunité d'exécution[1594]. L'exécution des sentences CIRDI dépend du droit national de chaque Etat et les obligations non-pécuniaires prononcées par les tribunaux arbitraux CIRDI ne sont pas exécutoires sous le régime de l'article 54 de la convention CIRDI. Cependant, sur ce point, il convient de souligner que si l'Etat est partie à la convention de New-York, l'investisseur pourra exiger l'exécution des obligations non-pécuniaires sous le fondement de cette convention. En effet, « (l)'article III de la convention de New York ne contient aucune distinction de ce type (entre obligations pécuniaires et obligations pécuniaires). Par conséquent, le seul moyen d'obtenir une exécution correcte de la sentence serait de demander l'application de la convention de New York »[1595].

559. Le point d'orgue du déséquilibre, dans la relation entre investisseurs étrangers et Etats, tient aux prérogatives de l'Etat liées à ses immunités et apparait au moment de l'exécution des sentences. Si les Etats sont attachés au jeu des immunités, certains ont affiché le désir de le réguler, comme en atteste la Convention européenne sur l'immunité souveraine. Adoptée et entrée en application dans les années 1970, cette Convention n'a pas eu le succès escompté et ne compte que huit Etats signataires ayant, malgré tout, fait l'effort de sa ratification. Mais les immunités sont aujourd'hui davantage restreintes et le plus souvent, un Etat étranger « a droit à l'immunité uniquement à l'égard de ses actes publics »[1596]. L'immunité d'exécution ne joue alors que dans certains cas déterminés.

[1594] Cf notamment D. QI, « State Immunity, China and Its Shifting Position », *Chin. J. Int. Law* 2008, vol. 7, n° 2, p. 307-337.

[1595] G. CANE, « The Enforcement of ICSID Awards : Revolutionary or Ineffective ? », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2004, vol. 15, n° 3-4, p. 439-463 et spéc p. 456.

[1596] A.K. BJORKLUND, « Symposium : Arbitration and National Courts : Conflict and Cooperation : Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards : The repoliticization of International Investment Disputes », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2010, vol. 21. n° 1-4, p. 211-242 et spéc. p. 212-213.

560. A ce propos, les Etats-Unis ont une vision restrictive de l'immunité, depuis une loi de 1976 sur l'immunité souveraine des Etats étrangers, réduisant l'immunité des Etats à leurs activités non commerciales, autrement dit aux activités ayant un caractère public. En droit anglais, l'affaire Orascom Telecom Holding SAE c. Tchad témoigne de la vision anglaise de l'immunité d'exécution[1597]. En l'espèce, une entreprise égyptienne avait saisi les juridictions anglaises et demandé la saisie de comptes bancaires détenus par une banque anglaise au compte de l'Etat du Tchad. Ce faisant, l'investisseur égyptien avait exigé cette saisie en exécution forcée d'une sentence arbitrale qu'un tribunal arbitral avait rendue en sa faveur contre le Tchad. Le Tchad estimait que les fonds bancaires, qu'il détenait en Angleterre, étaient couverts par son immunité d'exécution et s'était opposé à leur saisie. Le juge anglais a rappelé qu'il ressort de la Section 13 (4) du *State Immunity Act* de 1978 la règle selon laquelle un Etat ne bénéficie pas du jeu de l'immunité d'exécution pour ses biens dédiés à un usage commercial. L'immunité d'exécution n'a plus un caractère absolu.

En définitive, le champ d'application ainsi que l'effectivité de l'immunité d'exécution ont progressivement perdu du terrain depuis près d'une cinquantaine d'années[1598]. Seuls peuvent être saisis les biens affectés à une activité de droit privé[1599]. Si, en cas de renonciation d'un Etat à son immunité d'exécution, le créancier pourra tenter de saisir des biens affectés à un service public ou relevant de la souveraineté de l'Etat, la jurisprudence s'est attelée à protéger les biens affectés au bon fonctionnement des missions diplomatiques, en particulier les comptes bancaires.

[1597] *Orascom Telecom Holding SAE c. Tchad* (2009) 1 All. E. R. (Comm) 315.

[1598] Consécration de l'immunité relative par la Cour de cassation dans les arrêts Englander (Cass. civ. 11 février 1969, *JDI* 1969.923, note PH. KAHN ; *Rev. crit. DIP* 1970.98, note P. BOUREL).

[1599] Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodiff*, n° 82-12.462, *Rev. crit. DIP* 1984.644, note J-M. BISCHOFF ; *JDI* 1984.598, note B. OPPETIT.

b. Des renonciations à l'immunité d'exécution exceptionnelles

Chaque Etat devrait être tenu d'édifier une règlementation concernant l'exécution des sentences arbitrales et, plus particulièrement, des sentences CIRDI. L'article 69 de la convention dispose que les Etats ont à « prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet aux dispositions de la Convention. (…) ».

Ce faisant, les Etats-Unis ont inséré, dans leur droit national, une disposition visant à donner aux sentences CIRDI un effet équivalent aux jugements que rendraient une juridiction interne. En ce sens, il est fait état, dans le droit américain, qu' « une sentence d'un tribunal arbitral rendue, en vertu du chapitre IV de la Convention (CIRDI), crée un droit découlant d'un traité des États-Unis. Les obligations pécuniaires imposées par une telle sentence sont exécutées et bénéficient de la même pleine foi et du même crédit que si la sentence était une décision définitive d'un tribunal de juridiction générale de l'un des États »[1600]. Ce mouvement n'a pas été suivi par tous les Etats parties à la Convention. Les investisseurs ont rapidement voulu s'élever contre l'utilisation des prérogatives étatiques relatives aux immunités, dès lors que les Etats se comportent comme des partenaires commerciaux. C'est alors que certains Etats, pour attirer toujours plus d'investisseurs étrangers, ont renoncé à leur immunité d'exécution (b.1), même de manière implicite (b.2).

b.1. Hypothèses et moyens de renonciation

561. Le projet de modification du Règlement CE n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dont le principe fut confirmé par un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 4 juillet 2007[1601], a rappelé que la suspension de l'exécution n'est pas une règle d'ordre public et que les

[1600] Foreign Relations and Intercourse, 22 U.S.C. § 1650a(a) (2000).

[1601] Cass. civ. 1re, 4 juillet 2007, n° 05-16.586. Sur la question de la renonciation, cf M. AUDIT, « La renonciation par un Etat

parties sont aptes d'y déroger par contrat et de demander au tribunal arbitral d'ordonner l'exécution provisoire de la sentence. La convention CIRDI a même été plus tranchante, en posant une procédure d'exéquatur simplifiée, à propos de la reconnaissance des sentences rendues sous l'égide du CIRDI. Les juridictions internes ne sont autorisées qu'à vérifier l'existence de la sentence qui leur est présentée (copie conforme émise par le Secrétaire Générale du CIRDI), voire à demander une traduction jurée de cette sentence. Elles ne peuvent opérer aucune autre vérification. Ainsi, « les dispositions de l'article 54 de la convention de Washington prévoient un exequatur simplifié et limitent le pouvoir du juge désigné à cet effet dans chaque Etat contractant au contrôle de l'authenticité de la sentence certifiée conforme par le Secrétariat Général du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements »[1602]. De même, « la Convention de Washington du 18 mars 1965 a institué, en ses articles 53 et 54, un régime autonome et simplifié de reconnaissance et d'exécution qui exclut celui des articles 1498 et suivants du nouveau Code de procédure civile et, en particulier, les voies de recours qui y sont prévues »[1603].

562. Si le Centre CIRDI a mis à la disposition des parties une clause modèle 15 disposant que « l'État hôte renonce par la présente à tout droit d'immunité souveraine à son égard et à celui de ses biens en ce qui concerne l'exécution de toute sentence rendue par un tribunal arbitral constitué en vertu du présent accord », aucune référence explicite n'a été prévue à la renonciation de l'immunité d'exécution des Etats. Des références implicites prédominent-elles ? D'une part, l'article 54 (3) dispose que « l'exécution de la sentence est régie par les lois relatives à l'exécution des décisions en vigueur dans l'État sur le territoire duquel cette exécution est demandée » et, l'article 55 affirme qu' « aucune disposition de l'article 54 ne peut être interprétée comme dérogeant au droit en vigueur dans tout État contractant concernant l'immu-

---

à son immunité d'exécution », *in* A. PETERS, E. LAGRANGE, S. OETER et C. TOMUSCHAT (dir.), *Immunities in the age of global constitutionalism*, Brill Nijhoff, 2015, p. 70-84.

[1602] CA Paris, *Benvenuti et Bonfant c. République Populaire du Congo*, 26 juin 1981, *Rev. arb.* 1982.207, note B. OPPETIT et *Rev. crit. DIP* 1982.379, note P. BOUREL.

[1603] Cass. civ. 1re, 11 juin 1991, *Soabi c. Sénégal*, *Rev. crit. DIP* 1992.331, note P. LAGARDE.

nité d'exécution de cet État ou de tout État étranger ». Il ne semble pas qu'il puisse s'agir, ici, de références à la renonciation de l'immunité d'exécution, puisque ces deux articles ne font que préciser que le droit de l'Etat dans lequel l'exécution est demandée doit s'appliquer et que la sentence est appelée à être respectée, comme si elle avait été rendue par une juridiction nationale.

563. Si l'abstention à l'immunité d'exécution n'est pas un acte coutumier, elle se justifie par la volonté d'attirer des acteurs économiques étrangers, en assurant que l'Etat se pliera à la décision des arbitres. Manifestation d'une perte de la garantie des droits des investisseurs étrangers, l'immunité d'exécution nuit à l'effectivité de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat d'accueil défaillant. Dès lors et en pratique, la clause de renonciation à l'immunité d'exécution est fréquente dans les traités internationaux. Elle est d'ailleurs insérée au sein de la Convention des Nations-Unies sur les Immunités de juridiction des Etats et leur propriété. Des traités d'investissement ont également prévu la force contraignante d'une sentence arbitrale. Le TBI conclu entre l'Autriche et la Jordanie énonce que « chaque partie contractante prend des dispositions en vue de l'exécution effective des sentences rendues en vertu du présent article et exécute sans retard toute sentence rendue dans le cadre d'une procédure à laquelle elle est partie »[1604]. Refuser de renoncer à l'immunité d'exécution enverrait aux investisseurs privés étrangers un mauvais signal.

564. Plusieurs cas de renonciation pourraient intervenir. Les cas de renonciation expresse pourrait naître des « Comfort letters », même si la pratique n'a pas encore été saisie de la question[1605]. A titre d'illustration, dans l'affaire CMS, l'Etat argentin avait émis une lettre énonçant qu' « il reconnaîtra comme obligatoire la sentence rendue par le tribunal arbitral dans la présente procédure et fera respecter les obligations pécuniaires imposées par cette sentence sur ses territoires, dans l'hypothèse où l'annulation ne serait

[1604] TBI Autriche-Jordanie, Article 17(2).

[1605] I. UCHKUNOVA et O. TEMNIKOV, « Enforcement of Awards under the ICSID Convention – What Solutions to the Problem of State Immunity ? », *ICSID Rev*. 2014, vol. 29(1), p. 187-204.

pas accordée »[1606]. Cette lettre semblait manifester d'un renoncement à l'immunité d'exécution. Informés de la sentence, les investisseurs pourraient conditionner leur implantation internationale au respect par l'Etat du respect de son prononcé. Cette renonciation demeure aléatoire, la publicisation des sentences arbitrales ne contribuant pas toujours au respect de l'exécution des sentences, comme en témoignait l'affaire Yukos dans laquelle la Russie a insisté dans son refus d'exécuter la sentence en dépit de la publication de celle-ci. Mais la publicisation pourrait avoir une influence dans l'exécution des sentences arbitrales par les Etats.

565. De plus, des clauses types dans les traités d'investissement ou dans les contrats entre investisseurs et Etats, prévoyant une renonciation expresse des Etats à leur immunité d'exécution, pourraient être envisagées. Cependant, il est vrai que, même en présence de pareilles clauses, l'exécution d'une sentence arbitrale peut demeurer délicate, comme en témoigne l'affaire « Gouvernement de la Fédération de Russie c. Compagnie de Noga d'Importation et d'Exportation ». Dans cette affaire, il a été précisé que « la renonciation expresse à l'immunité de poursuite, à l'exécution et à la saisie ne simplifie pas toujours l'efficacité de l'exécution de la sentence. Parfois, les tribunaux, même en présence d'une clause de renonciation explicite, peuvent la lire de manière extrêmement étroite et ne pas donner entière satisfaction à la demande d'exécution »[1607].

566. Enfin, « (l)'immunité d'exécution d'un État (article 55 de la Convention) ne l'exempte pas de l'exécution de la sentence, étant donné son engagement formel à cet égard à la suite de la signature de la Convention. S'il n'applique pas la sentence, son comportement est soumis à diverses sanctions indirectes. On se référera précisément aux articles 27 et 64 de la Convention. L'État de l'investisseur a le droit, en vertu de l'article 27, d'exercer sa protection diplomatique contre l'État qui ne respecte pas son obligation d'exécuter une sentence arbitrale du Centre, mais également, en vertu de l'article 64, de saisir la Cour internationale de justice. De plus, le refus d'un État d'imposer une sentence du CIRDI pourrait avoir une

---

[1606] *Sent. CMS préc*., § 28.

[1607] *Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation S.A c. Russie*.

incidence négative sur la position de cet État dans la communauté internationale en ce qui concerne la poursuite du financement international ou l'afflux d'autres investissements »[1608]. Par conséquent, le recours à la protection diplomatique, postérieurement à l'instance arbitrale, permettrait de contribuer à l'effectivité de l'arbitrage d'investissement de manière économique et consensuelle. L'investisseur pourrait demander à son Etat d'origine de presser l'Etat d'accueil d'exécuter la sentence arbitrale prononcée. Si cela pourrait contribuer à une repolitisation des débats, il s'agirait d'un mode de pression économique, car les coûts procéduraux seraient considérablement réduits. Et, le refus d'un Etat d'une renonciation expresse à son immunité d'exécution léserait sa réputation auprès des investisseurs étrangers.

Si la renonciation expresse à l'immunité d'exécution n'est pas un acte traditionnel, les partisans à l'arbitrage d'investissement pourraient se satisfaire de la consécration de renonciations implicites.

b.2. Le cas des renonciations implicites

Certaines voix estiment qu'une émission, par l'Etat, d'une offre publique d'arbitrage devrait écarter, d'emblée, toute revendication du jeu des immunités ou encore qu'une renonciation à une immunité de juridiction devrait valoir, en parallèle, renonciation à l'immunité d'exécution.

567. Consentement à l'arbitrage et renonciation à l'immunité d'exécution. La majorité des systèmes juridiques considère que les Etats sont réputés avoir renoncé à leur immunité de juridiction, dès la conclusion d'une convention d'arbitrage. C'est ce qu'il ressort du *State Immunity Act* de 1978 en droit anglais ou encore du droit français[1609]. Le fait qu'un Etat ait accepté, par le biais d'un traité d'investissement, le

[1608] *Mitchell c. DR Congo,* Decision on the Stay of Enforcement of the Award, 30 novembre 2004, § 41.

[1609] Cass. civ. 1re, 18 novembre 1986, *Rev. crit. DIP* 1987.786, note P. MAYER.

recours à l'arbitrage d'investissement, ne devrait-il pas écarter toute revendication ultérieure à l'immunité d'exécution ? En consentant à l'arbitrage, un Etat consent, à la fois, à la procédure arbitrale ainsi qu'aux Règles et aux incidences de l'arbitrage. Ainsi, si la renonciation de l'immunité d'exécution ne se trouve pas au sein de la convention CIRDI, elle doit être inhérente à l'offre publique d'arbitrage. La ratification de la convention CIRDI et l'offre publique d'arbitrage émise dans un TBI par un Etat sont deux éléments qui doivent attester de la renonciation implicite des Etats à leurs immunités de juridiction et d'exécution. Les investisseurs privés étrangers ont été convaincus qu'ayant consenti aux dispositions CIRDI et émis une offre publique d'arbitrage, les Etats se sont, par là-même, engagés à exécuter les sentences prononcées par un tribunal arbitral. Une contradiction apparaitrait entre un Etat s'accordant à être responsable en cas de défaillances contre l'investisseur et, en même temps, refusant d'exécuter les sentences arbitrales le condamnant. Comme l'a fait remarquer le Professeur Schreuer, « le caractère contraignant de la sentence est inhérent à la notion d'arbitrage. Il est souvent exprimé en termes de chose jugée. Étant donné que l'arbitrage est fondé sur un accord entre les parties et que cet accord comprend une promesse de se conformer à la sentence, la force obligatoire de la sentence peut également être fondée sur la maxime *pacta sunt servanda*. Le principe de la force obligatoire des sentences arbitrales est exprimé dans la plupart des instruments régissant l'arbitrage et est fréquemment rappelé dans les accords d'arbitrage »[1610].

568. Les juridictions nationales sont peu nombreuses à admettre qu'un consentement à l'arbitrage international CIRDI entraine renonciation au jeu de l'immunité d'exécution des Etats. Pour les sentences arbitrales, dont l'exécution est fondée sur la convention de New-York, la situation est différente, puisque dans cette hypothèse, la majorité des juridictions étatiques considère que le consentement d'un Etat à l'arbitrage international vaut renonciation implicite à l'immunité d'exécution. Certains Etats sont même allés jusqu'à codifier ce principe. C'est le cas des Etats-Unis, qui ont adopté le *Foreign Sovereign Immunities Act*, disposant que l'acceptation d'exécuter directement une sentence rendue par un tribunal arbitral non CIRDI et dont les règles sont soumises à la Convention de New-York, vaut abdication à

[1610] CH. SCHREUER, *The ICSID Convention : A Commentary*, *op. cit.*, p. 1099, § 10, cité dans G. R. DELAUME, « Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards », *J. Int. Arbitr.* 1995, vol. 12, p. 5.

l'immunité d'exécution[1611]. Cette différence de traitement s'inspire de la méfiance ressentie à l'encontre des sentences CIRDI, traitant de l'intérêt public et présumées à tort défendre davantage les intérêts privés des investisseurs. Malgré tout, il est arrivé que des juridictions nationales aient jugé qu'un consentement à une clause d'arbitrage CIRDI puisse valoir renonciation au jeu des immunités. En ce sens, dans une décision américaine du Tribunal du District Sud de New-York, communément nommée l'affaire *Letco,* il a été considéré que le Libéria avait renoncé à son immunité d'exécution par la signature d'une clause d'arbitrage CIRDI[1612]. De surcroît, dans la sentence Birch Shipping Cor c. Ambassade de la République de Tanzanie, il a été jugé qu' « en ce qui concerne l'immunité, le défendeur a accepté l'arbitrage et l'exécution judiciaire de toute sentence (…). Il s'agit, au minimum, d'une levée implicite de l'immunité que le défendeur cherche à faire valoir ici (…) (et) une convention d'arbitrage, seule, suffit pour implicitement renoncer à l'immunité »[1613].

569. En ce qui concerne les sentences CCI, la jurisprudence française, pour sa part, a estimé que « l'Etat étranger qui s'est soumis à la juridiction arbitrale a, par la même occasion, accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exequatur lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer l'immunité d'exécution de l'Etat considéré »[1614]. Dans un arrêt Creighton c. Qatar, des éclaircissements ont été apportés. En l'espèce, l'investisseur américain Creighton avait été choisi par l'Etat du Qatar pour construire un hôpital à Doha[1615]. En 1986, le Qatar avait expulsé l'investisseur américain du chantier pour inexécution du contrat. L'investisseur américain avait actionné la procédure d'arbitrage d'investissement sous l'égide de la CCI. Après plusieurs années de procédure, l'entreprise Creighton avait obtenu plusieurs décisions favorables et le Qatar avait été condamné à verser plus de huit millions de dollars US.

[1611] 28 U.S.C. § 1605(a)(6) (2012).

[1612] Sent. CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation c. République du Libéria*, aff. n° ARB/83/2 ; *Judgment of the US District Court for Southern District of New York* - 12 décembre 1986.

[1613] *Birch Shipping Cor. v. Embassy of the United Republic of Tanzania*, 507 F. Supp. 311 (D.D.C. 1980), 63 I.L.R. 524 (1982).

[1614] Cass. civ. 1re, 11 juin 1991, n° 90-11.282.

[1615] Cass. civ. 1re, 16 mars 1999, n° 96-12.748.

Le Qatar avait contesté la validité des sentences arbitrales devant les juridictions françaises. L'investisseur américain avait tenté de faire exécuter les sentences en pratiquant, sur le sol français, plusieurs saisies sur les fonds détenus par deux banques pour le compte de l'administration qatarie. L'Etat du Qatar avait estimé que de telles saisies se heurtaient à l'immunité d'exécution reconnue par le droit français aux Etats étrangers. Dans son arrêt[1616], la Cour de cassation a considéré qu'en acceptant de se soumettre aux règles de l'arbitrage CCI, l'Etat s'était en même temps soumis à la règle prévue à l'article 34(6), de sorte qu' « en soumettant le différend à l'arbitrage conformément au Règlement, les parties s'engagent à exécuter toute sentence sans retard et sont réputées avoir renoncé à leur droit à tout recours, dans la mesure où cette renonciation peut valablement être faite »[1617]. La renonciation à l'immunité d'exécution peut donc être implicite, causée par l'acceptation de recourir à l'arbitrage CCI et à ses règles. La Cour de cassation a énoncé que « l'engagement pris par l'Etat signataire d'une clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale impliquerait renonciation de cet Etat à l'immunité d'exécution ». En définitive, « soit les Etats en cause accepteront l'insertion dans la clause compromissoire d'une renonciation à leur immunité, soit les jurisprudences ou les législations nationales seront inéluctablement conduites à adopter une théorie de l'immunité restreinte sur la base d'un critère praticable ou, à tout le moins, à développer et affiner la notion de renonciation au bénéfice de l'immunité »[1618].

570. En définitive, il est vrai que la plupart des systèmes juridiques considère que les Etats sont réputés avoir renoncé à leurs immunités de juridiction dès la signature d'une clause d'arbitrage. Il est plus aisé pour un Etat de renoncer à son immunité de juridiction, que de renoncer à son immunité d'exécution. En renonçant à son immunité de juridiction, l'Etat consent simplement à ce qu'un juge étranger juge une affaire le concernant. Certes, la renonciation à l'immunité d'exécution devrait découler de la ratification par l'Etat de la convention CIRDI ou de l'émission d'une offre publique d'arbitrage. Néanmoins, les

---

[1616] Cf Cass. civ. 1re, 6 juillet 2000, n° 98-19.068.

[1617] A. BJORKLUND *préc.*, p. 224.

[1618] TGI Paris, 13 janvier 1981, *Benvenuti c. Congo, JDI* 1981.846, note B. OPPETIT.

juridictions nationales sont peu nombreuses à l'admettre et les cas abordés ci-dessus diffèrent largement selon que les sentences arbitrales ont été rendues sur la base de la convention de New-York, par la CCI ou sous le socle de la Convention CIRDI. La question demeure encore controversée, tout comme l'est celle de la renonciation implicite à l'immunité d'exécution découlant de la renonciation de l'Etat à son immunité de juridiction.

571. L'influence de la renonciation à l'immunité de juridiction. La renonciation à l'immunité de juridiction devrait pouvoir impliquer renonciation à l'immunité d'exécution, l'immunité d'exécution étant la conséquence logique du jeu de l'immunité de juridiction. Quel intérêt y-aurait-il à admettre qu'un Etat puisse être jugé par un tribunal étranger s'il lui est permis d'en renier les conséquences ? Un tribunal fédéral suisse, dans une affaire mettant en cause le Royaume de Grèce et la banque Julius Bär, a tranché sur la question de savoir si l'Etat grec pouvait valablement s'opposer à l'exécution de la sentence rendue à son encontre en faisant jouer son immunité d'exécution. Le tribunal a rejeté cette prétention et a jugé que « dès l'instant qu'on admet dans certains cas qu'un Etat étranger peut être partie devant les tribunaux suisses à un procès destiné à fixer ses droits et ses obligations découlant d'un rapport juridique dans lequel il est intervenu, il faut admettre aussi qu'il peut faire en Suisse l'objet des mesures propres à assurer l'exécution forcée du jugement rendu contre lui. Sinon ce jugement serait dépourvu de l'essence même de la sentence d'un tribunal, à savoir qu'il peut être exécuté même contre le gré de la partie condamnée »[1619]. Néanmoins, la position des juridictions suisses n'est pas uniforme en droit comparé. En ce sens, dans l'affaire SEEE qui mettait en cause la Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises et la Yougoslavie, la société désirait faire exécuter en France une sentence prononcée par les juridictions suisses contre la Yougoslavie. Alors lors que la Yougoslavie avait nécessairement renoncé à son immunité de juridiction devant les tribunaux suisses, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé que la renonciation d'un Etat à son immunité de juridiction n'entraînait pas automatiquement renoncement à l'immunité d'exécution[1620].

[1619] Cf. aff. *Royaume de Grèce c. Banque Julius Bär,* Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédér. (ATF) 82 I. 75.

[1620] Décision citée par J-F. LALIVE, « Quelques observations sur l'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international », *Kluwer Academic Publishers* 1989, p. 381, note 22.

572. Si la piste d'une renonciation implicite à l'immunité d'exécution par renonciation à l'immunité de juridiction est alléchante pour les investisseurs, elle demeure limitée. En matière d'arbitrage, un Etat n'est pas jugé par un égal, mais par des juges privés. Dès lors, l'immunité de juridiction ne devrait pas pouvoir trouver application devant l'arbitrage[1621]. Par conséquent, l'immunité d'exécution ne serait pas liée, dans cette situation, au sort de l'immunité de juridiction, puisque cette dernière ne s'applique naturellement pas en matière d'arbitrage international.

L'immunité d'exécution constitue un échappatoire à l'arbitrage d'investissement et elle doit être débattue. En consacrer la renonciation, explicite ou implicite, se serait inscrit dans l'efficience de la justice arbitrale. Elle aurait répondu à l'optique des traités d'investissement, celle non pas seulement de prévoir des droits au profit des investisseurs, mais surtout de garantir l'efficacité de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat défaillant. La raison d'être de l'arbitrage d'investissement réside dans la mise à disposition d'un climat de confiance au profit des investisseurs étrangers. Si certains Etats ont restreint la portée de leur immunité d'exécution, les cas de renonciation sont trop rares pour en édicter une règle générale et il aurait été utopique de prévoir l'insertion d'une clause type de renonciation expresse au jeu de l'immunité d'exécution dans les traités d'investissement. Les cas implicites de renonciation n'ont pas la faveur de la pratique et la tendance reste dans le maintien réaffirmé de l'immunité d'exécution, notamment en droit français.

[1621] Dans l'affaire *Sedelmayer*, l'Etat russe avait fait jouer son immunité de juridiction et avait estimé que le tribunal arbitral n'était pas compétent. Cependant, le tribunal arbitral avait considéré qu'en acceptant de signer un traité bilatéral avec l'Allemagne contenant une clause d'arbitrage, l'Etat russe avait renoncé à son immunité de juridiction (*Mr. Franz Sedelmayer c. Fédération de Russie,* SCC).

2) La loi Sapin II et la préservation des intérêts des Etats

L'enclenchement d'un arbitrage s'inscrit dans une logique managériale. D'emblée, l'investisseur doit anticiper que la somme accordée par un tribunal arbitral n'entrera pas directement et immédiatement dans son patrimoine, puisque la sentence aura encore à être exécutée par les juridictions nationales. La loi Sapin II décourage les investisseurs privés étrangers à demander la saisie de biens d'Etats défaillants localisés en France, car, désormais, toute saisie doit préalablement être autorisée par le juge et se limiter à des biens aux finalités commerciales (a). Les mesures d'exécution forcée en France sont délicates à mettre en œuvre, soulevant des objections certaines (b).

a. Une loi défavorable aux droits des investisseurs

573. Avant la loi Sapin II, l'ordonnance sur requête n'était pas rendue sous le principe du contradictoire. Un investisseur, désirant saisir les biens d'un Etat étranger, était seul à être entendu par le juge, qui pouvait prononcer l'exécution. L'investisseur bénéficiait de l'effet de surprise lui permettant d'éviter les risques de dissimulation des biens visés. En contrepartie, un devoir de loyauté s'imposait[1622]. Une fois la mesure conservatoire ou d'exécution prononcée, l'Etat étranger pouvait la contester par la voie du référé-rétractation devant le juge ayant prononcé l'ordonnance. Si cette procédure aboutissait favorablement au bénéfice des prétentions de l'Etat, les biens saisis devaient lui être restitués.

574. Le nouvel article L-111-1 du Code de Procédure civile d'exécution, issu de la loi Sapin II, dispose que « des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un Etat étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête ». Il n'existe plus de possibilité, pour la partie ayant obtenu l'exequatur d'une sentence arbitrale

[1622] CA Paris, 18 juin 2008, RG n° 07/22201 : « (l)'usage d'une mesure non contradictoire (…) suppose du requérant un devoir de loyauté envers le juge encore plus impératif que dans une procédure contradictoire ».

condamnant un Etat, de faire directement procéder à des mesures d'exécution forcée sur un de ses biens présents sur le sol français. Toute saisie doit préalablement avoir été autorisée par le juge et, puisque ces mesures peuvent être sollicitées sur requête, en cas d'appel de l'ordonnance de refus d'autorisation, l'effet de surprise voulu par la partie ne joue plus. En réalité, il faut convenir que cette autorisation préalable n'est pas si novatrice. Le juge français a déjà eu à connaître de cette question. Dans une affaire Benvenuti et Bonfanti c./ République populaire du Congo, l'exécution d'une sentence CIRDI avait été recherchée en France. Cette sentence avait favorablement répondu aux prétentions de l'investisseur et si le juge français lui a accordé l'exequatur, il a, dans le même temps, subordonné toute mesure conservatoire ou toute mesure d'exécution forcée à une autorisation judiciaire préalable. L'investisseur avait formé un recours contre cette ordonnance du juge français et, par une ordonnance du 13 janvier 1981, le Premier Vice-Président du Tribunal de grande instance de Paris a confirmé la position du juge de l'exequatur. A propos de cette affaire, le Professeur Bruno Oppetit a parlé d'une « exequatur conditionnelle »[1623].

575. Le nouvel article L-111-2 du Code de Procédure civile d'exécution, issu de la loi Sapin II, énonce que les mesures d'exécution forcée ne peuvent être octroyées que si « l'Etat concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure, (…), a réservé ou affecté ce bien à la satisfaction de la demande qui fait l'objet de la procédure » ou si « le bien en question est spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit Etat autrement qu'à des fins de santé publique non commercial et entretient un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée ». Trois situations sont envisagées au sein de l'article L-111-1-2, permettant à une partie d'obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale et la saisie de biens contre un Etat étranger ; d'une part lorsque l'Etat concerné a consenti à l'exécution forcée de ces mesures ; d'autre part lorsque l'Etat a mis sa propriété de côté pour satisfaire la demande ; enfin et surtout, lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue contre un Etat et que la propriété du bien n'est pas utilisée ou destinée à être utilisée par l'Etat à des fins non commerciales. L'article L-111-1-2 rattache ces finalités non commerciales aux finalités diplomatiques, militaires, culturelles, scientifiques ou historiques ou encore fiscales. Ce faisant, cet article n'a fait que reprendre, en majorité, la teneur des Articles 19 et 21 de la Convention des Nations-Unies de 2004 sur les Immunités juridictionnelles des Etats et leur propriété,

[1623] TGI Paris, 13 janvier 1981, *Benvenuti c. Congo, JDI* 1981.365, note B. OPPETIT.

Convention que la France n'a pourtant pas ratifié. Obtenir une mesure d'exécution forcée en France sera long, car il faudra, en plus d'obtenir un accord hautement improbable de l'Etat, que la partie démontre le caractère commercial du bien.

576. La loi Sapin II est aussi défavorable aux intérêts des fonds d'investissement. Ces fonds, désirant recouvrer leur créance auprès d'un Etat étranger, se confrontent à la loi Sapin II qui a introduit de nouvelles dispositions relatives à l'exécution forcée de créance à l'article L. 213-1 A du Code monétaire ou financier. Ces nouvelles dispositions imitent la législation anglaise[1624] et la législation belge[1625] en ayant pour objectif d'éviter que des fonds d'investissement puissent réaliser des profits en achetant des créances exigibles auprès d'Etats en difficultés financières. Avec la loi Sapin II, les mesures d'exécution forcée ne seront pas recevables en France si l'Etat étranger était présent, au moment de l'émission du titre, sur la liste des bénéficiaires de l'aide publique au développement établie par le Comité de l'aide au développement de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE). Le recouvrement ne sera également pas admis si le détenteur du titre de créance l'a acquis alors que l'Etat étranger était en situation de défaut sur ce titre de créance ou avait émis des propositions destinées à modifier les termes de ce titre. Enfin, un tel recouvrement sera exclu si la situation de défaut sur le titre de créance datait de moins de quatre ans au moment où le fonds d'investissement avait sollicité du juge français une ordonnance sur requête l'autorisant à pratiquer une mesure d'exécution forcée ou une mesure conservatoire.

En définitive, si la loi Sapin II n'est pas venue au secours des investisseurs, elle n'est pas non plus bénéfique à la réputation française, d'où des réprobations nombreuses à envisager quant à sa ratification.

[1624] Debt Relief (Developing Countries) Act 2010.

[1625] Loi du 6 avril 2008 destinée à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours (M.B. 16 mai 2008) / Loi du 12 juillet 2015 relative à la lutte contre les activités des fonds vautours (M.B. 11 septembre 2015).

b. Les désaveux

577. La conventionnalité des dispositions de la loi Sapin II relatives à l'immunité d'exécution des Etats pose question, tant les créanciers sont placés dans une situation désavantageuse. Le jeu de l'immunité d'exécution peut être une atteinte tolérable au procès équitable s'il ne va pas au-delà de ce que prévoit le droit international coutumier[1626]. La loi Sapin II va bien au-delà. Le droit des créanciers à obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale est bien trop exigu. La loi Sapin II accorde aux Etats membres le bénéfice du droit à ne pas payer leurs dettes et les montants des compensations financières dont ils seraient redevables. L'article 6 de la CEDH accorde une haute valeur au droit à l'exécution, partie intégrante du droit à un procès équitable. Par conséquent, il ne saurait être plus conseillé aux créanciers privés de tenter d'obtenir la condamnation de l'Etat français, faisant obstacle au droit à l'exécution couvrant tout aussi bien les décisions des juridictions étatiques que les sentences des tribunaux arbitraux. D'ailleurs, les débats parlementaires faisaient mention de cette éventualité.

578. Certes, toutes les atteintes à la CEDH ne sont pas sanctionnées. La CEDH a estimé, dans un arrêt Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne, que « l'octroi de l'immunité souveraine à un Etat dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats »[1627]. Elle a indiqué que « (l)a Convention doit s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats » et qu' « (o)n ne peut dès lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès au tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des

[1626] A. PELLET et A. MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz. Coll. Grands arrêts, 2015, 1re éd., p. 646, § 28, obs. R. BISMUTH. A noter qu'un revirement à l'arrêt Eurodiff est intervenu le 3 novembre 2021, les juges exigeant désormais un lien entre le bien saisi et l'activité litigieuse, afin de garantir une mise en conformité avec le droit international coutumier (Cass. civ. 1re, 3 novembre 2021, n° 19-25.404, *D.* 2021. 2052, *Rev. crit. DIP* 2022.531, « Immunité d'exécution : revirement de la jurisprudence Eurodif », note Caroline CHAUX ; *D.* 2021, note F. MELIN, « Immunité des États étrangers : abandon de la jurisprudence Eurodif »).

[1627] CEDH, 12 décembre 2002, *Kalogeropoulou c. Grèce et Allemagne*, requête n° 59021/00, point 9.

mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats ». La CEDH considère que l'objectif d'éviter des troubles diplomatiques entre deux Etats est une « cause d'utilité publique » au sens de l'article 1er, alinéa 1er, du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle estime que le refus d'accorder une saisie immobilière de certains biens appartenant à un Etat étranger concourt à une telle cause et constitue un but légitime[1628]. Avec la loi Sapin II, la France participe à la défense de ses propres intérêts, puisqu'en plus de préserver de bonnes relations diplomatiques avec les Etats étrangers, elle s'assure d'une sauvegarde de ses biens situés à l'étranger, qui seront moins susceptibles de faire l'objet de mesures de rétorsion. Les raisons d'être de l'immunité d'exécution tiennent essentiellement à la préservation de la souveraineté des Etats étrangers ainsi qu'à la courtoisie internationale. En ce sens, des juges français ont considéré que « les fonds de la République démocratique du Vietnam, Etat souverain et indépendant, ne pouvaient faire l'objet d'une saisie eu égard à cette souveraineté et cette indépendance auxquelles la courtoisie internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte, même pour obtenir paiement des dettes ayant leur origine dans les actes de gestion relevant du droit privé »[1629]. Dès lors, dans un avis du 24 mars 2016, le Conseil d'Etat a considéré que la loi Sapin II ne portait pas atteinte aux engagements internationaux de la France[1630]. Et le Conseil constitutionnel a estimé que s'il y avait bien atteinte au droit de propriété du créancier, la réforme poursuivait un objectif légitime, à savoir la protection de la propriété des personnes publiques étrangères[1631].

579. A cela, il convient de répondre que d'autres moyens subsistent pour attaquer la légitimité des dispositions de la loi Sapin II. Les créanciers privés pourraient rechercher la responsabilité sans faute de l'Etat français, en saisissant les juges administratifs français sur le fondement de la rupture d'égalité

[1628] Points 11 et 12.

[1629] Cass. civ. 2 novembre 1971, *République démocratique du Vietnam*, *Rev.crit. DIP* 1972.310, note P. BOUREL, à propos de l'immunité d'exécution.

[1630] CE, 24 mars 2016, avis n° 391.262, § 27.

[1631] Conseil constitutionnel, DC, 8 décembre 2016, n° 2016-741.

devant les charges publiques[1632]. En adoptant une loi contraire aux intérêts des créanciers privés, causant un préjudice à leur encontre, la loi Sapin II porte préjudice à une catégorie particulière d'individus. Si les dispositions de la loi Sapin II ne viennent pas expressément exclure le droit à indemnisation des créanciers privés, le juge administratif français pourrait retenir une exclusion implicite de l'indemnisation[1633]. L'Etat français pourrait être condamné. Le problème résiderait alors dans la quantification du montant des indemnités qu'il devrait allouer, le cas échéant. Ce montant dépendra des biens effectivement saisissables sur le territoire français et qui n'auront pu être saisis du fait des dispositions de la loi Sapin II alourdissant le fardeau de la preuve. La difficulté renaîtrait, celle de prouver le montant précis des sommes disponibles. Pareille impossibilité ne devrait pas conduire à limiter le droit d'action du créancier privé, puisque celui-ci ne cherchera plus à saisir des biens diplomatiques d'un Etat étranger, privilégiant l'indemnisation du fait de la loi adoptée par l'Etat français. Ce faisant, la loi Sapin II n'est pas des plus opportunes. Elle pourrait conduire des créanciers privés à agir contre la France pour obtenir une indemnisation qui pèserait sur les contribuables français[1634].

580. En définitive, la loi Sapin II s'apparente davantage à une loi d'opportunité liée à l'affaire Yukos[1635]. Le gouvernement russe a averti la France (et tous les Etats concernés par la présence de ses biens) d'un abandon de sa conception de l'immunité absolue et a voté une loi visant à établir une réciprocité[1636]. En

---

[1632] CE, 14 octobre 2011, n° 32-9788, *D*. 21 octobre 2011, obs. S. BRONDEL.

[1633] CE, 3 avril 1987, *AJ* 1987.534, concl. S. HUBAC et p. 700, chron. M. AZIBERT et M. DE BOISDEFFRE.

[1634] Cf S. BOLLEE, *D*. 2016.2560.

[1635] Les actionnaires de Yukos, expropriés, avaient obtenu la saisie de la somme de 300 millions d'euros auprès d'un tiers, Arianespace, soit une somme qu'Arianespace devait initialement verser à l'agence spatiale russe Roscosmos. L'agence spatiale Roscosmos avait menacé de ne pas livrer les fusées Soyouz, fers de lancement de plus de 600 satellites du réseau Galileo, le GPS européen, pour la constellation OneWeb, destinée à attribuer l'internet haut débit aux zones qui en étaient dépourvues, si le montant ne lui était pas attribué. La saisie des 300 millions d'euros aurait alors mis en danger l'avenir du programme spatial français et européen. Finalement, la Cour d'appel a refusé la saisie des 300 millions d'euros, estimant qu'Arianespace agissait en son nom et pas au nom de la Russie. La pression exercée par l'Etat russe de cesser ses livraisons à Arianespace a été un succès. Ainsi, lors des arbitrages rendus au moment des débats relatifs à la loi Sapin II, le contexte n'était pas favorable à la protection des intérêts des créanciers privés (Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227).

[1636] Loi n° 297-FZ adoptée le 23 novembre 2015, entrée en vigueur le 1er janvier 2016.

d'autres termes, si les biens diplomatiques russes devenaient saisissables à l'étranger, alors les biens étrangers l'auraient également été sur le territoire russe[1637]. Les considérations politiques ont penché vers la réduction des intérêts des créanciers privés. Conformément au droit international public et, par principe, le droit français est venu reconnaitre aux Etats étrangers une immunité en cas de saisie de leurs biens résultant d'une décision de justice.

En définitive, le nouvel article L-111-2 du Code de procédure civile d'exécution n'autorise les exceptions à l'immunité d'exécution que si l'Etat concerné y a renoncé de manière expresse et qu'à propos des biens commerciaux. Obtenir une mesure d'exécution forcée en France est alors complexe pour un investisseur privé étranger ; qui devra tenter d'obtenir un accord invraisemblable de l'Etat défaillant et démontrer le caractère commercial du bien. Les désapprobations sont multiples. Elles pourraient aller de l'inconventionnalité des dispositions de la loi Sapin II à la mise en action de la responsabilité sans faute de l'Etat français, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. L'immunité d'exécution constitue la faille majeure de l'arbitrage d'investissement et ses conséquences étaient concrètes. Elle constitue, au contraire, un atout de taille aux Etats et une atténuation aux critiques procédurales et substantielles des opposants à cette forme de justice privée.

§2 : Des ajustements nécessaires à l'immunité d'exécution des Etats

De nombreuses illustrations témoignent des difficultés subies par les investisseurs dans l'exécution de sentences leur étant favorables (1). Ces difficultés témoignent de l'importance de procéder à une refonte du système (2).

[1637] Article 5 de la loi n° 297-FZ.

1) Illustrations des difficultés d'exécution

Les procédures d'exécution sont une source de crispation pour des investisseurs privés ayant obtenu gain de cause lors de la procédure arbitrale. Se soumettre à une nouvelle procédure, suite à une instance arbitrale suffisamment longue et onéreuse, génère nervosité et exaspération. Il convient aussi de mettre l'accent sur l'impatience des avocats et conseils de l'investisseur. Après s'être lancés dans des plaidoiries soutenues, sur des dossiers complexes, ces derniers devront s'atteler à l'exécution proprement dite de la sentence, étape moins enrichissante que celle visant à traiter du fond d'une affaire.

Dans la majorité des droits nationaux, l'immunité d'exécution ne s'écarte qu'au profit des biens commerciaux. Si le champ d'application de l'immunité d'exécution est moins large qu'auparavant, les juridictions nationales sont nombreuses à protéger les biens des Etats affectés au bon fonctionnement des missions diplomatiques et, en particulier, les comptes bancaires[1638] (a). En tout état de cause, la question de la reconnaissance de biens potentiellement saisissables illustre les difficultés traversées par les investisseurs quant à leur saisie (b).

a. Le cas particulier des comptes bancaires

L'article 59 de la loi Sapin II a énoncé les lisières à l'application de l'immunité d'exécution, lorsque la saisie d'un créancier est affectée à des « biens utilisés ou destinés à être utilisés autrement qu'à des fins de service public non commerciales ». La question de savoir si cette formule alambiquée intègre le cas

[1638] Le 7 septembre 2022, une interdiction de tenter de saisir des fonds ou des ressources économiques qui seraient gelés a été prononcée, sauf autorisation préalable. Autrement dit, « ne peut être diligentée sur des fonds ou des ressources économiques gelés, aucune mesure d'exécution qui aurait pour effet, non seulement de les faire sortir du patrimoine du débiteur, mais aussi de conférer au créancier possédant un simple droit de préférence, sans une autorisation préalable du directeur du trésor, autorité nationale désignée en application de l'article 11 § 2 du Règlement 2016/44 » (Cass. civ. 1re, n° 19-21.964).

des comptes bancaires est controversée en droit français (a.1) tout comme elle l'est, d'ailleurs, en droit comparé (a.2).

a.1. En droit français

581. Des barrières à l'immunité d'exécution des Etats, concernant les biens affectés à une activité civile et commerciale, ont toujours existé. Pour la première fois en 1929, les juges français avaient admis une saisie-arrêt contre la Représentation commerciale des Soviets, émanation de l'Etat soviétique, en relevant que « celle-ci faisait des actes de commerce auxquels le principe de souveraineté des Etats demeure étranger »[1639]. Pour leur part, les comptes bancaires des Etats sont-ils des biens saisissables ? La saisie des comptes bancaires est-elle écartée par le jeu de l'immunité d'exécution des Etats ?

En droit français, une divergence est apparue entre deux alinéas du Code monétaire et financier. L'alinéa premier de l'article L. 153-1 résultant de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, énonce que « ne peuvent être saisis les biens de toute nature, notamment les avoirs de réserve de change, que les banques centrales ou les autorités monétaires étrangères détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'Etat ou des Etats étrangers dont elles relèvent ». Le deuxième alinéa semble restreindre la portée de l'immunité d'exécution en admettant qu'une exécution forcée sur « les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère » puisse être demandée, à partir du moment où il est démontré que ces biens « font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé ». La jurisprudence française a fait état de cette incohérence entre les deux alinéas, en faisant prévaloir le premier lorsque la saisie porte sur les avoirs propres que la banque centrale détenait pour le compte de l'Etat étranger[1640].

[1639] Cass. req. 19 février 1929, *DP* 1929.1.172., note R. SAVATIER ; *S*. 1930.I.49, note J-P . NIBOYET ; Cass. com. 19 mars 1979, *Rev. crit. DIP*. 1981.584, note P. LAGARDE.

[1640] CA Versailles, 7 janvier 2010, *D*. 2010.1043, note D. R. MARTIN et H. SYNVET.

582. Généralement, les fonds étatiques contenus dans les comptes bancaires des institutions financières ne sont ni destinés en totalité à des fins privées, ni destinés en totalité à des fins publiques. Ils sont « mixtes », ce qui ne facilite pas leur saisie. Les juges français, dans l'affaire Liamco, ont relevé que « cela ne devrait pas priver la société Liamco de la possibilité de faire recueillir, dès à présent et à toutes fins, tous éléments d'informations et de détermination pouvant servir à la réalisation ultérieure de ses droits légitimes à indemnité »[1641]. Ce faisant, les juges français ont ordonné une mesure d'instruction. Des mandataires avaient alors été désignés par la justice française, afin d'identifier l'utilisation des fonds détenus par les sociétés tierces. Dès lors, il est d'autant plus ardu de répondre à la question de la saisissabilité des comptes bancaires, car pour être saisissables et en l'absence de renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution, les biens doivent être affectés à une activité privée. Il est délicat pour un investisseur étranger de démontrer que les fonds contenus dans un compte bancaire seront utilisés à des fins civiles et commerciales. D'ailleurs, si l'Etat n'a pas expressément mentionné affecter ces fonds à une activité privée, alors ces fonds seront réputés être destinés à des fins publiques. « (L)'absence d'affectation confère aux fonds un caractère public », puisqu'ils sont détenus pour le compte de l'Etat, personne de droit public[1642].

Par conséquent, la saisie des comptes bancaires semble complexe, à moins de prendre en considération non pas l'affectation de ces fonds, mais leur source. Dans un arrêt Romak c. Ouzbékistan, la Cour de cassation a estimé que les fonds en question avaient pour source des redevances aériennes, si bien que la saisie pouvait s'opérer[1643].

[1641] TGI Paris, ord. réf., 5 mars 1979, *Procureur de la République c. Sté Liamco*, *JDI* 1979.857, 2e espèce, note B. OPPETIT.

[1642] P. MAYER, *Rev. crit. DIP* 1983.101 et spéc. p. 108, note sous CA Paris, 21 avril 1982, *Eurodif préc.*

[1643] Cass. civ. 1re, 5 mars 2014, n° 12-22.406, *Rev. crit. DIP* 2015.302, note B. TRANCHANT.

583. La loi Sapin II a tranché le débat en écartant le critère de l'origine des fonds au profit de leur destination ou affectation. En cela, le législateur français a accordé une immunité, une insaisissabilité presque absolue des comptes bancaires. La loi Sapin II n'a fait qu'adopter, à son tour, le critère de la destination privilégiée par la Convention des Nations-Unies de 2004[1644], même si l'article 21 de cette Convention n'a pas pour objet de conduire à une telle insaisissabilité des comptes bancaires ouverts par des ambassades à des fins civiles et commerciales[1645]. Nonobstant, la loi Sapin est d'autant plus discutable, qu'elle n'a fourni aucun élément visant à faciliter la production d'éléments probatoires relatifs à l'affectation des fonds.

584. En pratique, l'investisseur privé étranger a tout intérêt à obtenir une renonciation de l'Etat à son immunité d'exécution, à propos de ses comptes bancaires. En ce sens et dès un arrêt Ipitrade, la Cour de cassation a exigé que la renonciation par un Etat à son immunité d'exécution devait être « expresse ou tacite, et être donnée de manière spéciale et non équivoque »[1646]. En l'espèce, le gouvernement du Nigéria avait été condamné par un tribunal arbitral à verser une compensation auprès de la société Ipitrade. Afin d'obtenir ces sommes, cette société avait accompli des saisies-arrêts, afin de figer le montant, entre les mains des institutions financières, des sommes déposées sur les comptes bancaires de l'Etat du Nigéria. Le Procureur de la République avait demandé la levée des saisies, au motif que celles-ci auraient atteint la souveraineté du Nigéria en nuisant au fonctionnement de l'ambassade de l'Etat. Les juges français ont rejeté les demandes du Procureur, en estimant que ces atteintes n'étaient pas démontrées et ont pris appui sur une renonciation spéciale du Nigéria en la forme d'un protocole d'accord. Dans un arrêt Noga, la Cour de cassation a également requis une renonciation spéciale et, dans l'affaire NML[1647], les juges français ont considéré que la condition de spécialité devait s'entendre par une mention des biens ou catégories de biens auxquels l'Etat entendait renoncer, invitant alors à une liste exhaustive[1648]. La Cour de cassation

---

[1644] Articles 19 et 21.

[1645] *ACDI*, II, 1991, 2e partie, p. 61-62.

[1646] TGI Paris, 12 septembre 1978, *Procureur de la République c. SA Ipitrade International*, *JDI* 1979.857, note B. OPPETIT.

[1647] Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, *Sté NML Capital c/ République argentine et BNP Paribas*, n° 11-10.450.

[1648] R. BISMUTH, *in* A. PELLET et A. MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international*

s'est fondée sur la Convention des Nations-Unies pour justifier sa solution, alors même que cette convention ne prévoit qu'une renonciation expresse[1649].

585. Finalement, dans un arrêt Commisimpex, la Cour de cassation a abandonné l'exigence de spécialité, au motif que le droit international coutumier n'impose qu'une renonciation simplement expresse. Ici, il était question d'une société commerciale de droit congolais, Commissions Import-Export (Commisimpex), engagée avec la République du Congo pour des marchés publics. L'Etat congolais n'avait pas versé pas la somme due au titre de l'exécution de ces contrats. Le tribunal arbitral l'avait condamné au versement d'une compensation financière. Cherchant à faire exécuter la sentence, Commisimpex avait réclamé, en 2011, la saisie, entre les mains de la Banque française Société Générale, de treize comptes bancaires. Ces comptes bancaires portaient les appellations d' « Ambassade du Congo », « Del Congo-Brazzaville » et « Office de gestion des étudiants et stagiaires ». Ces intitulés semblaient démontrer que ces fonds n'étaient pas utilisés à des fins privées et commerciales, mais relevaient de la souveraineté de l'Etat congolais. Commisimpex estimait avoir droit à bénéficier de la saisie de ces comptes, en se fondant sur une lettre d'engagement datant de 1993 dans laquelle l'Etat congolais manifestait renoncer « à invoquer dans le cadre du règlement d'un litige en relation avec les engagements objets de la présente, toute immunité de juridiction ainsi que toute immunité d'exécution ». Cependant, aucune renonciation spéciale n'était mentionnée dans les termes évoqués dans cette lettre d'engagement et, il n'était pas fait état d'une renonciation portant sur les biens des missions diplomatiques de l'Etat du Congo. Alors que le juge de première instance de Nanterre avait répondu favorablement, dans un jugement du 15 décembre 2011, à la prétention de l'Etat congolais d'une mainlevée de la saisie, Commisimpex avait interjeté appel[1650]. Dans un arrêt du 15 novembre 2012, la Cour d'appel avait confirmé que la renonciation à l'immunité

---

public, Dalloz, 2015, spéc. p. 648, § 33 et s.

[1649] Articles 18, 19 et 21 de la Convention des Nations-Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens.

[1650] TGI Nanterre, 15 décembre 2011, *D.* 2011.2412 ; *Just. & cass*. 2015.115, étude P. CHEVALIER ; *Rev. crit. DIP* 2012.124, note H. GAUDEMET-TALLON ; 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63 ; *D*. 2013.1728, note D. MARTEL ; *ibid*. 1574, obs. A. LEBORGNE ; *ibid*. 2293, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Just. & cass*. 2015.115, étude P. CHEVALIER, *Rev. crit. DIP* 2013.671, note H. MUIR WATT ; *RTD civ*. 2013.437, obs. R. PERROT ; *ibid*. 2014.319, obs. L. USUNIER.

d'exécution convenait d'être spéciale et expresse. Reprenant les termes énoncés dans l'arrêt NML du 28 septembre 2011, la Cour d'appel avait rappelé qu'une renonciation à l'immunité d'exécution, précisée dans une lettre d'engagement, nécessitait d'être spéciale. La Cour de cassation a finalement censuré l'arrêt d'appel et a jugé que seule une renonciation expresse était nécessaire[1651]. L'exigence d'une renonciation spéciale était critiquée en ce qu'elle était peu probable en pratique.

586. L'arrêt Commisimpex était favorable aux investisseurs privés étrangers. Sans exigence de condition de spécialité, des biens diplomatiques pouvaient ainsi être saisis, ce qui était dramatique pour certains auteurs qui ont estimé « qu'il est catastrophique pour les relations internationales que les créanciers d'un Etat qui a renoncé à son immunité d'exécution puissent empêcher le fonctionnement des missions diplomatiques de cet Etat partout dans le monde et paralyser ainsi toutes les actions »[1652]. Une partie de la doctrine a considéré cet état jurisprudentiel comme portant atteinte à la souveraineté des Etats[1653]. Si cette solution était propice aux intérêts des créanciers, elle était également bienveillante au mécanisme même de l'arbitrage d'investissement, à son effectivité et à son efficacité. La formulation de la Cour de cassation, dans l'arrêt Commisimpex, est si générale qu'elle aurait permis la saisie de tous biens, y compris les biens listés dans la Convention des Nations-Unies comme bénéficiant d'une immunité d'exécution autonome (les biens de caractère militaire, les biens des banques centrales, biens du patrimoine culturel …). En déniant une exigence de spécialité dans la renonciation, la Cour de cassation assimilait l'Etat étranger à un simple particulier dont chacun des biens étaient susceptibles d'être saisis. Pour autant, un arrêt du 10 janvier 2018 a opéré un revirement de jurisprudence, en retenant que la validité de la renonciation par un État étranger à son immunité d'exécution est subordonnée à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale[1654]. Dans un arrêt du 3 février 2021, la Cour de cassation a énoncé

[1651] Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *D.* 2015.1936, obs. I. GALLMEISTER, note S. BOLLEE ; *ibid*. 2031, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid*. 2588, obs. T. CLAY ; *Rev. crit. DIP* 2015.652, note H. MUIR WATT.

[1652] H . GAUDEMET-TALLON, note sous *Commisimpex, D.* 2012.124.

[1653] Cf H. MUIR WATT, note sous *Commisimpex, rev. crit. DIP* 2015.652 ; *Rev. crit. DIP* 2016.3, note D. ALLAND et T. FLEURY GRAFF.

[1654] Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D.* 2018, obs. G. PAYAN ; *D.* 2018.541, note B. HAFTEL ; *D.* 2018.966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *D.* 2018.1223, obs. A. LEBORGNE ; *D.* 2018.1934, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2018.2448, obs. T. CLAY ; *Rev.crit. DIP* 2018.315, note D. ALLAND ; *RTD civ.* 2018.353, obs. L. USUNIER

que « le droit international coutumier, les missions diplomatiques des Etats étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'Etat accréditaire, d'une immunité d'exécution à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale »[1655]. En définitive, la position assumée par les juges français est sans équivoque aujourd'hui, la renonciation à l'immunité d'exécution est possible mais doit être expresse et spéciale. Cela vient alors confirmer une quasi-insaisissabilité des comptes bancaires, sur le fondement du droit coutumier.

587. Puis et par un arrêt rendu le 12 mai 2021, la Cour de cassation a confirmé que les dispositions relevant de l'article L-153-1 du Code monétaire et financier assurent une protection efficace aux biens des établissement de crédits étrangers détenus en France[1656]. Cet arrêt est défavorable aux intérêts de l'investisseur, qui tente toujours de se voir exécuter une sentence prononcée contre l'Etat congolais. Le Congo persiste à se prévaloir de son immunité d'exécution et, même s'il a renoncé de manière expresse à cette immunité, il n'a pas précisé de façon spécial quels étaient les biens qui pouvaient être saisis. La Cour de cassation a alors estimé que « l'insaisissabilité prévue à l'alinéa 1er de l'article L-153-1 du Code monétaire et financier est instituée, en raison de la nature des biens concernés, afin de garantir le fonctionnement de ces banques et autorité monétaires, indépendamment de l'immunité d'exécution reconnue aux Etats étrangers »[1657]. Autrement dit, le but est de rendre attractive la place de Paris, d'autant que la « gestion des réserves de change des banques centrales étrangères est une activité importante pour les banques centrales de la zone euro. Ainsi, à la fin de l'année 2004, la banque de France avait à son bilan des dépôts de 4 milliards d'euros, en euros et en devises diverses, sa conservation des titres atteignant un total de 20 milliards d'euros. Cela représente une clientèle de 120 banques centrales et organisations

---

et P. DEUMIER ; *JCP* 2018, p. 157, n° 9, obs. C. NOURISSAT ; *JCP* 2018, p. 295, note M. LAAZOUZI. Un arrêt du 2 octobre 2019 (n° 19-10.669, *RTD civ*. 2019.927, obs. P. THERY) a énoncé qu'il n'y avait pas lieu de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité, concernant l'interprétation donnée par cet arrêt du 10 janvier 2018 à l'article L. 111-1-3.

[1655] S. PIEDELIEVRE, « Immunité d'exécution - Mission diplomatique et immunité d'exécution », com. sous Cass. civ. 1re, 3 février 2021, n° 19-10.669, *RD bancaire et fin*. n° 2, mars 2021, comm. 35.

[1656] Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *JCP G* 2021. 832, note J-B. DONNIER.

[1657] Cass. Civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, pt 8.

internationales ! »[1658]. Ainsi « nous apprécions cet amendement qui a pour effet de renforcer nos atouts pour convaincre les banques centrales étrangères de placer leurs réserves auprès des établissements français, qu'il s'agisse de la banque de France ou des prestataires spécialisés (…) L'un de ces atouts est juridique, il s'agit de confirmer que ces avoirs sont explicitement protégés des procédures civiles telles que les saisies. Certes notre droit reconnait le principe de cette immunité pour les avoirs publics, mais il convient de lever toute ambigüité. C'est la raison pour laquelle le gouvernement soutien cet amendement très favorable à l'attractivité et au développement de la place de Paris »[1659]. L'article L-153-1 du Code monétaire et financier vient indéniablement tenter d'éviter que des investisseurs disposant de titres exécutoires puissent entraver le fonctionnement des banques centrales qui ont placé leurs avoirs de reserve de change dans des institutions françaises. Et sur la raison énoncée selon laquelle cette immunité serait instituée en raison de la nature des biens concernés, un auteur affirme « qu'à coté du droit commun de l'immunité d'exécution, qui vaut pour les Etats étrangers, existe une immunité d'exécution particulière, qui profite aux banques centrales et est fondée sur des considérations qui leur sont en partie propres »[1660]. Ainsi, l'article L-153-1 du Code monétaire et financier consacre une immunité d'exécution spéciale pour les banques centrales étrangères.

588. Et la loi Sapin II est intervenue, en prévoyant que la renonciation par un Etat à son immunité d'exécution doit être expresse pour la saisie de biens d'un Etat étranger situés sur le sol français et utilisés à des fins autres que privées. De surcroît, la renonciation doit être expresse et spéciale pour la saisie de biens destinés à l'exercice de fonctions diplomatiques, incluant les comptes bancaires des ambassades.

[1658] Selon les dires du rapporteur, Philippe Marini (JO Sénat CR, 5 juill. 2005, p. 5133).

[1659] Selon le Ministre délégué concerné, François Loss (JO Sénat CR, 5 juill. 2005, p. 5134).

[1660] H. SYNVET, *D.* 2021. Pan., p. 1890. Cf également T. SAMIN et S. TORCK. sous Cass. Civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *RD bancaire et fin.* n° 6, Novembre 2021, comm. 148. Cf également, sous l'arrêt, *Banque et droit* 2021, n° 198, p. 54, note J. MOREL-MAROGER ; *JCP G* 2021, 832, note J.-B. DONNIER ; *Gaz. Pal.* 20 juill. 2021, n° 424u7, p. 70, note L. LAUVERGNAT ; *LEDB* juill. 2021, n° 200e3, p. 7, obs. N. MATHEY ; *D*. 2021, Actu., p. 969 ; *D*. 2021, p. 1834, obs. E. FARNOUX ; *RD bancaire et fin*. 2021, comm. 112, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin*. 2021, chron. 2, C. KLEINER, spéc. n° 33.

Les comptes bancaires jouissent donc d'une véritable immunité d'exécution. La préservation des relations diplomatiques a eu la primeur du législateur français. Cette primeur se retrouve d'ailleurs dans de nombreux droits nationaux.

a.2. En droit comparé

589. La protection des comptes bancaires des missions diplomatiques n'a pas été expressément envisagée par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961. Outrepassé les frontières, des similitudes rapprochent la position française d'autres législations. La Cour constitutionnelle belge a récemment estimé, à propos des biens utilisés par les missions diplomatiques, que l'exigence d'une renonciation expresse et spécifique à l'immunité d'exécution ne violait pas le droit au procès équitable de l'article 6 § 1 de la CEDH ni le droit au respect de la propriété garanti à l'article 1er du Premier Protocole additionnel à cette convention. A contrario, une telle violation serait caractérisée en cas d'exigence de renonciation spécifique pour tous les autres biens appartenant aux Etats étrangers[1661].

590. Les lois américaines et anglaises sur les immunités, respectivement de 1976 et 1978, ont exclu les mesures d'exécution forcée sur les biens et avoirs diplomatiques des Etats étrangers, tout en les admettant pour les biens et avoirs affectés à une activité commerciale. Le State Immunity Act du Royaume-Uni dispose que l'immunité d'exécution d'un Etat étranger est écartée pour ses biens dédiés à une activité commerciale. La Section 3 (3) définit la notion d'activité commerciale comme étant « les biens dédiés à un usage commercial dès lors qu'ils sont destinés à être utilisés dans le cadre d'un contrat de vente ou de prestation de service (a), d'un prêt ou de toute autre transaction portant sur la fourniture de fonds et de toute garantie ou indemnité relative à une telle transaction ainsi que de toute autre obligation financière (b), ou de toute autre transaction (…) conclue par un Etat autrement que dans l'exercice de ses pouvoirs souverains (c) ». Malgré tout, les immunités d'exécution portant sur les comptes bancaires ne sont pas

[1661] Cour const., 27 avril 2017, arrêt n° 48/2017, point B.20.1.

absolues. La Chambre commerciale de la Queen's Bench Division a déjà levé l'immunité d'exécution de l'Etat tchadien et a accepté la demande d'une société égyptienne de saisir les fonds détenus par un établissement bancaire de Londres pour le compte du Tchad. Les juges anglais ont constaté que ces fonds n'étaient destinés qu'au paiement des créances détenues par la Banque mondiale.

591. De même, le droit américain a affiché sa position de faveur à l'égard des « post-judgments discoveries », visant à identifier les biens saisissables des Etats étrangers. Le secret bancaire est ainsi relégué au second plan. En ce sens, des juges américains ont déjà écarté le secret bancaire comme « motif légitime » destiné à écarter le jeu des mesures d'instructions, à propos des comptes bancaires des missions diplomatiques de la Thaïlande aux Etats-Unis. Ce faisant, les juges américains ont passé outre l'application de la Convention de Vienne de 1961, alors même que « les fonds diplomatiques peuvent finalement être à l'abri de la saisie »[1662]. La Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'affaire NML Capital, a énoncé que « le texte de la (FSIA) confère aux Etats étrangers deux types d'immunité. (…) La première, l'immunité juridictionnelle (…). La deuxième disposition de la loi qui confère l'immunité dispose que 'les biens des États étrangers appartenant à un État étranger sont exempts de saisie, d'arrestation et d'exécution, sauf dans les cas prévus aux sections 1610 et 1611 du présent chapitre'. La (FSIA) n'a pas de troisième disposition interdisant ou limitant la découverte facilitant l'exécution des avoirs d'un débiteur judiciaire sous souveraineté étrangère »[1663]. Les mesures d'instruction ne sont donc pas confondues avec la phase de l'exécution. La Cour Suprême a considéré que, dans le silence du FSIA, il n'existait pas de limitation au jeu des mesures d'instruction. Ce faisant, les juges américains ont confirmé la validité des demandes de production de documents effectuées à l'encontre de la Banque américaine et de l'établissement de New-York de la Banque de la Nation Argentine, relatives à des comptes bancaires ouverts par l'Argentine. Par conséquent, il est plus facile, pour un créancier privé, de saisir des fonds contenus dans des comptes bancaires d'un Etat étranger situés aux Etats-Unis qu'en France, puisqu'il est plus aisé d'en apprécier l'utilisation. En effet, le droit américain n'exige pas que ces mesures d'instruction soient pré-

[1662] US South District de New York, *Thai Lao Co c. Laos*, 924 F.Supp. 2d. 508.

[1663] Supreme Court of the United States, 134.S.Ct. 2250, *République d'Argentine c. NML Capital Ltd* (2014).

alablement soumises à la preuve d'une utilisation à des fins civiles ou commerciales des fonds déposés[1664]. Pour justifier cette position, les juges américains se sont fondés sur l' « injustice » que constituerait le caractère « insurmontable » de la preuve à rapporter par le créancier privé[1665]. La loi Sapin II, pour sa part, n'a pas pris en compte les difficultés probatoires des créanciers privés. La loi Sapin II confère le même régime aux mesures d'exécution et aux mesures d'instruction, alors même qu'il s'agit de deux types de mesures qui ne peuvent être confondues. Un régime distinct aurait dû être prévu.

En pratique, le jeu de l'immunité d'exécution des Etats fait peser, sur les investisseurs, des problématiques réelles.

b. Les maux concrets

Afin de voir la mesure arbitrale prononcée contre un Etat être exécutée, l'investisseur doit, préalablement, démontrer que cet Etat a renoncé à son immunité d'exécution. S'il n'y parvient pas, il doit évaluer si les biens qu'il entend saisir sont protégés par la loi où ils sont situés. Il est essentiellement question de s'attacher à la nature de l'activité. Il est d'usage que les biens commerciaux sont exclus du spectre de l'immunité d'exécution, car ils ne se rattachent pas à l'intérêt public. Le demandeur a la lourde tâche d'identifier des biens commerciaux. Puis, il doit démontrer leur caractère commercial et ce, face aux contestations de l'Etat défendeur. La tâche est d'autant plus ardue que les Etats ne mettent pas à disposition du public une liste dans laquelle serait mentionnée la localisation de chacun de ses biens. De surcroît, des Etats utilisent des montages juridiques, afin de mettre à la tête du contrôle, des opérations et de la jouissance de ses biens des parties tierces qui les géreraient pour eux, de sorte qu'il est difficile pour le demandeur d'apprécier que l'Etat défaillant est bien le véritable propriétaire du bien en question. Finale-

[1664] *Rubin c. République islamique d'Iran* (637 F.3d 783, 796-797 (7th Cir. 2011)).

[1665] US District Court for the Distric of Columbia, Civil Action No. 08-2026, *Continental Transfer Technique Limited c. The federal Government of Nigeria* (PLF/GMH), 28 avril 2015.

ment, malgré toute la rigueur à laquelle un créancier privé étranger peut se plier dans la quête de saisissabilité des biens, il rencontre des obstacles majeurs voire insurmontables, comme en ont témoigné les affaires Sedelmayer (b.1) et Noga (b.2).

b.1. L'affaire Sedelmayer

592. La mise à l'écart de l'immunité d'exécution pour les biens non commerciaux est explicitement prévue au Royaume-Uni, au Canada et en Australie et est retrouvée dans la pratique de la jurisprudence française[1666]. Ce faisant, les Etats tentent de contester la nature commerciale du bien dont l'investisseur privé désire se saisir. En ce sens, dans certaines juridictions, est admis comme suffisant le recours à un certificat provenant de la mission diplomatique de l'Etat vérifiant que les biens ne sont pas à but commercial. C'est d'ailleurs ce qui a été affirmé dans la sentence Alcom Ltd c. République de Colombie, dans laquelle il a été énoncé que « le certificat du chef de la mission (diplomatique) attestant que les biens ne sont pas utilisés ou destinés à être utilisés par l'État ou pour son compte à des fins commerciales en est une démonstration suffisante, sauf preuve du contraire »[1667].

593. En pratique, il n'est pas toujours aisé pour une juridiction d'établir le caractère commercial ou non commercial du bien en question. Généralement, les juges s'attachent au fait de savoir si la souveraineté de l'Etat serait engagée avec les biens en question. Si ces biens sont perçus comme servant l'intérêt de l'Etat, l'intérêt public, il sera périlleux de contrer le jeu de l'immunité d'exécution. Dans l'affaire Letco c. Libéria, un investisseur privé avait tenté de saisir des comptes bancaires détenus par l'Etat du Libéria (et plus précisément de son ambassade) aux Etats-Unis. Selon la District Court of Columbia, l'argent et

[1666] UNCTAD 2003, p. 20.

[1667] *Alcom Ltd c. Colombie*, 23 I.L.M. 719, 725 (12 avril 1984).

la propriété contribuaient à servir un intérêt public, de sorte que l'immunité d'exécution trouvait à s'appliquer[1668].

594. L'affaire Sedelmayer c. Russie[1669] est révélatrice des irrésistibles adversités dont pourrait pâtir l'investisseur privé étranger. En l'espèce, Franz Sedelmayer, citoyen allemand, avait dirigé un groupe de sociétés en Russie. Son groupe y avait investi plusieurs millions d'euros, notamment pour des missions de fourniture de services et d'équipements et pour des opérations de rénovations. En 1992, l'Etat russe avait édicté une loi visant à contrôler toutes les propriétés d'Etat, y compris les sociétés dans lesquelles une agence gouvernementale avait œuvré pour créer des joint-ventures. En août 1991, Sedelmayer s'était allié en « joint stock company » avec Kammenijj Ostrov (KOC), KOC contrôlant alors l'entreprise Sedelmayer. Après plusieurs procédures judiciaires, l'enregistrement de la société KOC avait été déclaré nul et invalide et la société KOC avait été liquidée. Le 4 décembre 1994, un décret présidentiel avait transféré tous les biens de la société KOC au gouvernement. Sedelmayer avait contesté la validité de ce décret, en vain. Sedelmayer avait actionné l'arbitrage pour expropriation, devant l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm en Suède, en application du TBI conclu entre l'Allemagne et le régime soviétique de l'époque, signé en juin 1989.

Sedelmayer réclamait le versement d'une compensation financière pour avoir été exproprié et pour tous les investissements qu'il avait effectué dans la société KOC. La Russie avait été condamnée en juillet 1998 à verser à l'investisseur allemand la somme de 2,35 millions de dollars, avec 10 % d'intérêts. Malgré son faible montant, l'Etat russe avait refusé de payer cette somme. L'investisseur avait saisi les juridictions allemandes pour faire reconnaitre la sentence arbitrale et pour obtenir l'accord de celles-ci sur

---

[1668] La Cour avait considéré qu' « (u)ne partie des fonds des comptes bancaires peut être utilisée pour des activités commerciales liées à la gestion de l'ambassade, telles que des transactions d'achat de biens ou de services auprès d'entités privées. L'historique législatif de la FSIA (Foreign Sovereign Immunity Act) indique que ces fonds seraient utilisés pour une activité commerciale et ne seraient pas à l'abri de la saisie. La Cour refuse toutefois d'ordonner que, si une partie d'un compte bancaire est utilisée à des fins commerciales, le compte entier perd son immunité (…) ».

[1669] *Sedelmayer c. Russie, préc.*

son caractère exécutoire, deux exigences posées par la Convention de New-York. La juridiction allemande avait estimé que l'Etat russe avait renoncé à son immunité d'exécution. Ce faisant, la juridiction allemande s'était appuyée sur l'article 10 du TBI, disposant que les sentences arbitrales sont appelées à être exécutoires en application de la Convention de New-York.

Le droit allemand n'admet la saisie que pour des biens étatiques commerciaux, exclus du champ d'application de l'immunité d'exécution. Il appartenait à Sedelmayer de rechercher en Allemagne les biens russes et, ensuite, de parvenir à démontrer leur caractère commercial par nature. Plusieurs années auront été nécessaires à Sedelmayer pour tenter de localiser sur le territoire allemand des biens russes et des biens russes qui soient commerciaux. L'investisseur avait tenté de saisir les paiements de Lufthansa Airlines, dus à la Russie pour avoir utilisé l'espace aérien russe au cours de ses vols[1670] et, si cette demande avait été dans un premier temps admise, elle avait ensuite été rejetée, ces paiements ayant un caractère public[1671] et étant, en conséquence, couverts par l'immunité d'exécution. Il avait été énoncé que si la Russie exigeait de tels paiements à la compagnie aérienne, c'était tout simplement pour exercer sa souveraineté territoriale. De plus, les paiements alloués à la Russie auraient été attribués aux opérations de surveillance de l'espace aérien russe, une mission relevant de la souveraineté de l'Etat. Malgré tout, l'investisseur a fait preuve d'abnégation. Plus d'une trentaine de demandes tâchant de démontrer la localisation de biens commerciaux russes auront été émises devant les juridictions allemandes et bien plus devant des juridictions d'autres Etats. Il a finalement fallu plus de dix-huit années de procédure à Sedelmayer, impliquant plus de 140 demandes, devant de multiples juridictions, pour obtenir une exécution de la sentence arbitrale par la saisie de biens commerciaux russes[1672].

[1670] A. ALEXANDROFF et I. LAIRD, « Compliance and Enforcement », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.) et SCHREUER (CH.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 1183.

[1671] *Ibid*., p. 1184.

[1672] Dans un article publié dans *le New-York Times* en février 2015, Sedelmayer maintenait son obstination et déclarait que « vous ne pouvez pas céder (…). La Russie ne respecte que le langage de la force. Rien d'autre ne fonctionne » (A. HIGGINS, « Beating Russia at Its Own Long Game », *N.Y Times*, 9 février 2015).

595. L'affaire Sedelmayer est surtout l'illustration, par excellence, du déficit de taille de l'arbitrage d'investissement, celui de ne pas assurer une exécution véritable et concrète de ses sentences. En réalité, tout est laissé au bon vouloir des Etats d'accueils, qui peuvent ne pas divulguer la localisation de leurs biens commerciaux situés à l'étranger et faire jouer leur immunité d'exécution pour tous les biens non commerciaux. De surcroît, dans cette affaire, l'hostilité de la Russie à l'exécution était forte, alors même que le montant de la compensation allouée par le tribunal arbitral était plutôt dérisoire. A ne point douter que la réaction aurait été encore plus virulente si le montant de la compensation avait atteint des centaines de millions de dollars. Au total, la Russie a refusé d'exécuter pour un montant de sept milliards au titre de sentences arbitrales la condamnant. Toutes les actions en exécution des demandeurs, qu'il s'agisse d'établissements bancaires ou de multinationales, ont échoué. D'ailleurs, Sedelmayer demeure, encore aujourd'hui, le seul investisseur privé étranger à être parvenu à obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale, par une juridiction nationale, contre la Russie.

596. Dans l'affaire Sedelmayer, il convient également de prendre conscience des années de détresse subies par l'investisseur allemand, des coûts faramineux engagés ainsi que des nombreuses intimidations et menaces des autorités russes dont il a affirmé avoir été victime. En définitive, il aura fallu huit années pour que Sedelmayer parvienne, en février 2006, à obtenir un jugement favorable par une Cour municipale allemande, après avoir localisé et démontré la nature commerciale d'un complexe d'appartements détenu par la Russie et précédemment utilisé par le KGB. Ce complexe était d'une valeur estimée à plus de quarante millions de dollars, soit près de vingt fois le montant de la compensation initialement prononcée par le tribunal arbitral contre la Russie. La juridiction allemande avait reconnu le caractère commercial de ce bien, loué à des réfugiés russes. Sedelmayer avait été autorisé à collecter immédiatement après le jugement le paiement des loyers, obtenant un total de 29.000 dollars par mois, avant d'être autorisé à vendre ce complexe à la fin de l'année 2008 et au début de l'année 2009. Malgré cela, Sedelmayer n'a obtenu « que » 6,8 millions d'euros avec la vente de certains appartements du complexe et n'a pas encore recouvert la totalité de la somme proche des vingt millions en 2015. Encore aujourd'hui, Sedelmayer cherche à saisir d'autres biens russes situés en Allemagne ou dans d'autres juridictions.

597. Cette espèce traduit de la difficulté dans la localisation des biens des Etats à l'étranger. En conséquence, il conviendrait d'imposer à l'Etat d'accueil de publier la localisation de chacun des biens détenus à l'étranger ou d'imposer aux Etats, s'ils en ont connaissance, de divulguer et de localiser tous les biens des Etats étrangers présents sur leur propre territoire. Si une telle proposition s'annonce peu réaliste, elle contribuerait pourtant à simplifier drastiquement les recherches des investisseurs privés étrangers. D'ailleurs, si en dépit de cette opacité, Sedelmayer était parvenu à localiser plusieurs biens, ceux-ci tombaient presque tous sous la protection de l'immunité d'exécution, n'étant pas des biens commerciaux par nature. De plus, la localisation d'un seul bien commercial saisissable n'est souvent pas suffisante pour désintéresser l'investisseur. Il n'est pas aisé de localiser des biens commerciaux dont la valeur permet de se rapprocher du montant de la compensation allouée par un tribunal arbitral. Et le simple fait que la valeur du bien, même commercial par nature, soit élevée peut induire le droit de le protéger de toute saisie en application du principe de nécessité économique. Par conséquent, même si un investisseur étranger parvient à localiser des biens commerciaux de grande valeur, les rapprochant du montant total de la compensation octroyée par le tribunal arbitral, l'Etat peut en contester leur saisie, en arguant de la nécessité de la valeur de ces biens commerciaux dans une période de crise économique, pour la préservation de la sécurité nationale ou pour pouvoir sauvegarder les fonctions d'une souveraineté. Les actifs de grande valeur peuvent être placés sous la protection de l'immunité souveraine dans plusieurs TBI. Enfin, les Etats peuvent ne pas se montrer aussi conciliant que ne l'a été l'Allemagne et peuvent désirer préserver de bonnes relations diplomatiques et économiques avec l'Etat condamné ou espérer une certaine réciprocité ultérieure.

b.2. L'affaire Noga

598. L'affaire Noga était également loquace. En l'espèce, la société Noga, investisseur suisse, avait essayé, pendant plus d'une dizaine d'années, de saisir des biens russes présents sur le territoire français, en vain et en dépit de la renonciation expresse de l'Etat russe de se prévaloir de son immunité d'exécution. La société a même été condamnée par la Cour d'appel de Paris à indemniser la Russie, pour le préjudice d'image et de réputation, ses actions ayant heurté son crédit vis-à-vis des autres investisseurs privés étrangers. La Cour d'appel de Paris a estimé que « la compagnie Noga a cherché à jeter le discrédit sur

le gouvernement de la Fédération de Russie en faisant procéder à la saisie de biens qui ont une haute valeur symbolique (…) ; de nombreux organes de presse se sont fait l'écho des procédures de saisies engagées contre les organismes russes (…) en dénonçant qu'il s'agissait de biens 'russes', de sorte que la publicité faite autour de ces mesures a porté atteinte à la réputation et à l'image de la Fédération de Russie qui, dans l'esprit du public, a été regardée comme étant un Etat mauvais payeur, ce qui correspondait au but de dénigrement et à l'intention de nuire recherchés par la compagnie Noga (…) »[1673]. Cet arrêt de la Cour d'appel a été confirmé par la Cour de cassation et a posé une restriction pour les investisseurs créanciers, celle de se détourner des biens de l'Etat d'accueil à « haute valeur symbolique »[1674].

En conclusion, l'investisseur Sedelmayer a obtenu des compensations que des investisseurs placés dans la même situation n'ont pas eu. S'il a fallu près de vingt ans à Sedelmayer pour obtenir moins de 10 millions de dollars, il faudra à l'investisseur Yukos, d'après un calcul d'experts, environ 6800 années pour récupérer l'intégralité de la somme allouée par le tribunal arbitral, soit 50 milliards de dollars[1675]. Si chaque investisseur détient ses propres moyens pour localiser des biens commerciaux d'un Etat à l'étranger, la tâche s'avère immense tout comme les coûts engendrés. Plus la somme allouée par un tribunal arbitral sera élevée, plus il sera difficile pour un investisseur de recouvrir cette somme par la recherche et la saisie de plusieurs biens. Et si de tels biens sont transportables, l'Etat sera tenté de les rapatrier immédiatement sur son territoire. Le plus souvent, les biens dépassant le milliard de dollars correspondent à des biens militaires ou à des réserves bancaires, couverts par le jeu de l'immunité d'exécution.

Ces illustrations attestent des contrariétés considérables dans la localisation des biens des Etats à l'étranger. De l'absence, contestée, d'obligation de publication visant à faciliter les recherches par les créanciers

---

[1673] CA Paris, 21 juin 2011, *Fédération de Russie v. Compagnie Noga*, n° 09/19983.

[1674] Cass. civ. 1re, 27 février 2013, n° 11-27.751.

[1675] J. KUIPERS, « Too Big to Nail : How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards », *B.C. Int'l & Comp. L. Rev*. 2016, vol. 39, p. 417 et spéc. p. 438.

privés résulte une opacité qui vient créer un déséquilibre disproportionné. De plus, du fait des montants souvent élevés des compensations octroyées, la localisation d'un seul bien commercial, déjà suffisamment ardue, n'est souvent pas suffisante à désintéresser l'investisseur.

2) Les réformes envisageables au jeu de l'immunité d'exécution des Etats

En ce début du XXI^{e} siècle, des Etats semblent encore s'en remettre à la préservation de leur réputation et à l'attractivité d'investisseurs privés étrangers. A terme, ils auraient pu finir par privilégier la défense de leurs finances et l'appui de l'opinion publique. Dès lors que tous les Etats adopteraient la même logique, visant à ne plus exécuter les sentences arbitrales, les investisseurs auraient été contraints de se tourner vers d'autres perspectives. A quoi bon s'engager dans une onéreuse procédure arbitrale et obtenir une décision favorable, si celle-ci ne peut pas être exécutée ?

Tout en rééquilibrant les TBI et en consacrant une RSE contraignante, il devient nécessaire de chercher à écarter le jeu de l'immunité d'exécution dans les relations commerciales. D'une part, ce mécanisme offre une trop grande latitude au bénéfice d'un Etat, notamment dans la distinction entre les biens à destination commerciale et ceux affectés au service public. D'autre part, la mondialisation ne peut pas coïncider plus longtemps avec une telle immunité d'exécution, bafouant les droits des créanciers privés.

Il pourrait être énoncé plusieurs pistes, dont certaines existent déjà, mais demeurent trop peu connues et utilisées, afin d'esquiver les effets des immunités d'exécution et de renforcer la place de l'arbitrage d'investissement. L'exécution est le pilier des différents modes de règlement des différends. Le moyen le plus traditionnellement employé réside dans le jeu du tiers saisi, permettant au créancier d'une sentence arbitrale d'actionner en paiement les débiteurs de son propre débiteur (a). Ce mécanisme peine à démontrer sa pleine efficacité, de sorte qu'il aurait convenu de présenter ou de consolider des détours à l'immunité d'exécution (b).

a. Le cas particulier du tiers saisi, une véritable opportunité ?

599. Confronté à un Etat usant de son immunité d'exécution, le créancier de la sentence arbitrale, l'investisseur, peut actionner en paiement les débiteurs de son propre débiteur (l'Etat). C'est le mécanisme du tiers saisi. Juridiquement, le fondement d'une telle action pourrait être l'action oblique, dès lors que serait démontrer une négligence de l'Etat ainsi que les caractères certain, liquide et exigible de la créance. En réalité, le mécanisme de l'action oblique souffre d'une difficulté de taille. La créance infiltre le patrimoine de l'Etat condamné et non celui de l'investisseur, puisque l'investisseur agit au nom et pour le compte de l'Etat à l'encontre des débiteurs de ce dernier. Et tous les créanciers de l'Etat peuvent exercer leur droit de gage général. Ce faisant, un autre régime a été envisagé, celui de la saisie-attribution.

600. La saisie-attribution est une procédure civile d'exécution forcée, visant à accorder à un créancier, titulaire d'un titre exécutoire venant constater une créance, de saisir entre les mains d'un tiers (tiers saisi), la créance de son débiteur (le débiteur saisi). Cela concerne essentiellement les créances à terme ou les créances affectées d'une condition les rendant non exigibles et exclut les créances en gestation ou les créances éventuelles. Ce mécanisme s'applique à toutes les créances de sommes d'argent. Pour que le créancier saisissant puisse agir contre le tiers saisi, le tiers saisi doit être tenu d'une obligation envers le débiteur saisi portant sur une somme d'argent et détenir ces sommes dues en application d'un pouvoir propre et indépendant.

601. Condamnés par une sentence arbitrale, les Etats sont débiteurs des sommes allouées par les tribunaux arbitraux à titre de compensation à l'égard des investisseurs étrangers. Ils sont aussi créanciers et débiteurs dans des rapports d'obligations avec des tierces personnes. En pratique, il n'est plus singulier que des institutions financières, qu'ils s'agissent d'établissements de crédits ou encore de teneurs de compte-titres conservateurs, soient saisies, par voie d'huissiers, par les investisseurs privés étrangers. Les huissiers leur délivrent des procès-verbaux de saisie sur les titres et valeurs qui sont en leur possession. Ces institutions, ou toutes personnes visées dans les procès-verbaux, deviennent des tiers saisis.

602. Le droit français adopte un régime plutôt strict à l'égard des tiers saisis. Les tiers saisis sont placés dans une situation délicate, face aux mesures d'exécution prononcées contre leur Etat d'origine, car ils ne peuvent pas faire obstacle aux procédures d'exécution et doivent apporter leur concours au créancier saisissant[1676]. Les tiers saisis sont dans l'obligation de coopérer et de fournir au créancier saisissant toutes les informations relatives aux obligations qu'ils détiennent vis-à-vis de leur Etat d'origine (biens, créances, fonds, valeurs mobilières …). Les tiers saisis ne peuvent pas opposer au créancier de l'Etat l'exception ayant trait à l'immunité d'exécution, puisque celle-ci est rattachable non pas en une immunité inhérente à la dette, mais à une immunité purement personnelle, ou inhérente à la personne du débiteur (l'Etat). Ainsi, les tiers se voient supporter les conséquences de la condamnation de leur Etat. Cela ne favorise pas la prévisibilité juridique en ce que des tiers, non parties à l'arbitrage, vont se retrouver redevable d'une sentence arbitrale qui n'a pas été prononcée à leur égard. La question d'une atteinte au droit à un procès équitable peut même se poser, car les tiers ne peuvent pas soulever des moyens de défense s'ils n'ont pas eu connaissance du dossier de la procédure. Le tiers saisi qui ne répondrait aux injonctions du créancier de son créancier s'expose à une peine civile[1677] voire à une condamnation aux causes de la saisie, à moins de démontrer un motif légitime, apprécié souverainement par les juges du fond, à son silence ou à sa réponse tardive. En cas de condamnation aux causes de la saisie, il devra verser la totalité des sommes demandées par le créancier saisissant, sauf motif légitime. La jurisprudence française est sévère et estime qu'un simple retard dans la déclaration qui n'a pas été justifié peut être assimilé à une absence de réponse entrainant un condamnation aux causes de la saisie[1678]. En définitive, le tiers saisi est invité à fournir les informations demandées même si celles-ci sont incomplètes, dénuées de pièces justificatives, erronées ou même mensongères, car, dans ces hypothèses, il ne s'exposera qu'à des dommages-intérêts et non à une condamnation au paiement intégral des sommes saisies. Or, une condamnation aux causes de la saisie pourrait conduire à l'insolvabilité du tiers saisi et à l'ouverture d'une procédure de

[1676] Article L. 123-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

[1677] Cf S. ALAMOWITCH, « Institutions financières : petit vade-mecum du tiers saisi », *Bull. Joly Bourse*, 1er octobre 2015, n° 10, p. 487.

[1678] Cass. civ. 2e, 5 juillet 2001, *Bull. civ*. n° 133, p. 88.

liquidation judiciaire. Le liquidateur judiciaire pourrait obtenir des informations concernant les biens du tiers saisi, ses créances ainsi que ses dettes.

603. Aujourd'hui, chacune des organisations, entreprises, institutions débitrices de son Etat national doit anticiper que des mesures d'exécution prononcées contre un Etat puissent produire des conséquences sur leur santé financière. Elles sont invitées à adopter un schéma organisationnel, de nature à fournir les documents et à répondre dans les plus brefs délais aux injonctions des huissiers[1679]. Le tiers saisi a tout intérêt à identifier rapidement ses créanciers et à s'informer sur le point de savoir s'il est actuellement débiteur de l'Etat dont une mesure d'exécution a été prononcée. Il doit également se renseigner sur le fait de savoir s'il n'est pas le débiteur d'une émanation de l'Etat. Dans cette dernière hypothèse, le juge de l'exécution statuera sur le sort du tiers saisi. Si le tiers saisi n'est pas le débiteur d'une émanation de l'Etat, il sera préservé de toutes mesures d'exécution à son encontre. En effet, dans un arrêt rendu en 2004, la Cour de cassation a considéré que l'agence fédérale et l'établissement public chargés de la réalisation de la politique de l'Etat russe dans le domaine spatial n'étaient pas des émanations de l'Etat, alors même qu'ils étaient des entreprises fédérales[1680]. Le juge français, pour caractériser une émanation de l'Etat, a exigé que celle-ci ne soit titulaire d'aucune indépendance fonctionnelle de fait ou de droit à l'égard de l'Etat saisi[1681]. En l'espèce, le juge français a considéré que le contrôle exercé par la Russie sur ces organes n'était pas suffisant. Ainsi, les créances qui avaient été saisies entre les mains des tiers saisis n'appartenaient pas à l'Etat russe et ne pouvaient avoir lieu. Une mainlevée sur ces saisies a alors été prononcée.

[1679] Cass. civ. 2e, 21 mars 2002, *Bull. civ*. n° 55, p. 46.

[1680] Cass. civ. 1re, 12 mai 2004, n° 02-12.920.

[1681] Cass. civ. 1re, 14 novembre 2007, *Winslow B&T c. SNH*, n° 04-15.388.

604. Tous ces éléments témoignent de la délicate position du tiers saisi. De plus, si l'investisseur privé étranger peut se retourner contre les institutions financières de l'Etat condamné, il peut également demander à celles-ci de lui indiquer l'identité de leurs propres débiteurs[1682], d'autant plus lorsque ces débiteurs sont des personnes privées. En effet, il sera plus facile de démontrer que l'affectation de leur patrimoine est destinée à une activité privée. Cependant, des questions se posent : comment un investisseur privé étranger pourrait-il avoir connaissance de l'existence des débiteurs de l'Etat, de leur identité ainsi que du montant de leurs dettes ? Un secret bancaire ne devrait-il pas protéger les débiteurs de l'Etat et les préserver contre toute saisie ? Sur ces interrogations, il convient de souligner qu'en droit français, le mécanisme de la saisie autorise à outrepasser le secret bancaire et à admettre la délivrance d'informations concernant les débiteurs d'un débiteur. A maintes reprises, la jurisprudence française a affirmé que le devoir de renseignement l'emportait sur le secret bancaire et imposait une réponse « sur le champs »[1683]. En pratique et du fait des sommes considérables pouvant être réclamées, les huissiers français octroient des délais aux tiers saisis pour transmettre leur déclaration, n'excédant pas, en principe, quatre-vingt-seize heures. Malgré tout, une nuance s'impose. Dans une célèbre affaire, un créancier privé avait demandé à la Société Générale de lui transmettre l'intitulé de plusieurs comptes bancaires ouverts au nom de l'ambassade du Congo et l'identité des personnes pouvant y prélever des fonds. Pour des raisons procédurales, ces informations n'avaient pas pu être délivrées, à cause de la levée des saisies qui avaient attribué à l'établissement bancaire la qualité de tiers au procès, lui permettant de refuser ces demandes au motif du secret bancaire, en tant qu' « empêchement légitime »[1684]. Par conséquent, pour obtenir les renseignements, il faut qu'un établissement bancaire puisse conserver sa qualité de tiers saisi[1685]. Le secret bancaire est davantage protégé dans d'autres juridictions, notamment en Italie et au Portugal, plus protecteur des tiers saisis.

[1682] D'autant qu'en droit français notamment, les banques, qui pourraient être assimilées à des émanations de l'Etat, sont protégées par une immunité d'exécution particulière, prévue à l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier. De plus, le caractère généralement mixte des comptes bancaires des Etats ne facilite pas leur saisie.

[1683] CE, 9 juin 2000, n° 19.8088, *Gaz. Pal*. 10 décembre 2000, p. 10.

[1684] Cf CA Versailles, 12 avril 2012, *Commisimpex c. Société Générale*, n° 11/09073, intervention de la République du Congo.

[1685] Or, la loi Sapin II a renforcé la position des Etats en ajoutant une autorisation préalable venant réduire la possibilité pour un établissement de crédit d'avoir la qualité de tiers saisi.

605. En dépit de cette nuance, l'exécution d'une sentence arbitrale contre un Etat concerne toutes les personnes tenues par une dette, que cette dette ait été contractée directement par celles-ci ou qu'elles soient liées par l'effet d'une solidarité. Les investisseurs privés étrangers pourront opérer des saisies entres les mains de tiers, sur leurs dettes fiscales et parafiscales envers les Etats débiteurs.

606. Ce mécanisme de la saisie-attribution souffre de deux inconvénients majeurs. D'une part, il est rare que les sommes saisies soient équivalentes aux montants des compensations allouées par les arbitres. D'autre part et souvent, les Etats débiteurs n'admettent pas le caractère libératoire de la saisie et persistent à demander paiement au tiers saisi, du fait de l'immunité d'exécution rattachée aux créances fiscales et parafiscales, qui sont des ressources se rattachant nécessairement à l'exercice des prérogatives souveraines des Etats. Le tiers saisi peut alors se retrouver dans une fâcheuse position en étant amené à payer deux fois. En cela, le droit anglais apparait plus protecteur que le droit français, le juge anglais conditionnant la saisie auprès du tiers à l'absence de double paiement. Par conséquent, d'autres pistes auraient mérité plus d'attention.

b. Moyens et pistes de correctifs à l'immunité d'exécution

Plusieurs outils juridiques sont à la disposition des investisseurs, afin de mettre un terme à l'un des sophismes de l'arbitrage d'investissement, à savoir son potentiel d'ineffectivité (b.1). D'autres leviers auraient également pu être édifiés (b.2).

b.1. Les mécanismes existants, mais insuffisants

Pour éluder le jeu de l'immunité d'exécution des Etats, les investisseurs privés étrangers peuvent recourir aux assurances privées, lorsqu'un Etat condamné se refuse à payer la compensation financière prononcée

contre lui par un tribunal arbitral. Il a même été admis de recourir à un système de ventes de sentences arbitrales en matière d'investissement, l'investisseur cédant le prononcé de la sentence à des fonds d'investissement controversés. Enfin, opter pour une coopération systématique entre l'Etat d'accueil et l'investisseur dans la forme de la compensation ou dans les modalités de versement est une suggestion adéquate.

607. L'assurance. Le processus de l'exécution des sentences arbitrales peut être dérouté par le mécanisme de l'assurance. Les investisseurs peuvent recourir aux assurances privées, lorsqu'un Etat condamné se refuse à payer la compensation prononcée par un tribunal arbitral. Ainsi, la MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) est affiliée à la Banque Mondiale et assure les investisseurs contre les risques d'expropriation, de violence politique, de nationalisation, mais également de non-paiement d'une compensation prononcée par une sentence arbitrale. Au lieu de tenter de saisir des biens de l'Etat d'accueil disséminés dans le monde, l'investisseur peut se contenter de se tourner vers cette assurance. La MIGA peut couvrir 90 % de l'investissement et jusqu'à 250 millions de dollars. Elle possède des fonds propres solides et se trouve hautement classée et notée par le Basel II Committee[1686].

Cependant, la MIGA ne couvre pas au-delà de vingt ans. De surcroît et généralement, ces compagnies d'assurance n'interviennent que pour rembourser des sommes ne dépassant pas un à deux millions d'euros, ce qui vient exclure de nombreux arbitrages d'investissement. Augmenter le plafond des sommes autorisant les compagnies d'assurance à intervenir pourrait être suggéré, mais une telle solution ne serait pas viable, puisque les investisseurs n'auront pas tous la capacité financière à assumer les montants notables des frais d'assurance.

[1686] Multilateral Investment Guarantee Agency. Enhancing Investments in Emerging Countries (janvier 2013), http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Feature%20Story/japan/pdf/MIGA.

608. Pour parer à l'absence d'effectivité des sentences arbitrales rendues en matière d'investissement et aux frais d'assurances privées, il pourrait être proposé de se satisfaire d'un mécanisme utilisé par des institutions comme le Club de Paris ou le Club de Londres pour les créances non garanties. Il s'agirait alors de couvrir, par une assurance publique, l'investisseur. Ce faisant, dès le prononcé de la sentence rendue en sa faveur, l'investisseur pourrait se voir verser le montant de la compensation financière allouée par le tribunal arbitral par son assureur crédit public. L'assurance étant publique, l'Etat d'origine de l'investisseur la subventionnerait et pourrait alors chercher à se voir rembourser cette dette auprès de l'Etat d'accueil, par le jeu de négociation et d'accords. Rien ne permet d'affirmer que le réalisme de cette assurance publique soit concret, mais la piste mériterait d'être étudiée.

609. La vente des sentences arbitrales. Un système de cession des sentences arbitrales en matière d'investissement[1687] peut pallier les difficultés liées à leur exécution. Un investisseur, bénéficiant d'une sentence arbitrale, peut vendre à une tierce partie (établissement bancaire, fonds d'investissement …) le prononcé de celle-ci. En contrepartie, il obtient la totalité ou une partie du montant de la compensation allouée par le tribunal arbitral. Il peut même vendre sa sentence à plusieurs tierces parties, en parcellant le total de la compensation. L'objectif est de transférer la tâche de la poursuite de l'exécution de la sentence arbitrale et de la localisation de biens commerciaux de l'Etat d'accueil à l'étranger, à des entités ayant le temps loisible pour s'engager dans ces procédures et des fonds quasi-illimités. Des fonds d'investissement ont d'ailleurs été créés uniquement pour cette optique. Si cette solution est attrayante, elle n'a jamais été expérimentée pour les compensations d'un montant trop élevé et, elle s'accompagne de l'hostilité de l'opinion publique et des législateurs nationaux (comme cela a été développé dans les précédents développements relatifs à la loi Sapin II).

610. La coopération entre les parties au litige. Après le prononcé de la sentence arbitrale, l'exaspération est, naturellement, du côté des Etats d'accueil, condamnés à « devoir exécuter ». Mais elle l'est aussi

[1687] I. UCHKUNOVA et O. TEMNIKOV, « Enforcement of Awards under the ICSID Convention : What Solutions to the Problem of State Immunity ? », *ICSID Rev*. 2014, vol. 29, p. 187 et spéc. p. 207-208.

du côté des investisseurs étrangers, détenant des sentences « devant être exécutées ». Dans un souci de gain d'économie et de gain de temps, l'investisseur peut proposer à l'Etat d'accueil une renégociation de la sentence arbitrale rendue, en tentant d'aboutir à un accord qui puisse satisfaire au mieux ses attentes et complaire davantage à l'Etat d'accueil. C'est ainsi que 40 % des investisseurs privés étrangers ont négocié avec l'Etat d'accueil, après le prononcé de la sentence arbitrale qui leur était favorable[1688]. Les parties peuvent tenter de s'entendre sur une réduction du montant de la compensation alloué par le tribunal arbitral, l'Etat octroyant en contrepartie à l'investisseur des réductions d'impôts, des crédits d'impôts, des prêts à des conditions très avantageuses, la restitution de la situation dans l'état du début de l'implantation de l'investisseur … Les tribunaux se montrent vigilants et affirment que l'investisseur ne doit pas être contraint d'accepter une réduction des droits qui lui sont dus. D'ailleurs, dans la sentence Desert Line Projects LLC c. la République du Yémen, les arbitres ont déclaré que « l'accord de règlement selon lequel la partie gagnante dans une procédure arbitrale renonce sans contrepartie à la moitié de ses droits ne peut être valable que s'il résulte d'une négociation authentique, juste et équitable. En l'espèce, le rejet du résultat d'un mécanisme de résolution des litiges rendu dans le cadre d'un arbitrage local par deux arbitres désignés par les parties et assistés dans leurs délibérations par un magistrat yéménite local ; en plus de la sujétion des employés du requérant, des membres de sa famille et de son matériel d'arrestation et d'interférence armée, ainsi que des 'conseils' péremptoires ultérieurs qu'il était 'dans (son) intérêt' d'accepter que le montant alloué soit amputé de moitié, tombe bien en deçà des normes minimales du droit international et ne peut être le résultat d'une négociation authentique, juste et équitable »[1689]. La négociation convient d'être authentique, juste et équitable, d'autant que le refus d'exécuter une sentence arbitrale empêche, avant tout, l'investisseur à faire valoir une revendication légalement établie comme vraie.

[1688] L. MISTELIS et C. BALTAG *préc.*, p. 319-339.

[1689] Sent. CIRDI, 6 février 2008, *Desert Line Projects LLC c. La République du Yémen*, aff. n° ARB/05/17, § 179.

b.2. Les pistes

Pour pallier les effets de l'immunité d'exécution des Etats, il aurait aussi pu être proposé de renforcer un véritable système d'aide-sanction, selon que l'Etat défaillant se refuserait à payer de manière intentionnelle ou par impossibilité. Il aurait également pu être convenu de faire intervenir directement l'Etat d'origine de l'investisseur étranger, dans un rôle de médiation, auprès de l'Etat d'accueil désirant faire jouer son immunité d'exécution. Il s'agirait là d'une solution économique. Autrement, une solution plus drastique aurait pu être envisagée, via l' « equitable estoppel », qui viserait à fournir de profondes fondations à la mise à l'écart de l'immunité d'exécution. Cette immunité s'apparenterait à une situation de l' « estoppel », empêchant l'investisseur de faire valablement valoir ses droits.

611. Sanction ou aide financière. Il pourrait être suggéré d'édicter un traité ou de modifier les traités existants (Convention CIRDI et Convention de New-York), afin d'imposer des sanctions économiques et financières aux Etats qui ne respecteraient pas l'exécution des sentences arbitrales. Cette sanction pourrait être énoncée par des institutions déjà existantes, comme la Banque Mondiale ou le FMI, qui pourraient conditionner l'octroi de prêts à la bonne exécution des sentences arbitrales. D'ailleurs, le lien entre la Banque Mondiale et le CIRDI est si étroit, que la Banque Mondiale pourrait même exiger comme condition d'appartenance le respect par les Etats de l'exécution des sentences arbitrales.

L'attitude de ces institutions pourrait également être pacificatrice. En ce sens, ces institutions pourraient accorder aux Etats, condamnés à verser de lourdes compensations financières aux investisseurs privés étrangers, des prêts à des conditions favorables. Selon cette vision, si les Etats n'exécuteraient pas les sentences arbitrales, c'est parce qu'ils n'en auraient pas les moyens. Ce serait le cas lorsque le montant de la réparation correspondrait à une majeure partie du PIB de l'Etat condamné. Il conviendrait d'offrir aux Etats les moyens de payer ces compensations, notamment en facilitant l'octroi de prêts avantageux de la part d'institutions ou d'établissements de crédit. Cette vision a été mise à mal par l'affaire Sedelmayer, dans laquelle l'Etat russe n'avait été condamné à verser une compensation financière ne s'élevant qu'à 2,3 millions de dollars. La raison du refus du gouvernement russe de verser cette modeste somme

s'expliquait alors par une raison autre que celle de l'incapacité financière. Le refus d'exécuter une sentence arbitrale relève parfois d'une obstination plus profonde de la part de l'Etat, qui ne peut se résoudre à perdre une affaire contre un investisseur privé étranger.

612. Une coopération entre Etats. Auparavant, les investisseurs pouvaient solliciter leur Etat d'origine de recourir à la force contre l'Etat d'accueil[1690]. Cette technique de la « diplomatie du canon »[1691] a été mise en application à plusieurs reprises par les plus grandes puissances européennes entre 1880 et 1910. Elle sera mise en retrait lors de la création de la Cour permanente de justice internationale dans les années 1920, dont la fonction résidait, notamment, à trancher les litiges financiers dans lesquels un Etat débiteur était partie.

Comme l'a souligné la Cour suprême du Venezuela, « (b)ien qu'il s'agisse d'une décision rendue en une seule instance, non susceptible de recours et obligatoire pour les parties qui doivent s'y conformer pleinement (article 53 CIRDI), l'exécution dans l'État contractant s'effectue conformément aux normes de cet État. Par conséquent, cette Chambre considère qu'une décision qui viole la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela sera inapplicable dans le pays ». Cependant, pour le comité ad hoc, l'existence d'une règlementation nationale sur l'exécution ne permet pas à l'Etat « de refuser de se conformer aux termes de la sentence jusqu'à ce que le mécanisme d'exécution qui existe en vertu de la législation nationale de cet État contractant soit utilisé par le créancier de la sentence »[1692]. Autrement dit, le comité ad hoc a considéré que soumettre la procédure d'exécution aux règles nationales était contraire à la Convention CIRDI. Si l'Etat se retranche derrière son immunité d'exécution pour ne pas exécuter une sentence CIRDI, alors il y aurait « (…) une violation de la Convention CIRDI autorisant l'État national du créancier de la sentence à accorder la protection diplomatique ou à intenter une action internationale». Par conséquent, si l'article 27(1) de la Convention CIRDI pose la renonciation des Etats à exercer la protection diplomatique, le non-respect spontané de l'exécution de la sentence peut restaurer l'action

[1690] K. MITCHENER et M. WEIDENMIER, « Supersanctions and Sovereign Debt Repayment », *NBER Working Paper*, juillet 2005, n° 11452.

[1691] N. GAILLARD, « Le lancinant problème de l'insolvabilité des Etats », *Politique étrangère* 2014, n° 2, p. 139-149.

[1692] Y. NOUVEL, « The effectiveness of arbitral awards in investment : the interest in the ICSID », *IBLJ* 2019, vol. 6, p. 758.

diplomatique enclenchée subjectivement par l'Etat d'origine contre Etat d'accueil. En ce sens, l'article 64 de la Convention CIRDI dispose que « tout différend s'élevant entre les Etats contractants quant à l'interprétation ou à l'application de la présente convention et qui ne serait pas résolu à l'amiable sera porté devant la cour internationale de justice à la demande de l'une ou l'autre des parties ». La solution la plus économique pour s'assurer du respect de l'exécution d'une sentence arbitrale serait bien le recours à la protection diplomatique. L'investisseur demanderait aux autorités de son pays d'origine de s'entendre avec l'Etat d'accueil, pour parvenir à une solution visant à assurer l'exécution de la sentence arbitrale rendue. Il pourrait être fait mention de la pratique du « Helms Amendment ». En 1961 et pour protéger leurs investisseurs nationaux, les Etats-Unis avaient tenté d'inciter les Etats d'accueil à respecter l'exécution des sentences arbitrales[1693]. Néanmoins, tous les Etats n'ont pas la stature suffisante permettant d'inciter un Etat d'accueil à exécuter une sentence arbitrale en faveur de leurs ressortissants. De plus, la préservation des relations diplomatiques pourrait conduire un Etat à ne pas accéder aux demandes de son investisseur. Le jeu de la protection diplomatique dépendrait du comportement purement discrétionnaire de l'Etat d'origine de l'investisseur. Et il n'offrira aucune garantie à l'investisseur, puisque l'Etat d'origine sera libre de conserver à son profit le montant de la compensation. Défendre son investisseur national par le jeu de la protection diplomatique pourrait ne pas relever d'une stratégie judicieuse pour les intérêts d'une population, en cas de réaction négative de l'Etat d'accueil, qui pourrait décider de rompre des négociations ou des relations économiques et diplomatiques. Plus légitimement, si coopération il devait y avoir, celle-ci devrait intervenir entre l'Etat d'accueil et l'investisseur privé étranger lui-même.

613. L'equitable estoppel. La théorie de l' « equitable estoppel » pourrait apporter des bases permettant d'empêcher un Etat de faire jouer son immunité d'exécution. Le refus d'exécuter une sentence arbitrale correspond à une situation de l' « estoppel », pouvant se définir comme « une interdiction qui empêche de faire valoir une revendication ou un droit qui contredit ce que l'on a dit ou fait auparavant ou ce qui a été légalement établi comme étant vrai ». L' « equitable estoppel » est « une doctrine défensive qui empêche une partie de tirer indûment avantage d'une autre, lorsque, par un langage ou un comportement

[1693] U.S. Foreign Aid Act of 1961, 22. U.S.C. § 2370a(a)(1)(A) et 22 U.S.C. § 2370a(a)(2)(B).

faux, la personne à estopier en a incité une autre à agir d'une certaine manière, de sorte que l'autre a été blessé d'une certaine manière »[1694]. En consentant à l'arbitrage d'investissement, l'Etat donne la perception aux investisseurs étrangers qu'il respectera les règles et la procédure de l'arbitrage et se soumettra aux obligations intrinsèques à l'arbitrage, à savoir l'exécution des sentences. Un investisseur peut s'estimer trompé, si son investissement dans le territoire de cet Etat a été, totalement ou en partie, motivé par sa conviction en l'effectivité du mode de règlement des litiges souscrit. Cette situation dans laquelle se trouve l'investisseur répond aux cinq caractéristiques essentielles de l' « equitable estoppel », selon lesquels : « (1) il y avait une fausse déclaration ou une dissimulation de faits importants, (2) la déclaration était connue pour être fausse, ou la partie était négligente en ne sachant pas que sa falsification était fausse, (3) elle était supposée être vraie par la personne à qui elle a été faite, (4) la partie qui a fait la déclaration agi avec intention (…), et (5) la partie (…) a agi de la manière suivante de manière à causer un préjudice substantiel (…) ». La Cour de cassation a d'ailleurs souligné que les conditions de l' « estoppel » sont réunies, lorsque « le comportement procédural du demandeur constitue un renversement de sa situation juridique et est susceptible de tromper le demandeur sur son intention »[1695]. Or, en refusant d'exécuter une sentence arbitrale, alors même qu'il s'était engagé à l'exécuter, l'Etat adopte bien un changement de position, imprévisible pour l'investisseur privé étranger, qui mérite d'être réprimandé.

Conclusion section II : Le contentieux de l'exequatur est un contentieux objectif, autrement dit un contentieux dans lequel le demandeur exige l'appréciation de la légalité d'un acte. A propos de la saisissabilité des comptes bancaires des Etats, les législations nationales ont adopté des positions variables. Si certains Etats affichent leur opposition formelle de principe, d'autres en reconnaissent la possibilité et d'autres encore en facilitent la saisie en attribuant des moyens probatoires au bénéfice des créanciers privés quant à la destination de ces fonds. Toutefois, ces positions divergentes ne font qu'attester des

[1694] Cf B.A. GARNER, *Black's Law Dictionary,* Claitor's Pub Division, 11e éd., 2019.

[1695] Cass. civ. 1re, 3 février 2010, *Société Mérial c. Société Klocke Verpackungs Service GMBH* : « (l)e comportement procédural de la société Mérial n'était pas constitutif d'un changement de position en droit, de nature à induire la société Klocke en erreur sur ses intentions ».

difficultés rencontrées par les investisseurs privés étrangers dans la saisie de biens étatiques, tant le caractère commercial de ces biens demeure une notion ambiguë.

L'immunité d'exécution rompt avec le principe du procès équitable et de l'égalité des parties. En ce sens, le Professeur M. Lalive énonçait très justement que « tout justiciable devrait avoir le droit de soumettre une réclamation ou un litige, même contre un Etat, à une juridiction neutre et impartiale. Il faut ensuite qu'il soit en mesure d'obtenir l'exécution de la décision prise. Ces principes devraient prévaloir en tout cas lorsqu'il y a (une) clause arbitrale, et devraient l'emporter sur le concept d'une souveraineté, anachronique dans le monde actuel et dans le domaine du commerce international »[1696]. Déjà en 1998 et afin de parfaire la procédure d'exécution des sentences, le Professeur Philippe Fouchard proposait une ambitieuse réforme consistant à créer un organisme international unique de contrôle des sentences arbitrales internationales[1697]. De même, lors de la Conférence de l'ICCA (International Council for Commercial Arbitration) en 2008 à Dublin, le Professeur A. Van Den Berg a présenté une Hypothetical Draft Convention[1698], dans laquelle il a énoncé la proposition de modification de l'article III de la Convention de New-York, relatif à la procédure d'exequatur. Ce faisant, il a proposé de se référer uniquement aux conditions que la Convention mentionnerait. Il s'agissait, dans ces deux propositions, de court-circuiter le rôle des Etats dans la décision d'exécution d'une sentence arbitrale internationale, pour palier à l'attitude de certains d'entre eux qui s'abstiendraient de se conformer aux sentences prononcées à leur encontre. Ces propositions auraient pu être adaptées à l'arbitrage d'investissement, qui ne pouvait pas survivre à une crise de légitimité perçue par les investisseurs, seuls détenteurs du droit d'action. Or, si les immunités d'exécution des Etats ont connu quelques atténuations (immunités parfois restreintes, quelques hypothèses de renonciation à celles-ci), les législateurs nationaux tendent à préserver les intérêts de leurs Etats, face aux actions en exécution pouvant être enclenchées par les investisseurs. Si des moyens existent pour

---

[1696] J-F. LALIVE, « Quelques observations sur l'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international », *préc.*, p. 380.

[1697] Ph. FOUCHARD, « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », tirées des conclusions présentées oralement par l'auteur lors de la clôture du Congrès de l'ICCA, à Paris, le 6 mai 1998 et publiées dans *Rev. arb*. 1998.653.

[1698] http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf. Cf également « Journée d'étude du 27 mars 2013 : Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? Dossier d'orientation », *Convention-s*, 2013.

éluder le jeu de l'immunité d'exécution (mécanisme du tiers saisi, assurance publique …), ces moyens se seraient, à terme, révélés insuffisants face aux sommes potentiellement conséquentes octroyées aux investisseurs par les tribunaux arbitraux. Si des pistes auraient pu être proposées (equitable estoppel, sanction ou aide financière …), elles n'ont pas eu l'écho suffisant.

Conclusion chapitre II : Les volets sociaux des traités d'investissement demeurent insuffisants et ont finalement conduit l'arbitrage d'investissement à son improbation et aux refus par des Etats d'exécuter les sentences arbitrales. Finances publiques en crise, compétences techniques nationales insuffisantes, économies en berne … Autant de raisons expliquant l'essor de l'arrivée d'investisseurs privés étrangers dans le secteur d'activités réputées publiques. Les Etats sont mis en concurrence, à l'intérieur d'une zone de libre-échange dans laquelle chacun tente de proposer aux investisseurs des conditions d'implantation les plus bénéfiques. Cette mise en concurrence s'est souvent traduite par la réduction des charges et exigences environnementales, fiscales et sanitaires. Les investisseurs privés étrangers sont parvenus, par le levier de la pression négociatrice exercée par leur Etat d'origine, à contraindre les Etats d'abaisser leur niveau d'exigence nationale pour la défense de l'environnement ou du développement durable, comme condition *sine qua non* à leur arrivée sur leurs territoires. Il aurait fallu insister davantage pour une réécriture de traités d'investissement tendant vers davantage d'équilibre substantiel entre les droits et devoirs des Etats et des investisseurs et vers la reconnaissance d'investissements-citoyens.

En définitive, l'absence de normes juridiques contraignantes particularise la « soft law » ou le « droit mou ». Si les investisseurs privés étrangers semblent s'adonner à la mode des chartes d'éthiques ou autres codes de conduites, c'est possiblement dans un but caché, visant à empêcher les Etats d'ordonner plus fortement la RSE dans la législation nationale. Dès lors, il conviendrait d'intégrer la RSE dans un cadre contraignant, en précisant ses standards par une étroite collaboration entre investisseurs et Etats. Cela impliquerait une renégociation des traités d'investissement qui, si elle s'avère complexe à mettre en œuvre, est devenue nécessaire pour atténuer les oppositions à l'arbitrage. Il aurait été intéressant de s'inspirer de ce qui s'est produit à propos du domaine de la régulation bancaire et financière dans lequel, malgré l'absence de force obligatoire de Principes édictés, les standards ont été respectés par les opérateurs internationaux. S'ils l'ont été, c'est parce que ces standards ont été élaborés en étroite collaboration

avec la participation de ces opérateurs bancaires et financiers. Les mesures de protection des TBI sont invitées à être subordonnés au respect de ces standards élaborés conjointement entre investisseurs et Etats (et, potentiellement, avec les ONG[1699]). Si les investisseurs ne sont pas des parties aux traités d'investissement, ils pourraient être consultés, par exemple par l'assistance de Business Europe, la principale organisation représentant les intérêts des investisseurs privés européens.

En conclusion, il gagerait de développer davantage le volet social et de développement durable des TBI. L'argument selon lequel les traités d'investissement ne seraient pas légitimes à créer des obligations à la charge des investisseurs privés étrangers, puisque ceux-ci n'y sont pas parties, ne tient pas. Chaque traité international (sur le droit de la concurrence, sur le commerce international …) impose des obligations aux citoyens et acteurs économiques, sans qu'il n'en soit trouvé à redire. Un rééquilibrage du droit international des investissements fondé sur les TBI renforcerait la coopération des Etats dans l'exécution des sentences arbitrales. L'exécution des sentences CIRDI dépend, avant tout, du droit interne de chaque Etat. En effet, « l'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel on cherche à y procéder »[1700]. Or, « aucune disposition de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un Etat contractant concernant l'immunité d'exécution dudit Etat ou de l'Etat étranger »[1701]. Dès lors, un Etat condamné par un tribunal CIRDI peut toujours imposer son immunité d'exécution et s'extirper d'une sentence arbitrale. Au désarroi et au grand découragement des investisseurs, la grande majorité des législations nationales sur les immunités souveraines des Etats et, en particulier, sur les immunités d'exécution, protège des biens des Etats tiers de toute saisie en justice.

[1699] Ainsi, faisant suite aux actions arbitrales enclenchées par Philipp Morris, plusieurs organisations militantes anti-tabac ont tenté de peser sur les négociations de l'accord de partenariat transpacifique (PTP) afin d'y insérer un article, en l'occurrence la clause 29.5 (clause de « carve out » du tabac), destinée à protéger la santé publique.

[1700] Article 54-3 de la Convention de Washington.

[1701] Article 55 de la Convention de Washington.

Il pourrait sembler excessif d'affirmer avec certitude que l'absence de RSE contraignante aurait renforcé le jeu de l'immunité d'exécution, qui aurait entrainé à elle-seule la déperdition de l'arbitrage d'investissement[1702]. Cependant, il aurait été vain de procéder à une réforme procédurale et substantielle de l'arbitrage d'investissement, sans envisager concomitamment une réforme de l'exécution des sentences arbitrales en la matière. Pour ce faire, il aurait convenu d'apporter des moyens de détournement au jeu de l'immunité d'exécution ou de restreindre sa portée. L'objectif aurait été d'aboutir à un complet renouveau de ce mode privé de règlement des litiges. En conclusion, ces développements traduisent la raison pour laquelle certains auteurs ont assimilé la coopération des Etats condamnés et l'exécution des sentences arbitrales en matière d'investissement comme le « talon d'Achille » de l'arbitrage d'investissement[1703] ; ce même talon d'Achille, faiblesse du héros grec, qui causa sa chute comme elle aurait pu causer, à terme, celle de l'arbitrage d'investissement. A terme, le jeu des immunités d'exécution, préservé par la majorité des législations nationales et au champ d'application toujours plus large, aurait fini par pâtir à la prévisibilité et à la confiance des investisseurs privés étrangers en la justice arbitrale.

D'après une étude publiée en 2008, dans près de 90 % des affaires, la partie ayant vu ses prétentions être rejetées dans l'arbitrage d'investissement, se conforme et exécute volontairement le prononcé de la sentence arbitrale[1704]. Les Etats seraient soucieux de leur réputation et se résigneraient à exécuter les sentences arbitrales, pour ne pas demeurer en contentieux plus longtemps avec un investisseur privé étranger. Cependant, ces chiffres témoignent aussi que, le plus souvent, les Etats refusent d'exécuter les sentences arbitrales lorsque celles-ci prononcent des montants de compensation élevés. Ainsi, 81 % des demandeurs affirment avoir éprouvé de nombreuses adversités dans l'exécution d'une sentence arbitrale

[1702] G.S. TAWIL, « Binding Force and Enforcement of ICSID Awards : Untying Articles 53 and 54 of the ICSID Convention, 50 Years of the New York Convention », *ICCA's Congress Series*, 2008, n° 14, p. 327.

[1703] A. BJORKLUND, « State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards », *in International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, éd., Christina Binder et al., 2009, p. 302-303 et p. 321.

[1704] L. MISTELIS et C. BALTAG, « Special Section on the 2008 Survey on Corporate Attitudes towards Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards : Special Section : Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration : Corporate Attitudes and Practices », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2008, vol. 19, p. 319-357.

d'investissement[1705]. Et le chiffre des 90 % mentionné ci-dessus ne prend pas en considération l'essor des sentences favorables aux Etats, alors plus enclins à les exécuter spontanément. Dès lors, les opérations de saisies auraient découragé les investisseurs, tant celles-ci s'avèrent longues et onéreuses à mesure que le montant de la compensation prononcé par le tribunal arbitral est élevé. Plus les montants des compensations auront été conséquents, plus les Etats d'accueil auraient été incités à ne pas les payer, du fait de leurs finances publiques à préserver, d'une opinion publique à satisfaire. Les investisseurs privés étrangers auraient été de plus en plus nombreux à s'interroger sur l'efficacité et l'intérêt de l'arbitrage d'investissement, en présence du levier offert aux Etats d'actionner leur immunité d'exécution. Progressivement et par le jeu des immunités d'exécution, le droit international conduisait l'arbitrage d'investissement vers une perte de vitesse.

Conclusion partie II : Les tribunaux arbitraux tirent leur compétence des traités d'investissement conclus par les Etats. Ces traités, contrairement à ce que les oppositions affirment, contiennent des clauses équitables entre les Etats et les investisseurs. Certes ils n'imposent pas de devoirs *stricto sensu* aux investisseurs. Pour autant, les arbitres les interprètent strictement, en n'octroyant pas une protection impérieuse aux investisseurs. Les arbitres veillent à ce que seules les atteintes aux attentes légitimes des investisseurs soient réparées, à ce que les préjudices des Etats eux-mêmes soient réparés (y compris leur préjudice moral) et préservent aux Etats leur droit de réguler.

Nous avons tout de même convenu qu'il était temps, pour répondre aux controverses entourant l'arbitrage d'investissement, de refonder les traités d'investissement. Ces traités doivent être réécrits et contenir des concessions aux Etats. Ce faisant, nous avons suggéré l'instauration de devoirs mis à la charge des investisseurs, par le concept de la RSE et nous avons détaillé l'ensemble des moyens pouvant permettre de faire de la RSE, droit mou par nature, un droit contraignant. Insérer des devoirs à l'égard des multinationales contribuerait à ramener de l'éthique à l'arbitrage d'investissement et irait dans le sens de la vision

[1705] *Ibid*., p. 391-405.

du Professeur Le Tourneau[1706] qui invitait à faire mentir la vision retenue par le Doyen Ripert, pour qui « ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale »[1707]. Les entreprises sont appelées à développer des actions citoyennes pour devenir, elles-mêmes, des entreprises citoyennes. Le courant « Business and Society » s'inscrit dans un mouvement enclenché à partir de la fin du XIX^{e}. Dans leurs travaux en 1932, Berle et Means décomposaient la compétence de management du droit de propriété des actionnaires[1708]. Était alors en germe l'idée qu'il faille contrôler les comportements des actionnaires. Longtemps, la RSE n'était envisagée que sous le prisme des actionnaires, autrement dit sous le regard de l'ascension aux profits. Cette vision de « l'entreprise-profit » et cette conception du « laisser-faire », proclamées par Milton Friedman, conviennent d'être dépassées[1709]. Les traités d'investissement sont appelés à être les instigateurs d'une vision nouvelle, pour donner à l'arbitrage d'investissement un nouvel élan. En ce sens, la théorie d'Edward Freeman tendait à développer l'approche des « stakeholders » ou « parties prenantes », visant à prendre en considération les intérêts de ces dernières[1710]. En ce sens, « les parties prenantes peuvent être de premier rang pour désigner les personnes ou groupements directement affectés : clients, consommateurs, fournisseurs (…). Elles peuvent être de second rang pour désigner les personnes ou groupements indirectement affectés : population locale, organisations non gouvernementales, (…) Etats »[1711]**.** Ainsi, il existe aux Etats-Unis une loi de 1789, l' « Alien Tort Statute », qui permet d'engager, devant les juridictions américaines, la responsabilité de toute personne, physique ou morale, qui aurait causé des dommages environnementaux ou commis une grave atteinte aux droits fondamentaux[1712]. No-

[1706] Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, p. 67.

[1707] Sur l'éthique et son appréhension par l'entreprise, cf J.L. DHERSE et D.H. MINGUET, *L'éthique ou le chaos ?*, Presses de la Renaissance, 1998.

[1708] Cf A.A. BERLE et G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction publishers, 1932.

[1709] M. FRIEDMAN, « The Social Responsbility of Business is to Increase its Profits », *The New-York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

[1710] R.E. FREEMAN, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2010.

[1711] R. FAMILY, « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.* 2013, p. 1558.

[1712] H. MUIR WATT, « L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis, Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 595.

nobstant, la compétence universelle des juridictions américaines a eu pour effet que les tribunaux américains ont dénié accorder une trop grande extension à cette loi, pour éviter une accumulation de demandes ne présentant aucun lien avec les Etats-Unis[1713].

Ce rééquilibrage de l'arbitrage d'investissement permettra de garantir l'exécution des sentences arbitrales, qui aujourd'hui demeure le péril majeur de cette justice privée. Nous avons regretté l'inefficience des sentences CIRDI, qui se confrontent aux immunités d'exécution des Etats. Même condamné, un Etat peut se retrancher derrière son immunité d'exécution et ne pas respecter une sentence arbitrale. Cette situation est inacceptable et atteste du déséquilibre flagrant souffert par des investisseurs démunis, d'autant que la grande majorité des droits nationaux, sur les immunités souveraines des Etats, préservent des biens des Etats tiers de toute saisie en justice. Ainsi, nous avons défendu le fait que des moyens de détours aux immunités d'exécution des Etats devaient être consacrés, afin de répondre à des injustices criantes soufferts par les investisseurs privés étrangers.

[1713] Kiobel c. Royal Dutch Petroleum, No. 10-1491, 569 U.S., 2013 U.S. LEXIS 3159 (U.S. 17 avril 2013).

PROPOSITIONS ET CONCLUSION GENERALE

614. Dans une première partie, nous avons tenu à défendre la légitimité de l'arbitrage d'investissement, face aux faux procès édifiés à son encontre. Nous avons tenu à répondre aux attaques adressées au consentement dissocié des Etats. Si l'offre publique d'arbitrage accorde la maitrise du droit d'action à l'investisseur, les Etats n'en sont pas moins démunis de garanties procédurales. Nous avons rappelé que les Etats peuvent même contourner toute tentative de double assignation, par le jeu des clauses « fork-in-the-road ». L'équilibre procédural des forces à l'arbitrage d'investissement est présent et, si les Etats ont parfois été astreints à certains déséquilibres procéduraux, les investisseurs l'ont aussi été patrimonialement.

615. L'arbitrage d'investissement est une justice neutre, les arbitres sont soumis à de stricts devoirs d'indépendance et d'impartialité. Les arbitres sont des juges responsables et, nous avons souhaité relater tous les efforts de transparence réalisés ces dernières années (publicité des sentences, limitation des devoirs de confidentialité, essor des opinions dissidentes, non-permanence de l'arbitre …), incitant les arbitres à rendre la meilleure sentence possible, permettant de préserver leur réputation. Si nous avons entendu les efforts de transparence réalisés par la CNUDCI et le CIRDI, par l'édification d'un Code de conduite contraignant listant les obligations éthiques des arbitres, nous avons considéré que les devoirs éthiques sont consubstantiels à l'acte de juger. Ces devoirs (d'indépendance, d'impartialité, de probité) préexistent au contrat d'arbitre. Puis, pour répondre aux contestations, nous avons proposé d'adjoindre à l'arbitrage d'investissement une méthodologie d'intelligence artificielle, venant au soutien des arbitres, pour permettre de justifier les sentences. Cependant, nous avons mis en garde sur les dangers de cette proposition. L'intelligence artificielle ne permettra pas d'anticiper les sentences arbitrales en parfaite fiabilité et se heurtera à l'imprécision d'une grande majorité des traités d'investissements sur des notions clés (clause de traitement juste et équitable …). Selon nous, la survie de l'arbitrage d'investissement ne passe pas par une réforme rattachée à la transparence ou à la probité de l'arbitrage. Les garanties en la matière sont déjà conséquentes.

616. Si nous estimons avoir répondu à ces inquiétudes énoncées ci-dessus, nous avons fait face aux nombreux arrêts rendus par la CJUE. Les juges européens ont témoigné d'une hostilité absolument injustifiée à l'encontre d'une justice privé ayant fait ses preuves de bonne conduite. La CJUE a instauré une comparaison malvenue entre les traités d'investissement conclus par les Etats membres et les traités de l'Union européenne. Si les TBI octroient aux investisseurs des droits, ceux-ci diffèrent de ceux prévus par le droit de l'Union, sans pour autant renier les garanties de protection des investissements internationaux affichées par le droit de l'Union. Nous nous heurtons à la réalité de l'actualité. L'Union européenne est venue prohiber tout effet aux arbitrages intra-UE et elle a également affiché sa défaveur aux traités d'investissement conclus avec des Etats tiers (sur ce point, nous avons fait une large étude de l'appréciation, par la CJUE, du traité sur la charte de l'énergie)

617. La tendance est en marche. La substitution de l'arbitrage d'investissement par le SJI est enclenchée et nous l'avons combattue. Ce nouveau système privera les investisseurs de leur faculté de désigner les juges chargés de trancher leur litige. Ce faisant, le SJI pâtit d'un problème institutionnel majeur et la question de sa légitimité se pose. En étant privés de la possibilité de nommer leurs juges, les investisseurs n'auront aucun contrôle sur l'instance. De plus, les délais imposés au traitement d'une affaire par les juridictions CETA sont si ambitieux, qu'ils nous paraissent totalement irréalistes et les coûts que l'instance imposera seront bien trop onéreux pour être supportés sur le long terme. Ainsi, nous avons gagé de l'échec du SJI mis en place par le traité CETA et des incidences désastreuses causées par son instauration sur les investissements internationaux au sein de l'Union européenne.

618. Dans notre seconde partie, nous nous sommes attachés aux réformes majeures dont l'arbitrage d'investissement a besoin pour assurer sa survie. Selon nous, ce n'est pas l'institution d'arbitrage qui doit subir les opprobres, mais un droit international des investissements fondé sur des traités accusés de déséquilibres substantiels. Ainsi, nous avons suggéré la mise en place de solutions nouvelles, comme le renforcement de la position des amici curiae, qui apportent à l'instance davantage de transparence et associent le public au fond de l'affaire. Si nous avons justifié qu'ils ne peuvent pas avoir accès à l'ensemble des documents de la procédure, nous avons plaidé pour un juste milieu, tout en contestant les critiques tenant au fait que les amici curiae contribueraient à accroître les coûts et les délais de l'arbitrage

(les amici curiae auraient pu, pour réduire les frais de la procédure, se voir imposer un nombre de pages précis, ou voir leurs demandes d'intervention et leurs demandes de mémoires être combinées à ceux d'autres amici curiae …). Si nous nous sommes opposés à certains déséquilibres substantiels allégués à l'encontre de l'arbitrage d'investissement, nous avons toutefois estimé qu'ils étaient en réalité le cœur du problème. Les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement juste et équitable ont pour source l'unique désir des Etats de préserver les droits des investisseurs privés étrangers et de protéger leurs attentes légitimes. Si leur rédaction peut sembler octroyer des droits disproportionnés, il ne faut pas faire fi de l'encadrement de ces clauses opéré par les arbitres. L'équilibre de l'instance est assuré par les tribunaux arbitraux, qui veillent à ce que les Etats puissent faire valoir leurs arguments sur le préjudice présumé et tenter de restreindre ou d'éluder le droit à compensation de l'investisseur. De plus, les Etats se sont vus reconnaitre la possibilité de faire entendre leur préjudice moral causé par une action arbitrale enclenchée de mauvaise foi. Dès lors, nous avons affirmé que les tribunaux arbitraux prennent en considération tous les intérêts en présence. Ils mettent en balance les prétentions de l'investisseur, les comportements de ce dernier ainsi que les circonstances politiques, économiques et sociales d'une mesure contestée. Nous avons ainsi rejeté l'argument selon lequel le mécanisme de la réparation serait substantiellement déséquilibré. Si les arbitres s'appuient sur les TBI, ce n'est pas pour autant qu'ils réparent automatiquement toutes les prises de possession. Nous avons simplement regretté l'incomplétude des traités d'investissement, si peu nombreux à contenir des clauses relatives aux types de remèdes pouvant être octroyés par les tribunaux arbitraux[1714] et si peu exhaustifs sur l'étendue des expropriations indemnisables.

619. Nous avons, ensuite, rejeté le lien opéré entre le droit à réparation des investisseurs et le « chilling effect » dont pâtiraient les Etats, du fait des compensations financières conséquentes auxquelles ils s'exposeraient, en cas d'édiction de législations nouvelles contrevenant aux intérêts des investisseurs. Sur ce point, nous avons noté qu'aucun tribunal arbitral n'a remis en cause le pouvoir de réguler des Etats. Les arbitres ont toujours veillé à préserver, à la fois, le pouvoir souverain de réguler des Etats et les droits

[1714] En sens contraire, cf les modèles TBI 2004 des Etats-Unis (notamment, l'article 34) et du Canada (notamment, l'article 44).

des investisseurs. De surcroît, nous n'avons pas hésité à mettre les Etats devant leur responsabilité, en rappelant qu'ils disposent de plusieurs outils juridiques destinés à préserver leur droit de réglementer (clauses de stabilisation, clauses de légalité …). Il est erroné d'affirmer que l'arbitrage d'investissement est attentatoire à l'intérêt général. En outre, les contours de la notion d'intérêt général sont délicats à définir. Il s'agit d'une notion bien trop large pour faire l'objet d'une définition bornée. L'intérêt général est une notion « indéfinissable » et fluctuante dans son contenu[1715]. Il n'existe pas d'intérêt général, face aux oppositions d'intérêts subsistant entre les classes sociales. Retenir un intérêt général reviendrait à élever des intérêts supérieurs à d'autres intérêts, pourtant légitimement ressentis. Depuis plus de vingt ans, l'arbitrage d'investissement est proclamé au sein des traités d'investissement et sur plus de six cents affaires connues aujourd'hui, seule une petite minorité avait trait à l' « intérêt public ». Affirmer que l'arbitrage international en matière d'investissement bafoue les politiques environnementales, sociales ou de santé publique est erroné, puisque ces secteurs représentent une minorité des affaires. L'image de l'arbitrage international en matière d'investissement est simplement déformée. Dans la très grande majorité des cas, les investisseurs privés étrangers ne mettaient pas en cause une politique législative ou un acte réglementaire *per se*, mais davantage des décisions administratives qui leur étaient préjudiciables. D'évidence et à partir du moment où un Etat est condamné par un tribunal arbitral, c'est qu'il a eu à l'encontre de l'investisseur un comportement arbitraire. Le plus souvent, les attitudes répréhensibles opérées par l'Etat hôte résultent plus d'une connivence politique, que d'une mesure d' « intérêt général ».

620. Si nous avons combattu l'ensemble de ces attaques adressées à l'arbitrage d'investissement, nous avons reconnu l'insuffisance des volets sociaux au sein des traités d'investissement. La « Campagne mondiale pour démanteler le pouvoir corporatif et mettre fin à l'impunité » a mis en avant « la reconnaissance nécessaire de la souveraineté de l'Etat, et son droit à réguler dans le cadre de ses obligations à protéger les droits humains de ses citoyens et l'engagement à développer un modèle alternatif d'économie mettant les besoins fondamentaux des personnes avant les bénéfices des entreprises » ; ou encore le fait de « garantir la primauté et la supériorité du cadre général des droits de l'homme par rapport aux

[1715] Pour reprendre l'expression du Doyen VEDEL, citée par D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige/Lamy - PUF, 2003, p. 839.

politiques de commerce et d'investissements, accords et contrats » ; et « interdire l'actuelle industrie d'arbitrage secrète et extrêmement coûteuse, laquelle bénéficie à un petit groupe de grandes entreprises (principalement d'Europe et des Etats-Unis) ». Les Etats d'accueils voient peser sur eux tant d'obligations et de devoirs que les traités d'investissements ont été décrits comme « une charte des droits exclusifs des investisseurs privés »[1716] ou encore, de « traités par essence inégalitaire »[1717]. Il est crucial de parvenir à accorder quelques concessions aux Etats, pour ne plus que l'arbitrage d'investissement apparaisse, aux yeux des opposants, comme une justice au service des multinationales. Dès lors, nous avons insisté sur l'importance d'une réécriture des traités d'investissement, tendant vers davantage d'équilibre substantiel entre les droits et devoirs des Etats et des investisseurs et vers la consécration d'investissements-citoyens. Ici, nous avons soutenu l'idée selon laquelle les traités d'investissement puissent créer des devoirs à la charge des investisseurs privés étrangers, même s'ils n'y sont pas parties. Chaque accord international (sur le droit de la concurrence, sur le commerce international …) impose des obligations aux citoyens, aux opérateurs économiques, sans qu'il n'en soit trouvé un motif à contestation. Nous avons alors soufflé la possibilité d'une intégration de la RSE dans un cadre contraignant, celui des TBI, pour atténuer les contestations à l'arbitrage. Les groupes de travail de la CNUDCI doivent profiter de l'occasion pour réussir enfin à insérer les droits humains et la RSE contraignante au sein des accords d'investissement. La réforme utile se situe sur ce terrain. En ce sens, Karl Sauvant recommande la création d'une nouvelle catégorie d'investisseurs, les investisseurs responsables ou plutôt les « investisseurs durables agréés »[1718]. Les traités d'investissements ne bénéficieraient qu'à l'investissement durable. Cette approche est intéressante et ressemble à ce qui existe déjà au sein de l'OMC, qui parle d' « opérateurs autorisés ». Contraindre les investisseurs à la RSE leur sera bénéfique. Il existe un lien positif entre la performance

---

[1716] H. MANN *préc.*

[1717] P. JUILLARD, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement,* Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, spéc. p. 190-191). De même, F. HORCHANI a parlé du « déséquilibre structurel qui caractérise les accords d'investissement modernes » (*Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis*, Pedone, 2006, spéc. p. 6). C. VADCAR a procédé au même constat (« La réciprocité dans le système commercial international », *JDI* 2002, p. 773-791, spéc. p. 777).

[1718] Cf X. QIAN, « Rethinking investment treaties for sustainable development : from the 'New Delhi Declaration' Principles to Modern investment law & policy », *Asian J. WTO & Int'l Health L., & Pol'y* 2022, vol. 17, p. 405 et cf E. GABOR et K. P. SAUVANT, « Incentivizing Sustainable FDI : The authorized sustainable investor », *Colum. FDI Persps*, 2019, vol. 256, p. 1.

sociale d'un investisseur et sa performance financière. Selon le constat de Engelen et Van Essen en 2011, des comportements socialement irresponsables de la part des entreprises conduiraient à des « résultats financiers négatifs »[1719]. Le principe de la RSE ne devrait pas être perçue comme une contrainte pour les investisseurs, mais plutôt comme un atout pour leur compétitivité.

621. Selon nous, ces réformes substantielles visant à équilibrer davantage le droit international des investissements s'imposent pour garantir l'effectivité même de l'arbitrage d'investissement. Devant des sentences arbitrales qu'ils estiment injustes, car fondées sur des traités d'investissement substantiellement déséquilibrés, les Etats pourraient de plus en plus se préserver par leurs immunités d'exécution, poussés par la pression de l'opinion publique. Dès lors, les investisseurs seront lésés d'un déséquilibre dans l'exécution des sentences arbitrales. Nous avons, en ce sens, regretté l'absence d'*imperium* des arbitres en matière d'arbitrage d'investissement sous l'égide du CIRDI. Les arbitres ne peuvent pas ordonner de mesures provisionnelles, mais uniquement les recommander. Cette absence d'*imperium* des arbitres bénéficie au jeu des immunités souveraines des Etats. Nous avons relaté les difficultés rencontrées par les investisseurs dans la saisie de biens étatiques, tant le caractère commercial de ces biens (les seuls à pouvoir être saisis) demeure une notion ambiguë. Nous avons, notamment, contesté l'absence d'obligation de publication des biens commerciaux des Etats, complexifiant les recherches par les créanciers privés et entraînant une opacité créant un déséquilibre disproportionné.

L'immunité d'exécution constitue une porte de sortie à l'arbitrage d'investissement et nous avons débattu son bien-fondé. Ce faisant, nous avons plaidé pour l'admission de cas de renonciations, explicites ou implicites, à celle-ci. L'ambition des traités d'investissement est aussi de garantir l'efficacité de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat défaillant. Les hypothèses de renonciations implicites sont exclues de la pratique et, si des Etats ont restreint la portée de leur immunité d'exécution, ces cas demeurent trop rares pour en édicter une règle générale. Il aurait été peu réaliste de prévoir l'insertion d'une clause type de renonciation au jeu de l'immunité d'exécution dans les accords d'investissement. Nous avons, enfin,

[1719] P.J. ENGELEN et M. VAN ESSEN, « Reputational Penalties on Financial Markets to Induce Corporate Responsibility », *in* W. VANDERKERKHOVE et al. (eds.), *Responsible Investment in Times of Turmoil (Issues in Business Ethics Series)*, Springer Publishers, 2011, p. 55-74.

critiqué les dispositions de la loi Sapin II. Cette loi n'admet les exceptions à l'immunité d'exécution que si l'Etat concerné y a renoncé de manière expresse et qu'à propos des biens commerciaux. Nous avons alerté sur le risque de l'inconventionnalité des dispositions de cette loi et de la possibilité d'une mise en jeu de la responsabilité sans faute de l'Etat français, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques. Dès lors, nous avons suggéré plusieurs outils visant à détourner l'enclenchement des immunités d'exécution des Etats, dont certains pourraient attester d'une efficacité concrète (« equitable estoppel », mécanisme de sanction ou d'aide financière, assurance, vente des sentences arbitrales, coopération entre les parties au litige …).

622. En conclusion, « dans un monde globalisé, l'activité d'investissement international joue un rôle important (…) (et) le développement des relations d'investissement dépend également de la protection des investissements des investisseurs étrangers »[1720]. Le XX^{e} siècle a été marqué par un libéralisme économique combiné à un déclin progressif de la vision marxiste de l'économie[1721]. Les investissements étrangers se sont développés et les Etats s'en sont servis pour accomplir leurs ambitions de progrès économiques. Benjamin Franklin déclarait « Quand l'humanité sera-t-elle convaincue et acceptera-t-elle de régler ses difficultés par arbitrage? »[1722]. Trois siècles après cette interrogation, jamais l'arbitrage international en matière d'investissement n'a été aussi proche de son extinction. Les critiques apportées et énoncées dans ce travail de thèse ne concernent finalement pas l'arbitrage d'investissement en lui-même. Elles concernent toute autre chose dans laquelle l'arbitrage d'investissement est embrigadé. Certes l'arbitrage d'investissement nécessitait une évolution et un travail de réforme. Il ne méritait certainement pas autant d'affronts, ni de faire l'objet d'une relève assurée par une juridiction multilatérale d'investis-

[1720] S. MATUSOVA et P. NOVACEK, « New generation of investment agreements in the regime of the European Union », *Juridical Trib.* 2022, vol. 12, p. 21.

[1721] K. J. VANDEVELDE, « The political economy of bilateral investment treaty », *Am. J. INT'L. L*. 1998, vol. 92, p. 621. Cf également Y. MISRA, « Standing at crossroads : The trajectory of IIAs and ISDS and their projection in the post-pandemic golbal economy », *PEPP. Disp. Resol.L.J*. 2022, vol. 22, p. 409.

[1722] P. BUTLER, « Red Riding Hood - Is Investor-State Arbitration the Big Bad Wolf ? », *Penn. St. J.L & INT'L AFF*. 2017, vol. 5, n° 2, p. 328 et cf également D. FARNHAM, *Snippets of Benjamin Franklin*, Smashwords, 2015.

sement qui s'annonce improvisée dans l'urgence. Si les critiques se rattachaient exclusivement à l'arbitrage d'investissement, elles n'auraient pu que s'estomper, face à toutes les avancées, réformes et pistes tenant à apporter à l'arbitrage d'investissement davantage de transparence et face aux difficultés d'exécution des sentences.

623. Comme l'a fait remarquer un auteur, « le processus d'arbitrage international en matière d'investissement est encore une espèce relativement nouvelle parmi les genres de résolution de conflits internationaux. Selon le professeur Brigitte Stern, 'le darwinisme s'applique à l'arbitrage'. Les difficultés auxquelles l'arbitrage international des investissements est soumis sont les produits normaux de son évolution. Les critiques permettront la croissance et l'amélioration du système. En tant qu'académiciens et praticiens, nous devons veiller à l'évolution de l'espèce et non à son extinction »[1723]. En réalité, ce n'est pas la place de l'arbitrage en droit des investissements qui était attaquée, mais, essentiellement, la place accrue occupée par la mondialisation réduisant celle de la souveraineté des Etats. La globalisation a fait émerger toutes les diatribes aperçues ces dernières années et a entretenu une crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement[1724]. Les factions touchant l'arbitrage d'investissement riment avec l'essor d'un protectionnisme mondial ambiant. La globalisation est venue remettre en cause l'idée que l'Etat est absolu souverain et donc, indépendant et libre d'adopter sans contrepartie des normes faisant de lui le gardien de l'intérêt public. Par la globalisation, les pouvoirs de réguler des Etats se sont vus être transférés à autre niveau, à un niveau international, celui des accords internationaux. « A la révolution, ce qui était progressiste c'était de briser le pouvoir des juges »[1725]. En ce premier quart du XXI^{e} siècle, ce qui est progressif serait de briser le pouvoir des tribunaux arbitraux en matière d'investissements. Seulement, ce n'est pas la place de l'arbitrage en droit des investissements qui méritait les opprobres, c'étaient les traités

---

[1723] « An Interview with The Honorable Charles N. Brower and Professor Brigitte Stern », *Arbitration Trends (Quinn, Emanuel, Urquhart & Sullivan, LLP*), 2013, p. 13.

[1724] D. CARON et E. SHIRLOW, « Dissecting Blacklash : The Unarticulated Causes of Blacklash and its Unintended Consequences », *in* A. FOLLESDAL et G. ULFSTEIN, *The Judicialization of International Law A Mixed Blessing ?*, Oxford University Press, 2018, p. 159 et spéc. p. 165 : « (n)ous suggérons que l'arbitrage d'investissement a suscité une critique si forte parce qu'il constitue un point focal pour l'articulation des préoccupations au sujet de la mondialisation. La mondialisation, en tant que force diffuse, ne constitue pas elle-même une cible suffisamment concrète … ».

[1725] B. MATHIEU, « Le gouvernement des juges, ce n'est plus la démocratie ! », *Gaz. Pal*. 2015, n° 268-269.

d'investissement des premières générations qui manquaient d'équilibre. Leur renégociation aurait dû avoir raison des désaveux contemporains adressés à l'arbitrage.

624. «Vouloir suivre l'évolution du droit économique international revient à décrire un paysage en regardant par la fenêtre d'un train en mouvement: les événements ont tendance à se déplacer plus rapidement qu'on ne peut le décrire. »[1726]. Hier, c'était l'arbitrage international en matière d'investissement qui jouait sa survie et devait être modifié pour continuer à s'appliquer. Demain, ce sera le système de la juridiction internationale d'investissement qui jouera son maintien. En réalité, ce nouveau système est déjà mort-né. Toujours couronné de ses forces et de ses atouts, il est à gager que l'arbitrage d'investissement s'éteindra peut-être dans et pendant quelques années, pour renaître de ses cendres et continuer à se développer, pour la simple raison qu'il faudra cesser de le voir comme une forme de justice prévue pour servir l'intérêt public.

625. Actuellement, les Etats adoptent des législations disparates concernant l'arbitrage d'investissement. Tandis que l'Union européenne vient de prôner un incertain système juridictionnel d'investissement, la Chine a également créé ses propres juridictions de règlements des litiges en matière d'investissements internationaux (SCIA) et a consacré un Centre d'arbitrage *China-Africa Joint Arbitration Center* (CAJAC) en 2015, entre le gouvernement chinois et cinquante Etats africains. De plus, le Ministre mexicain de l'Economie, Idefonso Guajardo, a déclaré, à propos des négociations de l'ALENA, que le Mexique envisageait la création d'un organe permanent pour résoudre les différends pouvant naitre entre les investisseurs et les Etats[1727]. Le 30 novembre 2018, a été conclu l'Accord Canada-Etats-Unis-Mexique ou ACEUM. Cet accord a repris une grande majorité des dispositions de l'ALENA, mais s'en est démarqué dans le règlement des différends Etats-investisseurs dans son Chapitre 11 section B par une remise en question de l'arbitrage d'investissement, au profit de la justice de l'Etat d'accueil. Enfin, le Projet de

[1726] CH. TIETJE, K. NOWROT et C. WACKERNAGEL, « Once and Forever ? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID », *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, mars 2008, vol. 74, p. 5.

[1727] C. SANDERSON, « Mexico Proposes Permanent Dispute Resolution Body for NAFT », *GAR.*, 30 novembre 2007.

l'UNASUR (Union des Nations sud-américaines) vise à la création d'une Cour régionale d'investissement pour remplacer l'arbitrage d'investissement.

Le monde de l'arbitrage d'investissement se dirige vers une succession de Cours régionales d'investissement. Les Etats concluent des traités d'investissement avec d'autres Etats et ceux-ci contiennent de plus en plus des modes de règlements des litiges différents. Par exemple, le Mexique a conclu un accord d'investissement et consenti à l'arbitrage dans la Pacific Alliance Additional Protocol, tout en adhérant au système du MERCOSUR (Marché commun du Sud) en traitant avec le Brésil (qui, pour sa part, dénie l'arbitrage) et tout en énonçant vouloir un jour consentir au SJI avec le CETA. Les positions ne seront pas toutes conciliables.

BIBLIOGRAPHIE

I/ OUVRAGES GENERAUX

ADAM (F.P.), *FPA Book of Quotations*, Funk & Wagnalls, 1952, 914 p.

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY-PUF, 2003, 1649 p.

ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), Les *grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, 832 p.

AUDIT (B.) et D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, LGDJ, 2018, 1214 p.

AUDIT (M.), CALLE (P.) et BOLLEE (S.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, Précis Domat, 3e éd., 2019.

BARRAULT (H-E.), *Des entreprises austro-allemandes constituées sous forme de sociétés françaises et de l'influence de la présence d'austro-allemands dans les sociétés*, Paris, Sirey, 1916.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8e éd., 1993.

BEDJAOUI (M.), *Pour un nouvel ordre économique international*, UNESCO, Paris, 1979, 296 p.

BENCH NIEUWVELD (L.) et SHANNON (V.), *Third-Party Funding in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2e éd., 2017, 304 p.

BERGER (J.), *International investment protection within Europe. The EU's assertion of control*, London, Routledge, 2020, 254 p.

BERGER (K.), *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 2e éd., 2010, 422 p.

BERLE (A.A.) et MEANS (G.C.), *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction publishers, 1932, 380 p.

BISMUTH (R.), CARREAU (D.), HAMANN (A.) et JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2017, 942 p.

BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the law of England*, Oxford University Press, 1765.

BLANC DE LA NAUTTE HAUTERIVE (P-L-A-B.), *Recueil des traités de commerce et de navigation de la France avec les puissances étrangères depuis la paix de Westphalie, en 1643*, Bibliothèque nationale de France, 1834.

BODIN (J.), *Les Six livres de la République de J. Bodin Angevin. À Monseigneur du Faur, Seigneur de Pibrac, Conseiller du Roy en son Conseil privé*, Paris, Jacques du Puis, 1576.

BODIN (J.), *Les six livres de la République*, Lyon, Jean de Tournes, 1579.

BOITEAU D'AMBLY (P.), *Les traités de commerce: texte de tous les traités en vigueur, notamment des traités conclus avec l'Angleterre, la Belgique, la Prusse (Zollverein), et l'Italie*, New York, B. Franklin, 1970, 566 p.

BOLL (A.M.), *Multiple nationality and international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BRAUTIGAM (D.), *The Dragon's Gift: the Real Story of China in Africa*, Oxford University Press, 2009, 416 p.

BROWER (CH.) et BRUESCHKE (J.), *The Iran-United States claims tribunal*, La Haye, Nijhoff, 1998, 931 p.

BROWNLIE (I.), *Public International Law*, Oxford University Press, 7e éd., 2008.

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, PUF, coll. Thémis, 2021, 828 p.

CALVO (C.), *Le droit international étatique et pratique*, Guillaumin, 1880.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, PUF, 27e éd., 2002, 391 p.

CAVES (R.), *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge University Press, 2007, 402 p.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, LGDJ, Précis Domat, 13e éd., 2019, 896 p.

COOK-MARTIN (D.), *The scramble for citizens : dual nationality and State competition for immigrants*, Stanford University Press, 2013, p. 154.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2022, 1106 p.

CRAWFORD (J.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 9e éd., 2019, 872 p.

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), NGUYEN (Q.D.) et PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8e éd., 2009, 1722 p.

DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, 609 p.

DEDERER (H-G) et SCHWEITZER (M.), *Staatsrecht III: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht (Schwerpunkte Pflichtfach)*, C.F. Müller, 2020, 407 p.

DELAUME (G.), *Transnational contracts : applicable law and stellement of disputes*, Law and practice, Booklet, 1983.

DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, 450 p.

DE NANTEUIL (A.), *Droit international de l'investissement*, Pedone, 3e éd., 2020, 564 p.

DENISART (J-B.), *Collections de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1768.

DE VATTEL (E.), *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londres, 1758.

DEZALAY (Y.) et GARTH (B.G.), *Dealing in virtue, International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996, 354 p.

DHERSE (J.L.) et MINGUET (D.H.), *L'éthique ou le chaos ?*, Presses de la Renaissance, 1998, 384 p.

DOLZER (R.) et SCHREUER (CH.), *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 3e éd., 2022, 484 p.

DONA (J.R.M) et LAVRANOS (N.), *International Arbitration and EU Law*, Edward Elgar Publishing, 2021, 616 p.

DOUGLAS (Z.), *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 686 p.

DWORKIN (R.), *Justice in robes*, Belknap Harvard, 2008, p. 150.

ELKINGTON (J.), *Cannibals with Forks : The Triple Bottom Line of 21st Century*, Business New Society Publishers Limited, 1998, 407 p.

FARNHAM (D.), *Snippets of Benjamin Franklin*, Smashwords, 2015.

FMI, *Balance of Payments Manual*, 6e éd., 2013, n° 359, p. 86.

FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.), *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 1280 p.

FREEMAN (R.E.), *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2010, 293 p.

FRIEDMAN (M.), *Capitalism and freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

GAILLARD (E.), *La jurisprudence CIRDI*, Pedone, 2010, 750 p.

GARAPON (A.), ALLARD (J.) et GROS (F.), *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008, 184 p.

GARNER (B.A.), *Black's Law Dictionary,* Claitor's Pub Division, 2019, 2075 p.

GHOURI (A.), *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, 192 p.

GROTIUS (H.), *le droit de la guerre et de la paix*, Bibliothèque Nationale de France, 1724.

GROTIUS (H.), *The rights of war and peace*, Richard Tuck & Jean Barbeyrac eds., Liberty Fund, 2005.

GUYON (Y.), *L'arbitrage*, Economica, 1995, 111 p.

HART (H.L.A.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, éd., P. M. S. Hacker and Joseph Raz, 1977.

HART (H.), *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, 380 p.

HIRST (P.) et THOMPSON (G.), *Globalisation in Question: The International Economy and the Possibilities of Governance*, Cambridge, Polity Press, 1999, 318 p.

HORCHANI (F.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Actes du colloque organisé à Tunis*, Pedone, 2006, 338 p.

HORVATH (G.) et WILSKE (S.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2013, 428 p.

HYRSKE (A.), LÖNNROTH (M.), SAVILAAKSO (A.) et SIEVÄNEN (R.), *The responsible Investor, An Introductory Guide to Responsible Investment*, Routledge, 2022.

IMHOOS (CH.), SCHÄFER (E.) et VERBIST (H.), *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, 2016, 606 p.

KANTOR (M.), *Valuation for Arbitration*, Kluwer Law International, 2008, 411 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

KESSEDJIAN (C.) et LEBEN (C.), *Le droit européen et l'investissement*, Panthéon-Assas, 2009, 184 p.

KESSEDJIAN (C.), *Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 42, 2020.

KEYNES (M.), *Traité de la probabilité - les bases de la réflexion sur l'incertitude*, 1921, *The Collected writings of J.M. KEYNES*, Londres, MacMillan, 1973.

KINSELLA (S.), PAPANASTASIOU (TH.) et RUBINS (N.), *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide*, Oxford University Press, 2020, 656 p.

KOLB (R.), *Les Cours généraux de Droit international public de l'Académie de la Haye*, Bruylant, 2003, 1155 p.

KOSKENNIEMI (M.), *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, 2010, 584 p.

LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale, 1794-1900*, La Haye, Nijhoff, 1997, 688 p.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2010, 1376 p.

LAUTERPACHT (E.), *Aspects of the Administration of International Justice*, Grotius Publications, Cambridge, 1991, 200 p.

LEBEN (CH.), *L'évolution du droit international des investissements*, SFDI, Pedone, 1999.

LE TOURNEAU (PH.), *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, 270 p.

LEVASHOVA (Y.), « The right of States to regulate in international investment law », Wolters Kluwer, 2019, 320 p.

LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J-D.), *Droit du commerce international*, Sirey, 1969.

MACPHERSON (C.B.), *La Théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, trad. franç. Gallimard, 1971.

MARBOE (I.), *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2017, 608 p.

MARCADE (V.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, Paris, 4e éd., 1850.

MARCUS (R-L.), SHERMAN (E-F.) et ERICHSON (H.M.), *Complex Litigation : Cases and Material on Advanced Civil Procedure*, 6th West Academic Publishing, 7e éd., 2021, 815 p.

MARTIN-CHENUT (K.) et DE QUENAUDON (R.), *La RSE saisie par le droit*, Pedone, 2016, 718 p.

MAYER (P.), V. HEUZE (V.) et REMY (B.), *Droit international privé*, LGDJ, Domat droit privé, 2019, 12e éd, 800 p.

MERON (T.), *Human Rights and Humanitarian Law Norms as Customary International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 280 p.

MIGDAL (J.), *Strong Societies and Weak States: State-Society Relations and State Capabilities in the Third World*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1988, 320 p.

MIGDAL (J.), *State in Society : Studying How States and Societies Transform and Constitute One Another*, Cambridge University Press, 2002, 291 p.

MIZUBAYASHI (A.), *Un amour de mille ans*, Gallimard, 2017.

MOARBES (A.), *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the member states of the European Union*, Cambridge University Press, 2021.

MOORE (J.), *History and Digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*, Washington, G.P.O, 1898.

MOORE (J.), *A Digest of International Law, Volume II Hardcover*, Washington, G.P.O, 1906.

MOUSSERON (J-M.), REYNARD (J.), FABRE (R.) et PIERRE (J-L.), *Droit du commerce international-droit international de l'entreprise*, LexisNexis, 4e éd., 2012, 528 p.

MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010, 542 p.

MUGGERIDGE (M.), *Muggeridge through the microphone*, Collins, 1969.

O'BRIEN (G.), *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New-York, Augustus M. Kelley, 1967.

OCDE, *La gestion de la dette publique et les marchés des valeurs d'Etats au 21e siècle*, OECD Publishing, 2003.

OCDE, *Artificial Intelligence in Society*, OECD Publishing, Paris, 2019.

OHMAE (K.), *The end of the Nation-State: The Rise of Regional Economies*, New-York Free Press, 1995, 224 p.

O'LAUGHLIN (B.) et O'BRIEN (F.), *Fundamentals of investment. A Practitioner's guide*, London, Routledge, 2019, 460 p.

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, 127 p.

O'REILLY (M.), *Costs in arbitration proceedings*, London, Routledge, 2020, 2e éd, 218 p.

ORTSCHEIDT (J.) et SERAGLINI (CH.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Précis Domat, 2e éd, 2019.

PARRA (A.), *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2e éd., 2017, 432 p.

PAULSSON (J.), *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2011, 306 p.

PELLET (A.) et MIRON (A.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz. Coll. Grands arrêts, 2015, 784 p.

PILLET (A.), *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, Sirey, 1914.

POHL (J.), *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements : A Large Sample Survey*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, 2012.

POULSEN (L.N.S.), *Bounded Rationality and Economic Diplomacy : The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press, 2015, 264 p.

REDFERN (A.) et HUNTER (M.), *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, 3e éd., 720 p.

REY (A.), REY-DEBOVE (J.) et ROBERT (P) (dir.), *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*.

RIDGEWAY (G.), *Merchants of Peace. The History of the International Chamber of Commerce*, New-York, Little, Brown and Company, 1959.

RIPINSKY (S.) et WILLIAMS (K.), *Damages in international investment law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008.

RODRIK (D.), *The Globalization Paradox*, Oxford University Press, 2012, 368 p.

ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions Latines*, LexisNexis, 8e éd., 2021, 467 p.

SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1200 p.

SALWAY (M.), *Demystifying Social Finance and Social Investment*, Routledge, 2020, 336 p.

SCHMIDT (S.K.), *The European Court of Justice and the policy process : The shadow of Case Law*, Oxford University Press, 2018.

SCHREUER (CH.), *The ICSD Convention: A commentary*, Cambridge University Press, 2e éd., 2009, 1596 p.

SCHÜTZE (R.) et THÜMMEL (R.), *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, NJW PRAXIS, 2021.

SCHWARZENBERGER (G.), *Foreign Investments and International Law*, Stevens & Sons, Londres, 1969, 237 p.

SIMPSON (R.) et VASALY (M.), *The Amicus Brief : How to Write It and Use It Effectively*, American Bar Association, 2010, 4e éd., 2015, 382 p.

SLOBODIAN (Q.), *Globalists : The end of Empire and the birth of neoliberalism*, Harvard University Press, 2018.

SMITH (A.), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, W. Strahan et T. Cadell, Londres, 1776.

SORNARAJAH (M.), *The international law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2021, 696 p.

St JOHN (T.), *The rise of investor-state arbitration : Politics, law and unintended consequences*, Oxford University Press 2018, p. 168-169.

SUBEDI (S.), *International Investment Law : reconciling policy and principle*, Hart Publishing, 2020, 304 p.

THALLER (E.) et PERCEROU (J.), *Traité élémentaire de droit commercial, à l'exclusion du droit maritime*, Paris, Arthur Rousseau, 8e éd., 1931.

TITI (A.), *The Right to regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos & Hart Publishing, 2014, 240 p.

TROPLONG (M.), *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris, 1843.

VADI (V.), *Public health in International Investment Law*, Routledge, 2014, 248 p.

VAN HARTEN (G.), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2008, 248 p.

VIDAL (D.), *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, 2012, 336 p.

VON SAVIGNY (F.C.), *Traité de droit romain*, Paris, 1851, rééd., Paris, 2002.

WHITE (G.), *Nationalisation of foreign property*, Londres, Stevens & Sons, 1961, p. 41 et s.

WRISTON (W.B.), *The Twilight of Sovereignty : How the Information Revolution Is Transforming Our World*, New-York, Charles Scribner's Sons, 1992, 256 p.

YANNACA-SMALL (K.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2018, 960 p.

II/ OUVRAGES SPECIAUX, THESES NON PUBLIEES, MONOGRAPHIES, COURS, OUVRAGES COLLECTIFS

ABI-SAAB (G.), « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987, vol. 207, p. 68.

AKAKPO (M.), *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*, L'Harmattan, 2018, 462 p.

ALEXANDROFF (A.) et LAIRD (I.), « Compliance and Enforcement », *in* MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.) et SCHREUER (CH.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, p. 1183.

ANTRAS (P.) et YEAPLE (S.), « Multinational Firms and the Structure of International Trade », *in Handbook of International Economics*, 2014, vol. 4, p. 55-130.

AUDIT (M.), « La renonciation par un Etat à son immunité d'exécution », *in* PETERS (A.), LAGRANGE (E.), OETER (S.) et TOMUSCHAT (C.) (dir.), *Immunities in the age of global constitutionalism*, Brill Nijhoff, 2015, p. 70-84.

BANIFATEMI (Y.), « The Law applicable in Investment Treaty Arbitration », *in* YANNACA-SMALL (K.), *Arbitration Under International Investment Agreements : A Guide to the key issues*, Oxford University Press, 2010, p. 200.

BANIFATEMI (Y.) et VON WALTER (A.), « France », *in* BROWN (C.) (éd.,), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press 2013, p. 245.

BASTID BURDEAU (G.), « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil. Table ronde » *in* LEBEN (CH.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, p. 188.

BATIFFOL (H.), « Commentaires », *Trav. comité fr. DIP*, Séance du 13 mars 1967, 1966-1971, p. 65.

BEGUIN (J.), « La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle - Etudes offertes à Pierre Catala*, LexisNexis 2001, p. 859, n° 39.

BEIGNIER (B.), « V° Déontologie », *in Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003.

BEN HAMIDA (W.), *L'arbitrage transnational unilatéral- Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, p. 19, n° 39.

BEN HAMIDA (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *Annuaire français de droit international*, 2005, vol. 51.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investisseur: les nouveaux défis de l'accès des personnes physiques au CIRDI », *in* MOURRE (A.) (dir.), *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2008, vol. IV, p. 412-415.

BEN HAMIDA (W.), « La dénonciation du CIRDI », *in* HORCHANI (F.)*, CIRDI 45 ans après, bilan d'un système, Actes du Colloques de Tunis, 11, 12 et 13 mars 2010,* Paris, Pedone, p. 109-138.

BENTHAM (J.), « Principes du Code civil », *in Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, Dumont, Bruxelles, 1829, t. I, p. 51 à 122.

BENTHAM (J.), « Constitutional Code », Book II, Ch. XII, Sect. XIV, *in The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring, vol. 1, IX, (1843), p. 493.

BISMUTH (R.), *in* PELLET (A.) et MIRON (A.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, spéc. p. 648, § 33 et s.

BJORKLUND (A.), « State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards », *in International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer*, éd., Christina Binder et al., 2009, p. 302-303 et p. 321.

BLACKABY (N.) et RICHARD (C.), « Amicus Curiae : A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration ? », *in* WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.) et al (eds.), *The Blacklash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 254.

BLAIS (H.), « Pourquoi la France a-t-elle conquis l'Algérie ? », *in* A BAYCHENE, J-P. PEYROULOU, O. SIARI-TENGOUR et S. THENAULT, *Histoire de l'Algérie à la période coloniale, 1830-1962*, La découverte, coll Poche/Essai, 2014, p. 52.

BORMAN (Y.R.), « Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments : legitimate Corporate Planning on Abuse of Rights ? », *Annuaire de la Haye de droit international* 2011, vol. 24, p. 365.

BOURSIER (M-E.), « La loyauté fonde la confiance et cimente la société », *in Le Principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, n° 3, p. 2.

BROCHES (A.), « The convention on the Settlement of investments disputes between states and Nationals of other states », *RCADI* 1972.II, p. 361.

BROCHES (A.), « Bilateral investment protection treaties and Arbitration of Investment disputes », *in The Art of arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, 1982, p. 449-450.

BUBROWSKI (H.), « Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims », *in* MESTRAL (A.) et LEVESQUE (C.) (eds.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2014, p. 16.

BURGSTALLER (M.), « Recognition and Enforcement of ICSID Awards : The ICSID Convention and the European Union », *in* BALTAG (C.) (éd.,), *ICSID Convention After 50 years : Unsettled Issues*, Wolters Kluwer 2017, p. 412.

CARON (D.) et SHIRLOW (E.), « Dissecting Blacklash : The Unarticulated Causes of Blacklash and its Unintended Consequences », *in* FOLLESDAL (A.) et ULFSTEIN (G.), *The Judicialization of International Law A Mixed Blessing ?*, Oxford University Press, 2018, .

CASSIN (R.), *Trav. comité fr. DIP* 1934, p. 93.

CHARPENTIER (J.), « De la non-discrimination dans les investissements », *Annuaire français de droit international*, 1963, n° 9, p. 35-63 et spéc. p. 36.

COE (J.) et RUBINS (N.), « Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions », *in* WEILER (T.) (éd.,), *International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, 2005, p. 599.

COSNARD (M.), « Rapport Introductif », *in* SFDI, *Le sujet en droit international. Colloque du Mans*, Paris, Pedone, 2005, p. 49-50.

CREPET DAIGREMONT (C.), « Les interactions normatives dans le domaine des investissements : la remise en cause du droit international par le droit de l'Union européenne », *in Les interactions normatives - Droit de l'Union européenne et droit international*, Pedone, coll. Cahiers européens, 2012, p. 171 et s.

DAELE (K.), « Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration », *in Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 455-461.

DE FROUVILLE (O.), « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo, 19 juin 2012). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international* 2007, vol. 53, p. 291-327.

DE HART (B.), « The end of multiculturalism : The end of dual citizenship ? Political and public debates on dual citizenship in the Netherlands (1980-2004) », *in* T. FAIST (ed.), *Dual Citizenship in Europe : From Nationhood to societal integration*, Ashgate, 2007, p. 77.

DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Pedone, 2014, 650 p.

DE NANTEUIL (A.), « La responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *in* C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Larcier, 2019, p 46.

DE SCHUTTER (O.), « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », *in* G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Etudes européennes, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 98.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Trav. comité fr. DIP* 1998-1999, Pedone 2001, p. 49 et s.

DE WITTE (B.), « A Selfish Court ? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement beyond the European Union », *in* CREMONA (M.) et THIES (A.) (eds.), *The European Court of Justice and External Relations Law. Constitutional Challenges*, Hart 2014, p. 34.

DOLZER (R.) et Y.I. KIM (Y.I.), « Germany », *in* BROWN (C.) (éd.,), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press 2013, p. 289-295.

DOMINICE (C.), « La satisfaction en droit des gens », *in Mélanges Georges Perrin*, Payot, 1984, p. 150.

DOMINICE (C.), « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un Etat », *in* DOMINICE (C.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Recueil d'études, PUF, 1997, p. 355.

ENDICOTT (M.), « Remedies in Investor-State Arbitration : Restitution, Specific Performance, and Declaratory Awards », *in* KAHN (PH.) et WÄLDE (TH.) (eds.), *New Aspects of International Investment Law / Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, Chapitre 11.

ENGELEN (P.J.) et VAN ESSEN (M.), « Reputational Penalties on Financial Markets to Induce Corporate Responsibility », *in* VANDERKERKHOVE (W.) et al. (eds.), *Responsible Investment in Times of Turmoil (Issues in Business Ethics Series)*, Springer Publishers, 2011, p. 55-74.

FERNANDEZ ARROYO (D.), « Nothing is for free : The prices to pay for arbitralizing legal disputes », *in* CADIET (L.), HESS (B.) et REQUEJO ISIDRO (M.) (eds.), *Privatizing Dispute Resolution*, Baden-Baden, Nomos (2019), p. 615-646.

FOUCHARD (PH.), *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965, 612 p.

GAILLARD (E.), « L'effet négatif de la compétence-compétence », *in Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999.

GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », *in* SOREL (J-M.) (dir.), *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle, En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, coll. Cahiers internationaux, 2009, p. 17-18.

GEHRING (M.) et EULER (D.), « Public interest in investment arbitration », *in* D. EULER et al. (eds.), *Transparency in international investment arbitration : A Guide to the UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration*, Cambridge University Press, 2018, 412 p.

GERVAIS (A.), « L'affaire du Lac Lanoux », *Annuaire Français de droit international* 1957, vol. 3 , p. 178-180.

GOLDMAN (B.), « La nationalité des sociétés dans la communauté économique européenne », *Trav. comité fr. DIP* 1966-1969, p. 240 et s.

GORDON (K.) et al., *Investment Treaty Law, sustainable development and responsible business conduct*, OECD, Paris, 2014.

GUYOMAR (G.), « L'arbitrage concernant les rapports entre Etats et particuliers », *Annuaire français de droit international* 1959, vol. 5, p. 333-354.

HAROUN (M.), *Le régime des investissements en Algérie. A la lumière des conventions franco-algériennes*, LexisNexis, 2000, 774 p.

HASCHER (D.), « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* 2000, t. 279, p. 126.

HEATHCOTE (S.), « Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility : Necessity », *in* CRAWFORD (J.), PELLET (A.), OLLESON (S.) et PARLETT (K.), *The Law of International Responsability*, 2010, note 31, p. 496-497.

HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGDJ, 2001, 404 p.

HILLION (CH.) et WESSEL (R.), « The European Union and International Dispute Settlement : *Mapping Principles and Conditions », in* M. CREMONA (M.), THIES (A.) et WESSEL (R.), *The European Union and International Dispute Settlement*, Hart Publishing 2017, p. 4.

JARROSSON (CH.), « Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés », *in Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, LGDJ 1994, p. 223.

JUILLARD (P.), « Les conventions bilatérales conclues par la France, à la recherche d'un droit perdu », *Dr. Prat. Com. Int.* 1987, n° 1.9.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI* 1994, t. 250.

JUILLARD (P.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Paris, Anthemis/LGDJ, 2006, spéc. p. 190-191.

KALICKI (J.) et JOUBIN-BRET (A.) (eds.), « Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap », *in Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System - Journeys for the 21st Century*, TDM-OGEMID and Brill Nijhoff, 2015.

KAUFMANN (E.), « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1935-IV, vol. 54, p. 313-613.

KLEIMAN (E.), « Arbitre, Intuitu personae », *in Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Pedone 2011, p. 373.

KOLO (A.), *State Regulation of Foreign Property Rights : Between Legitimate and Nationalization – An analysis of Current International Economic Law in light of the jurisprudence by the Iran-U.S Claims Tribunal*, thèse dactyl., CPMLP, Dundee, 1994.

LAAZOUZI (M.), « Achmea, from the judgement to the plurilateral agreement, towards the disappearence of intra-EU bilateral investment protection treaties », in *Construction arbitration and Alternative dispute resolution*, Routledge, 2021.

LALIVE (P.), « Tendances et méthodes en DIP », *RCADI* 1977, vol. II, p. 107 et p. 155.

LALIVE (P.), « 'Raison d'Etat' et Arbitrage International », *in Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century : Liber Amicorum Karl-Heinz Böcktiegel* , Köln, Berlin, München, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, p. 469.

LATTY (F.), « Les techniques interprétatives du CIRDI », *in Les techniques interprétatives de la norme internationale*, RGDPI, Pedone 2011, t. 115, p. 465-466.

LAUTERPACHT (E.), « Foreword », *in The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge University Press, 2009.

LAZAREFF (S.), « L'arbitre singe ou comment assassiner l'arbitrage » *, in Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, 2005, p. 477.

LEBEN (CH.), « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *RCADI* 2003, vol. 302, § 208.

LE GALL (J-P.), « Le statut fiscal de l'arbitrage international en Europe », *in Mélanges A. Plantey*, Pedone, 1995, p. 331.

LEGUM (B.), « The Introduction of an Appellate Mechanism : the US Trade Act of 2002 », *in* GAILLARD (E.) et BANIFATEMI (Y.), *Annulment of ICSID awards,* IAI Arbitration Series n° 1, 2004, p. 289-313 et 19 U.S.C. § 3802(b)(3)(G)(iv).

LEMAIRE (S.), *Les contrats internationaux de l'administration*, Thèse droit Paris I, Coll. Bibl. de droit privé, tome 433, Paris, LGDJ, 2005, p. 100.

LEQUET (P.), « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », *in* SCHILLER (S.), *Le devoir de vigilance*, Centre de Recherche de Droit Dauphine, LexisNexis, 2019, spéc. p. 137.

LEPAULLE (M.), *Trav. comité fr. DIP* 1966, p. 238.

LEVY (L.), « Insolvency in Arbitration -Swiss Law », *in Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements ?*, Peter Lang Publishing, 2005, p. 87-91.

LOQUIN (E.), « A la recherche de la jurisprudence arbitrale », *in La Cour de cassation, l'Université et le droit, Mélanges en l'honneur d'A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 213.

MACKENZIE (R.), « The Amicus Curiae in International Courts : Towards Common Procedural Approaches ? », *in Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, T.M.C. Asser Press 2005, p. 295 et p. 300-301.

MATRAY (D.) et VAN DEN BERG (J.), « L'indépendance et l'impartiailité de l'arbitre », *in L'arbitre : pouvoirs et statuts, Acte du Colloque du CEPANI du 28 mars 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 99.

MBENGUE (M.M.) et FLOROU (A.), « Evolutionary interpretation in investment arbitraton : About a judicial taboo », *in* G. ABI-SAAB, K. KEITH, G. MARCEAU et C. MARQUET (dir.), *Evolutionary interpretation and international law*, Oxford, Hart, 2019.

MENJUCQ (M.), « La notion de siege social ; une unité introuvable en droit international et en droit communautaire », *in Droit et actualités - Etudes offertes à Jacques Béguin*, LexisNexis, 2005, p. 499 et s.

MICHOU (I.), « Les conflits de normes en arbitrage d'investissement », *Trav. comité fr. DIP* 2018-2020, p. 257.

MONDON (G.), *La nationalité des sociétés*, thèse dactyl., Université de Grenoble, 1937.

MORARU (M.), « 'Mutual Trust' from the perspective of National Courts : a test in creative legal thinking », *in* E. BROUWER et D. GERARD (eds.), *Mapping mutual trust : Understanding and framing the role of mutual trust in EU Law*, EUI Working Papers, 2016, p. 38.

NARIMAN (F.), *in* VAN DEN BERG (A.J.), *Quo Vadis Arbitration ? 50 Years of the New York Convention*, ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, Dublin, 2009, vol. 14, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 635.

NGWANZA (A.), « Rapport de synthèse : heurs et malheurs africains au CIRDI », *in* BEN HAMIDA (W.) et HARELIMANA (J-B.) (dir.), *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, LGDJ 2019, p. 380.1.

NOLDE (B.), « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *RCADI* 1932, vol. 39, p. 25.

OCDE, « L'expropriation indirecte » et le « droit de réglementer », *in Le droit international des investissements*, OCDE, Paris, 2004, p. 5.

OUTMANN (D.), « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Archives de philosophie du droit*, 2000, t. 44, p. 115.

PAPARINSKIS (M.), « The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration », *in* CRAWFORD (J.) et NOUWEN (S.) (eds.), *Selected Proceedings of the European Society of International Law*, 2010.

PIOT (A.), « La clause de la nation la plus favorisée », *Trav. comité fr. DIP*, 16-18e année, 1955-1957, p. 33 (p. 17-40).

RACINE (J-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, 623 p.

RAMBAUD (P.), « L'affaire "des Pyramides" (arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris) », *Annuaire français de droit international* 1985, vol. 31, p. 508-520.

RAUX (M.), *La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements. Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat*, thèse dactyl. 2010, p. 369.

REINER (G.), « The Multifaceted Nature of International Investment Law », *in* SAUVANT (K.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford University Press, 2008, p. 21.

REINISCH (A.), « Austria », *in* BROWN (C.) (éd.,), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press 2013, p. 16-17.

REINISCH (A.), « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *in* DE MESTRAL (A.) (dir.), *Second Thoughts : Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 351.

REISMAN (M.) et al., « Control Mechanisms », *in International Commercial Arbitration, Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, The Foundation Press, New York, 1997, p. 965.

REUTER (P.), « Trois observations sur la codification de la responsabilité internationale des Etats », *in Mélanges offerts à Michel Virally. Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, p. 390.

RIGAUX (F.), « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1989, note 3, p. 99.

RIVAS (J.A.), « ICSID Treaty Counterclaims : Case Law and Treaty Evolution », *in Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System : Journey for the 21st Century*, Nijhoff International Investment Law Series, 2015, p. 779.

SCHREUER (CH.), « Investment Protection and International Relations », *in* REINISCH (A.) et KRIEBAUM (U.) (eds.), *The Law of International Relations, Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Eleven International Publishing 2007, p. 345-347.

SCHRIJVER (N.) et V. PRISLAN (V.), « The Netherlands », *in* BROWN (C.) (éd.,), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford University Press 2013, p. 535. 542-544.

SCHWEBEL (S.), « The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards », *in* M. HUNTER, A. MARIOTT et V.V. VEEDER, *The Internationalisation of International Arbitration*, 1995, p. 115.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « International Economic Law, General Course on Public International Law », *RCADI* 1986-III, vol. 198, p. 9-264.

SIMON (D.), « Rapport général. Les fondements de l'autonomie communautaire », *in Le droit international dans la construction de l'Union européenne : droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, SFDI Paris, Pedone 2000, p. 207-250.

SOME (Th.), « La formation des magistrats africains par l'OHADA », *in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Bruylant, 2000.

STERN (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, in Mélanges offerts à Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 223.

THOUVENIN (J-M.), « Ordre juridique de l'Union européenne et droit international : ignorance, soumission, révolte ? », *in* BENLOLO-CARABOT (M.), *Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 854.

TIENHAARA (K.), « Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science », *in* BROWN (CH.) et MILES (K.) (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press 2011, p. 611.

TORAL (M.) et SHULTZ (TH.), « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », *in* WAIBEL (M.) et autres (eds), *The Blacklash Against Investment Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2009.

TOUZE (S.), *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherche sur la protection diplomatique*, Pedone, 2007, 513 p.

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI* 1923, vol. I, p. 81.

TUDOR (I.), *The fair and equitable treatment standard in the international law of foreign investment* , Oxford University Press, 2008, 348 p.

VAN DEN BERG (A.J.), « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », *in Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, 2010, p. 824.

VON WALTER (A.), « Balancing Investors' and Host States' Rights- What Alternatives for Treaty-makers ? », *in* BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.) et HINDELANG (S.), *European Yearbook of International Economic Law 2011, Special Issue: International Investment Law and EU Law*, Heidelberg, 2011, p. 141.

WAWRYK (A.), « Regulating Transnational Corporations Through Corporate Codes of Conduct », *in* FRYNAS (J.G.) et PEGG (S.) (eds.), *Transnational Corporation and Human Rights*, Palgrave Macmillan 2003, p. 53-56.

WEIL (P.), *RCADI* 1969.III, p. 132 et s.

ZEMANEK (K.), « La responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite ainsi que pour faits internationalement licites », *in Responsabilité internationale*, Cours et travaux de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, Paris, Pedone, 1987-1988, p. 21.

III/ ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES

ABS (H.) et SHAWCROSS (L.), « The proposed Convention to protect Foreign Investment : A round Table : Comment on the Draft Convention by its authors », *Journal of Public Law* 1960, vol. 9, p. 119-124.

ACCAOUI LORFING (P.) et DE NANTEUIL (A.), « UNCITRAL Working Group III/Proposal for the establishment of a standing multilateral investment court », *IBLJ* 2020, vol. 2, p. 275-283.

ACCAOUI LORFING (P.), « Draft Code of Conduct for arbitrators in international investment disputes – Version Two », *IBLJ* 2021, vol. 4, p. 581-585.

ADAM (S.) et VAN ELSUWEGE (P.), « L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit », *Journal de droit européen*, 2018, p. 334.

AFT (A.), BLACKMAN (J.) et CARPENTER (C.M.), « FantasySCOTUS : Crowdsourcing a Prediction Market for the Supreme Court », *Nw. J. Tech. & Intell. Prop*. 2012, n° 10, p. 125 et s.

AHMED (T.), « The CJEU and the introduction of international dispute settlement mechanisms within the EU : Is alternative dispute resolution in the EU in Safe hands ? », *PEPP. Disp. Resol. L.J*. 2022, vol. 22, p. 491.

ALAMOWITCH (S.), « Institutions financières : petit vade-mecum du tiers saisi », *Bull. Joly Bourse*, 1er octobre 2015, n° 10, p. 487.

ALETRAS (N.), LAMPOS (V.), TSARAPATSANIS (D.) et PREOTIUC-PIETRO (D.), « Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : A Natural Language Processing Perspective », *Peer Journal of Computer Science*, 24 octobre 2016.

ALEXANDROV (S.), « The 'Baby Boom » of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals : Shareholders as 'Investors' and Jurisdiction *Ratione temporis* », *Law Pract. Int. Courts Trib.* 2005, vol. 4, p. 45.

ALLEE (T.) et PEINHARDT (C.), « Contingent Credibility : The reputational Effects of Investment Treaty Disputes on Foreign Direct Investment », *International Organization*, 2011, vol. 65, n° 3, papier présenté en 2008 lors de la *Réunion annuelle de l'American Political Science Association, Boston, Mass*, 25 septembre 2008, p. 17-18.

ALVAREZ-JIMENEZ (A.), « International investment law, time, and economics : fixing the length of economic crises as a costs-allocation tool between host states and foreign investors », *World trade review*, 2020, vol. 19 (1), p. 91-108.

AMES (P.), « ISDS: The most toxic acronym in Europe », *Politico*, 17 septembre 2015, p. 1.

ANGELET (N.), « Alleviating the Disruptive Nature of Investment Arbitration. Some Remarks on Restitution and Post-Arbitration ADR », *TDM* 2014, vol. 11, p. 5.

ANGELL (E.), « The Amicus Curiae : American Development of English Institutions », *INT'L. & Comp. L.Q.* 1967, vol. 16, p. 1017.

ARATO (J.), « The private law critique of international investment law », *AM.J.INT'L.L*. 2019, vol. 113, p. 1-7.

ATANASOVA (D.), « Non-economic disciplines still take the back seat : the tale of conflict clauses in investment treaties », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 155-180.

AUDIT (M.), « Le défaut souverain l'est-il vraiment ? Analyse rétrospective du non-remboursement de dette publique », *RFDA* 2019, n° 2, p. 243.

AUDIT (M.), « Droit des investissements internationaux », JurisClasseur Droit international, Fasc. 572-65, actualisé par J. CAZALA.

BACHAND (R.), GALLIE (M.) et ROUSSEAU (S.), « Investment Law and Human Rights in the Americas », *AFDI* 2003, p. 592 et p. 601-602.

BAETENS (F.), KREIJEN (G.) et VARGA (A.), « Determining international responsibility under the new extra-EU investment agreements : What foreign investors in the EU should know », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2014, vol. 47 (5), p. 1203-1260.

BAETENS (F.), « Protecting foreign investment and public health through arbitral balancing and treaty design », *ICLQ* 2022, vol. 71 (1), p. 139-182.

BAETENS (F.), « The transitional mechanism regulating extra-EU bilateral investment treaties has turned 10 : high time to re-assess », *European Law review* 2022, vol. 47 (4), p. 437-462.

BAILLON (CH.), « Le juge sur grand écran », *Petites affiches*, 10 juin 1998, n° 69, p. 4.

BAKER (M.) et GREENWOOD (L.), « Getting a Better Balance on International Arbitration Tribunals », *Arb.Int'.L.* 2012, vol. 27, p. 653-655.

BALTAG (C.), « Green Light for Romania to Terminate its intra-EU Bilateral Investment Treaties », *Kluwer Arbitration Blog*, 14 mars 2017.

BANIFATEMI (Y.), « Taking into account Control under denial of benefits clauses », *IAI Series on International Arbitration*, n° 8.

BARDEAUX (G.), « Chronique Droit du commerce international », *JCP G* 16 septembre 2013, n° 38, doctr. 975.

BARRAUD (B.), « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges : vers une robotisation de la justice ? », *Les Cahiers de la Justice* 2017/1 (N° 1), p. 121-139.

BASLER (R.) et al., « Abraham Lincoln's Notes for a Law Lecture », *Abraham Lincoln Online.*

BELLHOUSE (J.) et LAVERS (A.), « The Modern Amicus Curiae : A Role in Arbitration ? », *Civ. Just. Q*. 2004, vol. 23, p. 187-188.

BENCHENEB (A.), « Le droit européen des investissements et le devenir du traitement juste et équitable », *RIDE* 2016, p. 96.

BEN HAMIDA (W.), « The First Arab Investment Court Decision », *J. World Investment & Trade* 2006, p. 699.

BEN HAMIDA (W.), « Two Nebulous ICSID Features : The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control », *J. Int. Arb. 2007*, vol. 24, p. 287, spéc. p. 287-306.

BEN HAMIDA (W.), « La notion d'investissement : la notion maudite du système CIRDI ? », *Gaz. Pal.* 14 et 15 décembre 2007, p. 33 et s.

BENSON (C.), « Can Professional Ethics Wait? The Need for Transparency in International Arbitration », *International Bar Association's Dispute Resolution International*, mars 2009.

BENTOLILA (D.), « Le précédent arbitral », *Rev. arb.* 2017.1180, n° 28 et 29.

BERGER (K.), « Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators », *Vanderbilt J. Transant'l L*. 2003, vol. 36, p. 1347.

BERMANN (G.A.), « Understanding ICSID Article 54 », *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 2020, vol. 35 (1-2), p. 311-344.

BERNARD (E.), « L''activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE* 2009, t. XXIII, n° 3, p. 353-385.

BERNASCONI-OSTERWALDER (N.) et al., « Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development: Questions and answers. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development », 2011.

BINDER (C.), *«* A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs *»*, *JWIT* 2016, p. 978.

BJORKLUND (A.), « Symposium : Arbitration and National Courts : Conflict and Cooperation : Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards : The repoliticization of International Investment Disputes », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2010, vol. 21. n° 1-4, p. 211-242 et spéc. p. 212-213.

BJORKLUND (A.), BEHN (D.), FRANCK (S.), GIORGETTI (C.), KIDANE (W.), DE NANTEUIL (A.) et ONYEMA (E.), « The diversity deficit in international investment arbitration », *J.WORLD INV.&TRADE* 2020, vol. 21, p. 410-412.

BLACKABY (N.), « Public Interest and Investment Treaty Arbitration », *Investment Treaties and Arbitration, Association suisse de l'arbitrage,* Conférence tenue à Zurich le 25 janvier 2002.

BLACKABY (N.), « ICSID Withdrawal – A Storm in a Teacup », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 45-61.

BLACKMAN (I.) et MUKHI (R.), « The evolution of modern sovereign Debt litigation ; vultures, alter egos, and other legal fauna », Transnat'L*&Contemp -probs*, 2010, vol. 73, p. 47-59 et spéc. p. 52.

BLAND (B.), « Indonesia to Terminate More Than 60 Bilateral Investment Treaties », *Financial Times*, 26 mars 2014.

BOECKESTEIN (T.L.), « Making do with what we have : on the interpretation and enforcement of the EU's founding values », *German L.J.* 2022, vol. 23, p. 431.

BOHACEK (L.), « Mutual trust in EU Law : Trust in what and between whom ? », *Eur.J.LegalL.Stud.* 2022, vol. 14, p. 103.

BORCHARD (E.), « Responsibility of States, at the Hague Codification Conference », *Am. J. Int'l L* 1930, vol. 24, p.517.

BOUCOBZA (X.), « Les techniques de réglementation favorisant la mobilité des sociétés », *JCP E*, mars-avril 2006, p. 23

BOUCOBZA (X.) et. SERINET (Y-M.), « Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 28, p. 1619.

BOUNITCHA (J.) et PHILLIPS WILLIAMS (Z), « State liability for 'politically' motivated conduct in the investment treaty regime », *LJIL* 2020, vol. 33 (1), p.77.

BOURDOISEAU (J.), « Le secret de la délibération », *Procédures* n° 3, mars 2011, dossier 6.

BOUVIER (D.), « Irrecevabilité d'une demande d'avis sur la compatibilité d'un accord international », *Europe* 2022, n° 8-9, comm. 272.

BOYER (A.) et CHIPAULT (P-B.), « Les politiques de santé publique : un cancer pour l'industrie du tabac », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal* n° 1, octobre 2015, étude 4.

BRANDTNER (B.), « The Drama of the EEA – Comments on Opinions 1/91 and 1/92 », *EJIL* 1992, vol. 3 (2), p. 300.

BRENNINKMEIJER (M.) et GELINAS (F.), « The problem of exécution immunities and the ICSID Convention », *Journal of world investment & Trade* 2021, vol. 22, p. 429-458.

BRILLAT-CAPELLO (W.), « CSR clauses in investment treaties », *IBLJ* 2022, vol. 1, p. 1-18.

BROWER (CH.) et CH. ROSENBERG (CH.), « The Death of the Two-Headed Nightingale : Why the Paulsson-van Den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *Global. Arb. Rev*. 2012.

BROWER (CH.), « ICSID at a crossroads : How the settlement of Investor-State Disputes is being transformed », *ASIL Proceedings* 2018, 192 et s.

BURGSTALLER (M.), « European Law and Investment Treaties », *Journ. International Arbitration* 2009, p. 181-184 et s.

BURGSTALLER (M.), « Investor-state arbitration in EU international investment agreements with Third States », *Legal issues of Economic Integration*, 2012, vol. 39 (2), p. 207-221.

BUTLER (P.), « Red Riding Hood - Is Investor-State Arbitration the Big Bad Wolf ? », *Penn. St. J.L & INT'L AFF*. 2017, vol. 5, n° 2, p. 328.

CADDEL (J.) et JENSEN (N.), « Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors ? », *Columbia FDI Perspectives : Perspectives on Topical foreign direct investment issues by the Vale Columbia Center on Sustainable International Investment*, 28 avril 2014, n° 120.

CAMPOLIETI (F.) et LAWN (N.), « Perenco v. Ecuador: Was there a valid arbitrator challenge under the ICSID Convention? », *Kluwer Arbitration Blog*, 28 janvier 2010.

CANE (G.), « The Enforcement of ICSID Awards : Revolutionary or Ineffective ? », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2004, vol. 15, n° 3-4, p. 439-463 et spéc p. 456.

CARIM (X.), « International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation. A Perspective from South Africa », *South Centre Investment Policy Brief* n° 4, août 2015, p. 3.

CARON (D.), « Framing the Work of ICSID Annulment Committees », *World.Arb.Mediation Rev*. janvier 2012, vol. 6, p. 173-180.

CASSEL (D.), « The Third Session of the UN Intergovernmental Working Group », *BHRJ* 2018, vol. 3, p. 277-281.

CASTELLARIN (L.), « Quelle politique juridique extérieure de l'Union en matière de règlement des différends investisseur-Etat après l'avis 1/17 ? », *RAE-LEA* 2020, vol. 4, p. 881.

CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI* n° 1, janvier 2017, doctr. 3.

CAZALA (J.), « Fin de partie pour TBI intra-euro ? », *JDI* 2020, vol. 3, p. 855.

CEDILLO TOERRES (C.A.), GARCIA-FRENCH (M.), HORDJIK (R.), NGUYEN (K.) et OLUP (L.), « Four Case Studies on Corporate Social Responsability : Do Conflicts Affect a Company's Social Responsability Policy ? », *Utrecht Law Rev.* 2012, vol. 8, n° 3, p. 52.

CENTENO HUERA (S.) et KUPLEWATZKY (N.), « Achmea. The autonomy of Union law, mutual trust and what lies ahead », *Eur. Papers* 2019, vol. 4, p. 61-68.

CERNIC (J.), « Corporate Human Rights Obligations Under Stabilization Clauses », *Ger. Law J.*, 2 novembre 2010, vol. 11, n° 2, p. 210 et spéc. p. 222.

CHAINOIS (C.), « Réflexions perspectives sur les voies de recours en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2018, n° 59.

CHAN (J.), « Focus on Ma Case : Amicus Curia and Non-Party Intervention », *Hong Kong L.J.* 1997, vol. 27, p. 394.

CHAPONNIERE (J-R.), « Un demi-siècle de relations Chine Afrique », *Afrique contemporaine*, 2009, n° 228.

CHARNOVITZ (S.), « Two Centuries of Participation : NGOs and International Governance », *Mich. J. Int'l. L*. 1997, vol. 18, p. 183-275.

CHEN (T-F.), « Development in responses of arbitral tribunals to third-party funding in international investment arbitration », *CAA Journal* 2022, vol. 15, p. 2.

CHOUDHURY (B.), « Spinning straw into gold : Incorporating the Business and Human rights Agenda into international investment agreements », *University of Pennsylvania Journal of international law* 2017, vol. 38, p. 425-461.

CHOUDHURY (B.), « Investor obligations for human rights », *ICSID Review* 2020, vol. 35, p. 82-104.

CLAXTON (J.), « Compelling Parties to Mediate Investor-State Disputes : No Pressure, No Diamonds ? », *Pepp. Disp. Resol. L.J*. 2020, vol. 20, p. 78.

CLAY (TH.), « Arbitrage et environnement », *Gaz. Pal*. 28 et 29 mai 2003, p. 1489.

CLODFELTER (M.), « The Future Direction of Investment Agreements in the European Union », *Santa Clara J. Int'l L*. 2013, vol. 12, p. 159-178.

COE JR. (J.), « Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes-A Preliminary Sketch », *U.C Davis J. Int'l L. & Pol'y* 2015, vol. 12, p. 7, 8-10.

COLEMAN (PH.), « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n°2, p. 581.

COLLET (P.), « The current European Union investor-state dispute settlement reform : A desirable outcome for investment arbitration ? », *N.Y.U.J.INT'L.&Pol.* 2021, vol. 53, p. 689.

COLLINS JR. (P.), « Friends of the Court : Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S Supreme Court Litigation », *L.&.Soc'Y.Rev* 2004, vol. 38, p. 807-828.

CORNUT (E.), « Forum shopping et abus du choix du for en droit international privé », *JDI* janvier 2007, n° 1, doctr. 2, § 27 et s.

COSBEY (A.) et al., « Investment and Sustainable Development : A Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements », *IISD* 2004, p. IV (2004).

COSLIN (CH.) et LAPILLONNE (D.), « Quel futur pour l'amicus curiae en France », *Gaz. Pal*, n° 008, 8 janvier 2013.

COSTARGENT (J-R.), « L'expert financier face à l'incertitude : évaluer efficacement le préjudice de l'investisseur dans le cas d'une expropriation rampante », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles – Versailles University Arbitration Journal* n° 1, octobre 2015, étude 1.

CRAWFORD (J.), « International Law and the Public Service », *Australian YB.Int'l. L*. 2018, vol. 35.

CREPET DAIGREMONT (C.), « Dossier Thématique - Les arguments relatifs au réchauffement climatique dans l'arbitrage d'investissement », Revue de droit international d'Assas 2020, n° 3, p. 8.

CRISTIANI (F.), « Concluding international investment-related agreements with non-EU Countries : Roles of the EU and its Member States », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 44.

DAM (K.), « The Judiciary and Economic Development », *U. Chicago Law & Economics, Online Working Paper*, 2006, n° 287.

DARBY (J.), « Garanties et limites à l'indépendance et à l'impartialité du juge aux Etats-Unis d'Amérique », *RIDC*, vol. 55, n° 2, avril-juin 2003, p. 351-362 et spéc. p. 359.

DELAUME (G.), « ICSID and Bilateral Investment Treaties », *News from ICSID*, 1985, p. 14.

DELAUME (G.R.), « Reflections on the Effectiveness of International Arbitral Awards », *J. Int. Arbitr.* 1995, vol. 12, p. 5.

DELILE (J-F.), « L'avis 1/17 ou le retour en grâce des juridictions internationales auprès de la Cour de Justice de l'Union européenne », *RAE-LEA* 2019/2.

DELLIS (G.), « La protection combinée de l'environnement et des investissements, défi du droit public de l'économie », *Revue du droit public* 2022, n° 4, p. 947

DE LUCA (A.), « Non-Pecuniary Remedies under the Energy Charter Treaty », *Energy Charter Secretariat* 2015, § 27.

DE NANTEUIL (A.), « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI* janvier 2017, p. 55-80, § 9 et p. 66-67.

DE NANTEUIL (A.), « L'indifférence comme art majeur : les réactions des tribunaux arbitraux à l'arrêt Achmea », *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration* n° 2018/4, p. 787-794.

DE NANTEUIL (A.), « Reform of ICSID Arbitration Rules », *IBLJ* 2022, vol. 5, p. 557-560.

DERAINS (Y.), « L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage », *Gaz. Pal*. 29 avril 2001, spécial arbitrage, Recueil mai-juin 2001, p. 631-635.

DERAINS (Y.), « Fifth Annual International Commercial Arbitration Lecture : The Arbitrator's Deliberation », *Am. U.Int'l. Rev.* 2012, vol. 27, p. 911, 913-919.

DIMOPOULOS (A.), « The validity and Applicability of International Investment Agreements Between EU Member States under EU and International Law », *Common Mark. Law Rev*. 2011, vol. 48, p. 63 et p. 73-74.

DIMOPOULOS (A.), « The involvement of the EU in investor-State dispute settlement : A question of responsibilities », *Common Market Law Review* 2014, vol. 51 (6), p. 1671-1720.

DINOV (S.), « The collision between foreign investment and human rights in the host country », *International arbitration law review* 2022, vol. 25 (2), p. 99-116.

DION (J.), « CETA : le Conseil constitutionnel gardien du temple néolibéral », *Marianne*, août 2017.

DOLZER (R.), « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Rev., Foreign Investment Law Journal* 1986, p. 41 à 59 et spéc. p. 44.

DOLZER (R.) et BLOCH (F.), « Indirect Expropriation: Conceptual Realignment ? », *Int. law Forum droit int*. 2003, vol. 5, p. 155, 158-163.

DONNELLY (S.), « Conflicting forum-selection agreements in treaty and contract », *ICLQ* 2020, vol. 69 (4), p. 759-787.

D'ORNANO (A.), « Eclairages ... sur l'accord de résiliation des traités bilatéraux d'investissement entre des États membres de l'Union européenne », *Rev. crit. DIP* 2020.865.

D'ORNANO (A.), « Sur la protection des investisseurs après l'extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres », *Rev. crit. DIP* 2022.443.

DOSSIOS (L) et RACINE (J-B.), « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateur ? », *RIDE* 2019, p. 105.

DOZSA (D.), « The protection of intra-EU investment after PL Holdings. C'est la vie ? », consultable sur le lien https://eulawlive.com/op-ed-the-protection-of-intra-eu-investment-after-pl-holdings-cest-la-vie-by-daniel-dozsa/

DRAGO (L.M.), « Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale », *RGDIP* 1907.251.

DUCLERCQ (C.), JALLAMION (C.), MAINGUY (D.), BEN HAMIDA (W.), NGWANZA (A.), CHAVASSE (PH.), DE FONTMICHEL (M.), HENRY (M.) et TATTEVIN (G.), Colloque du 9 mai 2016, *JDI* 2017, p. 1.

ECHEVERRI (J.), « Some philosophical questions to understand the role of arbitrators through the notion of fair and equitable treatment », *Estudios Socio-Juridicos*, 2022, vol. 24, p. 13.

EECKHOUT (P.), « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *Common Mark. Law Rev.* 2002, vol. 39, p. 945 et p. 958-969.

EILMANSBERGER (T.), « Bilateral Investment Treaties and EU Law », *CML Rev*. 2009, p. 383-429.

EL BOUDOUHI (S.), « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres de l'Union européenne avec des Etats tiers », *RTD Eur*. 2011.85.

ESPOSITO (G.), LANAU (S.) et POMPE (S.), « Judicial System Reform in Italy – A Key to Growth », *IMF Working Paper*, 2014.

FAMILY (R.), « La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.* 2013, p. 1558.

FAN (K.), « Mediation of Investor-State Disputes : A Treaty Survey », *JDR* 2020, vol. 2, p. 327.

FAUCHALD (O.), « The legal reasoning of ICSID Tribunals – An empirical analysis », *Eur. J. Int'l. L*. 2008, vol. 19, p. 301-364 et spéc. p. 335.

FISCHER (E.) et DOLEA (S.), « Abuse of process in investment arbitration – Key factors to be considered when restructuring investments », *Rom. Arb. J.* 2022, vol. 16, p. 34.

FORGUES (F.),« Du financement des procédures par les tiers », *Petites affiches*, 3 octobre 2017, n° 197, p. 6.

FOUCHARD (PH) et MOURGEON (J.), « Le Fonds d'entraide et de garantie des emprunts du Conseil de l'Entente », *JDI* 1969.22-57.

FOUCHARD (PH.), « Ou va l'arbitrage international ? », *McGill L.J.* 1989, vol. 34, p. 436.

FOUCHARD (PH.), « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales »*Rev. arb*. 1998.653.

FRANCIONI (F.), « Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law », *Eur.J.Int'L*. 2009, vol. 20, p. 729-742.

FRANCK (S.D.), « The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity », *NYL Sch.J. Int'l & Comp. L.* 2000, vol. 1.

FRANCK (S.), « Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration », *Harvard Int'l L. J.* 2009, vol. 50, p. 435-442.

FRANCK (S.), « The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards », *Virginia J. Int'l L* 2011, vol. 51(4), p. 825, 833–834.

FRIEDMAN (M.), « The Social Responsbility of Business is to Increase its Profits », *The New-York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

FRIEDLAND (P.), « The Amicus Role in International Arbitration », *Conference Paper at the School of International Arbitration, London*, 12 avril 2005, p. 10.

FRIEDLAND (P.) et BREKOULAKIS (S.), « International Arbitration Survey : Current and Preferred Practices in the Arbitral Process », *White & Case* 2012, p. 5.

FRIEDMAN (M.W.) et LAWAUD (F.), « Damages principles in investment arbitration », *Global Arbitration Review* 2018.

GABAS (J-J.), « La Chine est-elle un accapareur de terres en Afrique ? Retour sur une réalité mal acceptée », *Futuribles*, janvier 2013, n° 398.

GABOR (E.) et SAUVANT (K.P.), « Incentivizing Sustainable FDI : The authorized sustainable investor », *Colum. FDI Persps*, 2019, vol. 256, p. 1.

GAILLARD (E.), « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. arb.* 2003. 853.

GAILLARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *NYLJ*, 26 juin 2007, p. 6.

GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2009, note 82, p. 25.

GAILLARD (N.), « Le lancinant problème de l'insolvabilité des Etats », *Politique étrangère* 2014, n° 2, p. 139-149.

GAILLARD (Y.) et THUILLIER (G.), « Qu'est-ce qu'un investissement ? », *Revue Economique* 1968, vol. 19, n° 4, p. 607-637.

GARCIA OLMEDO (J.), « Recalibrating the international investment regime through narrowed jurisdiction », *ICLQ* 2020, vol. 69(2), p. 301-334.

GARG (G.), « Growing convergence of international arbitration and human rights », *Indian arbitration Law review* 2022, vol. 4, p. 46.

GAUKRODGER (D.) et GORDON (K.), « Investor-State Dispute Settlement, A Scopng Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working papers on international investment*, n° 2012/3, p. 17.

GAZZINI (T.), « The 2016 Morocco-Nigeria BIT : An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties », *Investment Treaty News*, septembre 2017, p. 3.

GEIGER (R.), « Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the multilateral Agreement on Investment », *NYU, Environmental Law Journal*, 2002, vol. 11, n° 1, p. 94-109 et spéc. p. 104.

GIANSETTO (F.), « Les fonds dits 'vautours' et la dette souveraine - . – Un nouvel enjeu de la régulation financière », *Cahiers de droit de l'entreprise*, novembre 2012, n° 6, dossier 33.

GILL (A.), « Corporate Governance as Social Responsibility : A Research Agenda », *Berkeley J. Int'l. Law 2008*, vol. 26, n° 2, p. 453-454.

GOLDHABER (M.), « Wanted : a world investment court », *Transnational Dispute Manag*. 2004, p. 1-3.

GOLDHABER (M.), « Madame La Présidente : A Woman Who Sits as President of a Major Arbitral Tribunal Is a Rare Creature. Why ? », *Am.Law : FOCUS. Eur*. 2004.

GOTANDA (J.), « Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited », *Vanderbilt J. Transant'l L*. 2003, vol. 36, p. 1461.

GRANT (T.D.) et. KIEFF (F.S.), « Appointing Arbitrators : Tenure, public confidence, and a middle road for ISDS Reform », *MICH.J.INT'L.L*. 2022, vol. 43, p. 171.

GROSS (L.), « The International Court of Justice : Consideration of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order », *AJIL* 1971, p. 253-326.

GROSSMAN (N.), « Shattering the Glass Ceiling in International Adjudication », *VA. J. Int'. L* 2016, vol. 56, p. 213, Table 1, p. 350.

GUILLAUME (G.), « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrator », *J. Int. Disput. Settl.* 2011, vol. 2, p. 5 et p. 13-14.

GUTIERREZ (J.C.M.), « ? Es tan malo el neoliberalismo ¿», *El Deber, Santa Cruz, Bolivia*, 15 mai 2006.

HANNOUN (CH.), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com*. 1989.417.

HARIDI (S.A.F.), « Towards Greater Gender and Ethnic Diversity in International Arbitration », *BCDR International Arbitration Review* 2015, vol. 2(2), p. 305-316.

HAUSMANINGER (CH.), « Civil Liability of Arbitrators – Comparative Analysis and Proposals for Reform », *J. Int. Arbitr*. 1990, vol. 7.

HAUTERAU-BOUTONNET (M.) et TRUILHE-MARENGO (E.), « Quel modèle pour le procès environnemental ? », *D*. 2017, p. 827.

HAYES (M.), « An Irish Quarterly Review, Power and Accountability in Ireland », *Access to Justice* 2010, vol. 99, n° 393, p. 29-42.

HENRY (M.), « L'obligation de loyauté des arbitres envers les conseils », *Cah. arb*. 2014, n° 21 et s.

HEPPNER (S.), « A Critical Appraisal of the Investment Court System Proposed by the European Commission », *IJEL*, décembre 2016, vol. 19, issue 1.

HIGGINS (A.), « Beating Russia at Its Own Long Game », *N.Y Times*, 9 février 2015.

HODGSON (M.), « Costs in Investment Treaty Arbitration : The Case for Reform », *TDM* 2014.1.

HODGSON (M.), « Counting the costs of investment treaty arbitration », *GAR News*, 24 mars 2014, Table 2.

HSIEH (N-H.), « Should businesses have human rights obligations ? », *Journal of Human Rights* 2015, vol. 14 (2), p. 218.

HUIPING (C.), « The Investor State Dispute Settlement Mechanism : Where to go in the 21st Century », The *Journal of World Investment & Trade* 2008, vol. 9, p. 2.

HUNTER (M.), « Ethics of the International Arbitration », *ASA Bull.* 1986, vol. 4, p. 173-179.

HWANG (M.) et FONG LEE CHENG (J.), *Definition of "Investment"—A Voice from the Eye of the Storm*, AsianJIL 2010, vol. 1, p. 99-129.

HYDE (TH.), « Lincoln, Legal Ethics and Success in Mediation », *Hillsborough County B. Ass'n Law* 2014, vol. 24(7), p. 54.

IRVING (H.), « Should Australia reconsider dual citizenship ? What history and the Constitution reveal about the Zygier Affair », consultable en ligne, https://blogs.usyd.edu.au/cru/2013/02/should_australia_permit_dual_c.html

JARROSSON (CH.), « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988.469 et s.

JESSUP (PH.), « The Palmas Island Arbitration », *Am. J. Int. Law* 1928, p. 735 et s.

JIAN (L.), « How can investor-state mediation be more effective : Legal framework and capacity of Institutions and Governments », *J.WTO&China* 2021, vol. 11, p. 34.

JOLIVET (E.), « Aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », *Gaz. Pal*. juillet 2006, p. 248.

JOURDAN-MARQUES (J.), « Arbitrage et question préjudicielle », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 2, p. 595.

KALICKI (J.), « The prospects for Amicus Submissions, outside the ICSID Rules », *Kluwer arbitration blog*,14 septembre 2012.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ? », *Arb Int'l* 2007, p. 362.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Accountability in International Investment Arbitration", *Cah. arb.* 1er décembre 2016, n° 3, p. 581.

KEARNEY (J.) et MERRILL (TH.), « The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court », *U.PA.L.Rev* 2000, vol. 148, p. 743-744.

KEOWN (R.), « Mathematical Models for Legal Prediction », *Computer/LJ* 1980, p. 829 et s.

KESSEDJIAN (C.), « Le financement de contentieux par un tiers – Third Party Litigation Funding », *Panthéon-Assas, Colloques*, décembre 2012.

KESSEDJIAN (C.) et VANHONNAEKER (L.), « Les différends entre investisseurs et Etats hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *RTD Eur*. 2017, p. 633-634.

KIRGEYEVA (E.), « Is it offered to establish an Investment Court in Kazakhstan ? », *Kazpravda*, 12 février 2015.

KJOS (H.E.), « Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration », *TDM* 2009, vol. 4, p. 43.

KOLB (R.), « Note sur un problème particulier de 'ratification imparfaite' : article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 », *RSDIE* 2011, vol. 11, n° 3, p. 429-437, spéc. p. 433.

KOROM (V.), « The impact of the Achmea Ruling on Intra-EU BIT Investment Arbitration – A Hungarian Perspective », *Hungarian Yearbook of international Law and European law* 2020, vol 8 (1), p. 53-74.

KOVACS (B.), « Watch for the ripples, not just the splash : How the EU position on investment arbitration has affected the enforcement of awards », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 137.

KRAJEWSKI (M.), « A nightmare or a Noble dream ? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application », *Business and Human Rights Journal* 2020, vol. 5, p. 105-129.

KRIEBAUM (U.), « The Relevance of Economics and Political Conditions for Protection under investment Treaties », *Law Pract. Int. Courts. 2011*, vol. 10, p. 403, note 24.

KRISLOV (S.), « The Amicus Curiae Brief : From Friendship to advocacy », *YLJ* 1963, vol. 72, p. 694-721.

KRISTIAN FAUCHALD (O.), « International investment law in support of the right to development ? », *LJIL* 2021, vol. 34 (1), p. 181-201.

KUIPERS (J.), « Too Big to Nail : How Investor-State Arbitration Lacks an Appropriate Execution Mechanism for the Largest Awards », *B.C. Int'l & Comp. L. Rev*. 2016, vol. 39, p. 417 et spéc. p. 438.

KWAN (J.), NG (J.) et KIU (B.), « The use of artificial intelligence in international arbitration : where are we right now ? », *Int. Arbitr. Law Rev*. 2019, p. 1-5.

LAL BENG (H.) et CASEY (B.), « Non-discretionary arbitrator disclosure obligations in international commercial arbitration : a path forward ? », *International arbitration law review* 2021, vol. 24 (3), p. 208-230 et spéc. p. 208.

LALIVE (J-F.), « Quelques observations sur l'immunité d'exécution des Etats et l'arbitrage international », *Kluwer Academic Publishers* 1989, p. 381, note 22.

LALIVE (P.), « The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems », *Brit. Y.B INT'L. L.* 1980, p. 123-132.

LALIVE (P.) et HALONEN (L.), *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, *CYIL* 2011, vol. 2, p. 154.

LAM (J.) et UNUVAR (G.), « Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements », *LJIL* 2019, vol. 32 (4), p. 781-800.

LANGE (B.), « Report containing the European Parliament's recommendations to the European Commission for the negotiations on the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) », *Committee on International Trade*, 1er juin 2015.

LANGFORD (M.), BEHN (D.) et HILLEREN LIE (R.), « The revolving door in international investment arbitration », *J.INT'L.Econ.L*. 2017, vol. 20, p. 310.

LATHAM (S.), « The Third-Party Litigation Funding », *The Law Review, Augusta Ventures*, 2021.

LAVRANOS (N.), « In defence of Member States' BITs gold standard : the Regulation 1219/2012 establishing a transitional regime for existing extra-EU BITs – A member state's perspective », *Transnatl. Dispute Manag*. 2013, vol. 10, p. 1-11.

LAVRANOS (N.), « The end of intra-EU BITs is nearing », *Practical Arbitration Blog, Thomas Reuters*, 13 mai 2016.

LAVRANOS (N.), « Profiting from Anti-ISDS Propaganda », *Kluwer Arbitration Blog*, 11 octobre 2016.

LE BAUT-FERRARESE (B.), « Le TCE au défi de la transition énergétique », *Energie Environment infrastructure*, février 2012, étude 2.

LEJOUR (A.) et SALFI (M.), « The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment », *CPB Discussion Paper* 2015, p. 298.

LEMAIRE (S.), « Justice prédictive et office du juge », dans *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz,* 2018.

LEMAIRE (S.), « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb*., 2018.4024.

LEPAGE (G.) et GREC (A.), « Pratique d'une institution financière régulée », *La Lettre de l'Association Française d'Arbitrage*, juin 2014, n° 12.

LEVESQUE (C.), « The European Commission proposal for an Investment Court System », *Investor-State arbitration Series*, Paper n° 10, août 2016, Center for International Governance Innovation.

LHUILLER (G.), « The new liability of transnational companies for environmental risks », *IBLJ* 2020, vol. 1, p. 25-45.

LIDA (K.), « The Political Economy of Investment Arbitration: An Analysis of ICSID Data », article présenté à la convention annuelle de l'International Studies Association, New Orleans, LA, 3 février 2010, p. 10-11.

LINDEBOOM (J.), « Is the primacy of EU Law based on the equality of the member states ? A comment on the CJEU's Press release following the PSPP judgment », *German L.J*. 2020, vol. 21, p. 1032.

LOUSSOUARN (Y.), « Analyse des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 relatives au droit international du commerce », *RTD com*. 1967.

LUZ (M.A.) et MILLER (C.M), « Globalization and Canadian Federalism: Implications of the NAFTA's Investment Rules », *McGill L.J* 2002, vol. 47, p. 951-997.

LYNCH (K.J.), « Best Friends ? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs », *J.L&.Pol* 2004, vol. 20, p. 33-34.

MAIR (J.), « Equal Treatment of Parties in the Nomination Process of Arbitrators in Multi-Party Arbitration and Consolidated Proceedings », *Austrian Rev. Intl & Eur. L.* 2007, vol. 12, p. 59-64.

MALECKI (C.), « Finance durable et RSE », *RD banc. Fin.* mai 2013, p. 29 et s.

MANCIAUX (S.), « The Notion of Investment : New Controversies», *J.W.I.T.* 2008, p. 443.

MANCIAUX (S.), « Mediation or arbitration for the settlement of investment disputes : rivalry and/or complementarity ? », *IBLJ* 2019, vol. 6, p. 657-666.

MANCIAUX (S.), « The use of mediation for the settlement of investment disputes », *Indian journal of arbitration law* 2022, vol. 10, p. 98.

MANN (F.A.), « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *BYBIL* 1982, vol. 52, p. 241-244.

MANN (H.), « International Investment Agreements, Business and Human Rights Key Issues and Opportunities », *IISD* 2008, p. 13.

MARCEDDU (M-L.) et ORTOLANI (P.), « What is wrong with investment arbitration ? Evidence from a set of behavioural experiments », *EJIL* 2020, vol. 31 (2), p. 405-428.

MARINO (L.), « Le paquet neutre fait un tabac au Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal*. 2016, n° 24, p. 31.

MARISI (F.), « Indépendance and impartiality : the role of soft law in international abritration », *Arbitration* 2019, vol. 85 (4), p. 326-345.

MARTINEZ (E.), « Understanding the debate over necessity : Unanswered questions and future implications of annulments in the Argentine gas cases », *DJCIL* 2012, vol. 23, p. 149, p. 175.

MASOOD (A.), « Provisional Measures of Protection in Arbitration under the World Bank Convention », *Delhi L. Rev*. 1972, vol. 1, p. 138.

MASUMY (N.) et HOURANI (S.), « The implementation of sustainable development as a requierement by ICSID Tribunals : A proposal for sustainability standard », *Romanian Arbitration Journal* 2022, vol. 16, p. 44.

MATHIEU (B.), « Le gouvernement des juges, ce n'est plus la démocratie ! », *Gaz. Pal*. 2015, n° 268-269.

MATUSOVA (S.) et NOVACEK(P.), « New generation of investment agreements in the regime of the European Union », *Juridical Trib*. 2022, vol. 12, p. 24.

MAYER (P.), « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, n° 2, p. 359-368.

MAYER (P.), « Acceptation tacite d'une clause compromissoire par référence à un contrat antérieur », *Rev. crit. DIP 1999*, n° 1, p. 92.

MAYER (P.), « Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, 22 mai 2008, vol. 136, n° 1, p. 71-96.

MAYER (P.), « Arbitrages Etats–Investisseurs, Distinction entre 'Treaty Claims' et 'Contract Claims' », *ASA Bulletin* 2008, vol. 26, Issue 3, p. 642-643.

MAZEAUD (L.), « De la nationalité des sociétés », *JDI* 1928, p. 30 et s.

MERON (TH.), « Article 46 of the Vienna Convention on the law of treaties (ultra vires treaties): some recent cases », *BYBIL*, 1979, pp. 175-199.

MICHOUD (A.), « L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités d'investissement : une question de (ré)équilibre », *Revue générale du droit* 2019, vol. 49, p. 399.

MISRA (Y.), « Standing at crossroads : The trajectory of IIAs and ISDS and their projection in the post-pandemic golbal economy », *PEPP.Disp.Resol.L.J.* 2022, vol. 22, p. 409.

MISTELIS (L.) et BALTAG (C.), « Special Section on the 2008 Survey on Corporate Attitudes towards Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards : Special Section : Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration : Corporate Attitudes and Practices », *Am. Rev. Int'l Arb*. 2008, vol. 19, p. 319-357.

MITCHENER (K.) et WEIDENMIER (M.), « Supersanctions and Sovereign Debt Repayment », *NBER Working Paper*, juillet 2005, n° 11452.

MONBIOT (G.), « This Transatlantic Trade Deal isa full-frontal assault on democracy », *The Guardian*, 4 novembre 2013.

MOTULSKY (H.), « L'arbitrage et les conflits du travail », *Rev. arb.* 1956.

MUIR WATT (H.), « L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis, Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 595.

NAGEL (S.S.), « Applying correlation analysis to case prediction », *TLR* 1963, p. 1006 et s.

NAPPERT (S.), « Escaping from Freedom ? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism », *London, the 2015 EFILA Inaugural Lecture*, p. 10.

NARIMAN (F.), « The Spirit of Arbitration – The Tenth Annual Goff Lecture », *Arbitration International* 2000, p. 262.

NELSON (T.), « Human Rights Law and BIT Protection : Areas of Convergence », *J. World Inv. & Trade* 2011, vol. 12(1), p. 27.

NG (J.), « Human Rights and International Investment Law : Examining four approaches to integration », *Hong Kong Law Journal* 2021, vol. 51, p. 523.

NGWANZ (A.), « Pratique contractuelle de l'industrie extractive et participation des riverains aux arbitrages internationaux », *AJ Contrat* 2020, p. 135.

NIBOYET (J-P.), « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *Rev. crit. DIP* 1927.402.

NIKIEMA (S.H.), « Définition de l'investisseur », *IISD*, mars 2012, p. 3.

NISSER (C.) et BLANKE (G.), « Projet de Lignes directrices sur la Commission européenne intervenant en tant qu'amicus curiae dans les procédures d'arbitrage international », *Rev. Lamy concurr*, juillet/septembre 2007, p. 148-158.

NOLAN (R.) et ABRAMS (R.), « Arbitral Immunity », *Ind. Relat. Law J*. 1989, vol. 11.

NOUVEL (Y.), « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *Int. law Forul droit int.* 2003, vol. 5, n° 3, p. 199.

NOUVEL (Y.), « The effectiveness of arbitral awards in investment : the interest in the ICSID », *IBLJ* 2019, vol. 6, p. 758.

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*, septembre 2004, p. 22.

OCDE, « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *OCDE* 2005, p. 4.

OCDE, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats : Vue d'ensemble », *Documents de travail sur l'investissement international*, n° 2006/1, février 2006, p. 11.

O'CONNOR (K.) et EPSTEIN (L.), « Court Rules and Workload : A Case Study Of Rules Governing Amicus Curiae Participation», *Just. Sys.J.* 1983, vol. 8, p. 35-36.

ODERMATT (J.), « When a fence becomes a cage : The principle of autonomy in EU External relations law », *EUI Working Papers*, 2016/07.

ODUMOSU (I.), « The Law and Politics of Engaging Resistance in Investment Dispute Settlement »., *Pa.St. Int'L. Rev*. 2007, vol. 26, p. 251-264.

ONANA (O.), « Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI », *Revue générale de droit*, 2012, vol. 42(1), p. 57–104.

ORANGE (M.), « CETA : le Conseil constitutionnel emporté dans une dérive libérale », *Mediapart*, 31 juillet 2017.

PAIRAULT (T.), « Chinese Direct Investment in Africa, a State Strategy? » *Région et Développement*, 2013, n° 37.

PASCHALIDIS (P.), SKOURIS (V.) et PAPARINSKIS (M.), « EU Law and International Investment Arbitration, *IAI Series on International Arbitration »*, 2018, n° 11.

PATIL (Y.), « Norms for the disqualification of arbitrators under the international centre for settlement of investment disputes convention », *Supremo Amicus* 2022, vol. 28, p. 631.

PAULSSON (J.), « Arbitration without privity », *ICSID Rev.-FILJ* 1995.232.

PAULSSON (J.), « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Rev*. 2010, vol. 25(2) : Foreign Investment LJ, p. 339.

PAULSSON (J.), « The expectated model », *International Commercial Arbitration Review* 2019, vol. 2019, Issue 1, p. 56-74.

PEAKE (J.), « Diplomatic protection for dual nationals : Effective nationality or non-responsibility », *Trinity College Law Review* 2007, vol. 10, p. 98.

PERRONE (N.), « Bridging the gap between foreign investors rights and obligations : Towards reimagining the international law on foreign investment », *Business and Human Rights Journal* 2022, p. 1-22.

PERTEK (J.), « Les institutions communautaires, la Commission, pouvoirs. IV. La participation au contrôle juridictionnel », *JCI. Europe Traité*, Fasc 231, n° 114.

PETERSON (L.), « Claimant in garbage disposal dispute with Canada », *Investment Arbitration Reporter*, 12 novembre 2008.

PIETTE (J.), « Les problèmes de pollution transfrontières et de déchets dangereux en Amérique du Nord », *RQDI* 1er octobre 1992, n° 7.2.

PINSOLLE (PH.), « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb*. 2010.385.

POIRIER (M.), «The NAFTA Chapter 11 Expropriation Debate Through the Eyes of a Property Theorist », *Envir. L.* 2003, vol. 33, p. 851, 914-27.

PORTERFIELD (M.C.), "Exhaustion of Local Remedies in Investor-State Dispute Settlement : An Idea Whose Time Has Come ?", *YJIL* 2015, vol. 41, spéc. p. 10.

POULAIN (B.), « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *RGDIP* 2007, p. 803-828.

POULSEN (L.N.S.) et AISBETT (E.), « When the claim hits : Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics* 2013, vol. 65, n° 2, p. 273-313.

PRISLAN (V.), « Judicial expropriation in international investment law », *ICLQ* 2021, vol. 70 (1), p. 165-195.

PUIG (S.), « Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration and International Investment Law », *Georgetown J. Int'l L.* 2013, vol. 44, p. 531.

QI (D.), « State Immunity, China and Its Shifting Position », *Chin. J. Int. Law* 2008, vol. 7, n° 2, p. 307-337.

QIAN (X.), « Rethinking investment treaties for sustainable development : from the 'New Delhi Declaration' Principles to Modern investment law & policy », *Asian J. WTO & Int'l Health L., & Pol'y* 2022, vol. 17, p. 405.

RACINE (J-B.), « Droits de l'homme - Droits de l'homme et droit international économique », *JDI* 2020, n° 4.

REINISCH (A.), « Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action : The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations », *Legal Issues of Econ. Integration* 2012, vol. 39, p. 157 et p. 167-172.

REISMAN (M.), « The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration », *Duke L. J.* 1989, vol. 4, p. 739-750.

REN (R.) et LIP SHAN (S.), « How to identify insiders and intruders disguising as investors in the assignment of investments », *ICLQ* 2022, vol. 71 (2), p. 357-388.

REZA YOUNESI (H.), « The implementation of relational contract theory in international investment contracts », *International trade law & Regulation* 2021, vol. 27 (4), p. 256-279.

REZA YOUNESI (H.), « The pursuit of stability in international petroleum contracts : the role of stabilisation clauses in minimisation of disputes », *IBLJ* 2021, vol. 5, p. 659-683.

RIASSETTO (I.), « Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ? », *RD banc. Fin.* mai 2013, p. 28 et s.

RIPERT (G.), « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chron. p. 1.

RIVERA (C.), « Some remarks on the Third session of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft' », *Revista de Direito Internatcional (Brazilian Journal of international law)*, 2018, vol. 15, p. 25-29.

ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms : Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *AJIL* 2013, vol. 107, p. 45, 78-83.

ROGERS (C.), « Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration », *Mich. Int'l L.J.* 2002, vol. 23, p. 341.

ROGERS (C.), « Regulating International arbitrators : A Functional Approach to Developing Standards of Conduct », *Stan. J. Int'l. L*. 2005, vol. 41, p. 53-62, n° 53 et p. 121, n° 383.

ROGERS (C.), « The vocation of the international arbitrator », *Am. U. Int'l. L. Rev*. 2005, vol. 20, n° 5, p. 957-1020.

ROHAN PERERA (A.), « Technical assistance and capacity building, lessons learned from experiences and the way forward », *ICSID/OECD/UNCTAD Symposium – Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda*, Paris, 12 décembre 2005.

ROMANO (C.), « The Price of International Justice », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2005, vol. 4(2), p. 281.

ROOT (E.), « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *Am. J. Int'l L*. 1910, vol. 4, p. 517.

ROTBERG (R.I.), « Failed States, Collapsed States, Weak States: Causes and Indicators, in State Failure and State Weakness in a Time of Terror », *Brookings Institution Press*, 2003, p. 5 et s.

ROUSSEAU (D.), « La construction constitutionnelle du peuple européen », *Rev. UE* 2015, p. 456 et spéc. p. 462.

ROZENBLAT (C.), « Les entreprises multinationales : un processus urbain dans un environnement international et transnational », *L'Information géographique*, 2007/2, vol. 71, p. 43-66.

RYAN (M.), « Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Stability and Legitimacy of International Investment Law », *U. Pennsylvania J. Int'l L*. 2008, vol. 29, p. 725-734.

SACHS (K.), « La protection de la partie faible en arbitrage », *Gaz. Pal.* 17 juillet 2007, n° 198, p. 22.

SADOWSKI (W.), « Protection of the rule of law, in the European Union through investment treaty arbitration : Is judicial monopolism the right response to illiberal tendencies in Europe ? », *Common Mark. Law Rev.* 2018, p. 55.

SAINT-LOUBERT-BIE (TH.), « Une analyse comparée de l'immunité de l'arbitre : commentaire de l'Arbitration Act 1996 Section 29 à la lumière du droit français », *MBDE / Arbitrage et ADR*, 2011.

SALEM (M.), « La question de la nationalité des sociétés et les intérêts français à l'étranger », *JDI* 1919 p. 23.

SALMON (J.) et SUCHARITKUL (S.), « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'Etat », *AFDI* 1987.

SANDERSON (C.), « Mexico Proposes Permanent Dispute Resolution Body for NAFT », *Global Arbitration Review*, 30 novembre 2007.

SANDOR (L.), « The Constitutional dilemmas of terminating intra-EU BITS », *CEJCL* 2022, vol. 3, p. 177.

SANDREY (R.), MPITSA (E-M.), VERMAAK (J.) et DE BEER (M.), « Assessing South Africa's Trading Relationship with China », *Tralac*, *Working Paper*, décembre 2013.

SCHREUER (CH.), « Commentary on the ICSID Convention, Article 25 », *ICSID Rev*. 1997, vol. 12, p. 59, § 201.

SCHREUER (CH.), « Nationality of Investors : Legitimate Restrictions vs Business Interests », *ICSID Rev.* 2009, vol. 24(2), p. 521 et spéc. p. 526.

SCHREUER (CH.), « Do We Need Investment Arbitration? », *TDM* 2014, p. 11 (1).

SCHUMACHER (J.), TREBECH (C.) et ENDERLEIN (H.), « Sovereign Defaults in Court The rise of creditor litigation 1976-2010 », *SSRN Electronic Journal*, 2012.

SEAGAL (J.A.), « Predicting Supreme Court Cases Probabilistically : The Search and Seizure Cases (1962-1981) », *APSR* 1984, p. 891 et s.

SHEMBERG (A.) et AIZAWA (M.), « Stabilization Clauses and Human Rights », *IFC/SRSG Research Paper*, 27 mai 2009, p. 7.

SHIHATA (I.F.I.), « Introduction by the Secretary General », *ICSID 1984 Annual Report*, 1984.

SHIHATA (I.F.I.), « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA », *ICSID Rev. – Foreign Investment L. J.* 1986.

SIMMA (B.), « Foreign Investment/Arbitration : A place for human rights ? », *ICLQ* 2011, vol. 60, p. 573.

SINCLAIR (A.C.), « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arbitration International* 2004, Vol. 20, n° 4, p. 411-434.

SKINNER (G.L.), « Beyond Kiobel : Providing access to judicial remedies for violations of international human rights norms by transnational business in a new (post-kiobel) world », *Colum.HRLR* 2014, vol. 46(1), p. 169.

SOHN (L.) et BAXTER (R.), « Harvard Draft Convention on the International Responsability of States for Injuries to Aliens », *Am. J. Int. Law*, juillet 1961, vol. 55, Issue 3, p. 548-584.

SONGER (D.) et CREWS-MEYER (K.), « Does Judge Gender Matter ? Decision-Making in State Supreme Courts », *SSQ*, 2000, vol. 81(3), p. 750-762.

SPILLMANN (G.), « Le percement de l'isthme de Suez », *Revue du Souvenir Napoléonien*, octobre 1972, n° 266, p. 6-10.

SPIRO (P.J.), « Dual nationality and the meaning of citizenship », *Emory Law Journal* 1997, vol. 46, p. 1411.

SPIRO (P.J.), « Dual citizenship as Human Rights », *International journal of constitutional law* 2010, vol. 8, p. 111.

STERN (B.), « Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2000, p. 403-427, spéc. p. 420.

STRARMA (U.), « The indivisible stigmatisation of female practitioners in international arbitration », *Int.J.L.C* 2021, vol. 17 (3), p. 371-389.

SUSSMAN (E.) et EBERE (S.), «All's Fair in Love and War – Or Is It? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration », *Am. Rev. Int'l Arb*, 2011.

SWINEHART (M.W.), « Institutionalism, legitimacy, and fact-finding in international disputes », *Fla.St.U.L.Rev* 2020, vol. 47, p. 279, 287-290, 299 et 303-305.

SZUREK (S.), "La composition des juridictions internationales permanentes : de nouvelles exigences de qualité et de représentativité », *AFDI* 2010, p. 41-78.

TAWIL (G.S.), « Binding Force and Enforcement of ICSID Awards : Untying Articles 53 and 54 of the ICSID Convention, 50 Years of the New York Convention », *ICCA's Congress Series*, 2008, n° 14, p. 327.

TEKOU TENE (J.), « L'opposabilité de la clause de stabilisation dans les contrats d'investissements internationaux d'énergie (mines, pétrole et gaz), *Revues des Juristes de Sciences Po* n°8, Novembre 2013, p. 88.

TEMPLEMAN (J.), « The 2012 International Arbitration Survey : Looking Behind the Closed Doors of International Arbitration », *Practical.L.Co*, 7 novembre 2012.

TEN CATE (I.), « Binders Full of Women … Arbitrators ? », *Int.Law.Grrls*, 2 novembre 2012.

TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats », *D*. 2004, chronique, p. 1179.

THIEFFRY (V.), « The Achmea judgment : an additional stage in the construction of a group of international litigation resolution mechanims ? An analysis in the light of French arbitration law », *RDAI* 2018, p. 7.

TIETJE (CH.), NOWROT (K.) et WACKERNAGEL (C.), « Once and Forever ? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID », *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, mars 2008, vol. 74, p. 5.

TITI (C.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ? », *JDI* 2014, n° 2.

TOPCAN (U.), « Abuse of Right to Access ICSID Arbitration », *ICSID Rev.* 2014, p. 268.

TORCOL (S.), JOSS (S.), HURPY (H.) et MARTI (G.), « Peuple ou Peuples européen(s) ? Première Partie », *Rev. UE* 2016.109.

TORCOL (S.), JOSS (S.), HURPY (H.) et MARTI (G.), « ''Peuple ou Peuple(s) européen(s)'' ? Le peuple européen introuvable. Recherche jurisprudentielle et institutionnelle. Deuxième Partie », *Rev. UE* 2016.436.

TRANCHANT (B.), *Avis 1/17 : Une interprétation conciliante de l'autonomie du droit de l'UE au secours du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements de l'AECG*, Cahiers de droit européen.

TUPMAN (W.), « Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration », *ICLQ* 1989.44.

TURNER (P.), « Parties, Ownership and control », *Congrès de l'ICCA* 2006, Montréal, *Yearbook Commercial arbitration*, special serie n° 13.

UCHKUNOVA (I.) et TEMNIKOV (O.), « Enforcement of Awards under the ICSID Convention : What Solutions to the Problem of State Immunity ? », *ICSID Rev*. 2014, vol. 29, p. 187 et s. et spéc. p. 207-208.

UZKOVITZ (F.) et al., « Steps Towards a Depper Economic Integration : The Internal Market in the 21st Century », *European Economy : European Commission Economic Papers*, janvier 2007, p. 8.

VADCAR (C.), « La réciprocité dans le système commercial international », *JDI* 2002, p. 773-791, spéc. p. 777.

VAN DE POEL (J.), « New anti-vulture fund legislation in Belgium : an example for Europe and rest of the world », *Eurodad blog*, mai 2015.

VAN DEN BERG (A.J.), « Qualified Investment Arbitrators ? », *Arbitrators in Investment Arbitrations* 2012, p. 55.

VANDEVELDE (K.J.), « The political economy of bilateral investment treaty », *Am.J.INT'L.L*. 1998, vol. 92, p. 621.

VAN HARTEN (G.), « The (Lack of) Woman Arbitrators in Investment Treaty Arbitration », *Colum.FDI. Persp*. 2012, n° 59, p. 1.

VASANI (B.) et PALMER (SH.), « Challenges and Disqualification of Arbitrators at ICSID : A New Dawn ? », *ICSID Rev.* 2015, vol. 30, n° 1, p. 195.

VEEDER (V.V.), « The Necessary Safeguards of an Appellate System », *Transn'l. Dispute GMT* 2005, vol. 2, p. 7.

VOETEN (E.), « The Politics of International Judicial Appointments : Evidence from the European Court of Human Rights », *Int'l.Org*. 2007, vol. 61, p. 669 et p. 684.

VON PAPP (K.), « EU Law and international arbitration : Managing distrust through dialogue », *E.L.Rev.* 2022, vol. 47 (1), p. 146-147.

VON WALTER (A.), « Le contentieux lié à l'investissement : entre dépolitisation et repolitisation », *Convention-s*, 20 juin 2011.

VOON (T.), MITCHELL (V.) et MUNRO (A.), « Parting Ways : The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights », *ICSID Rev*. 2014.467.

WEHLAND (V.H.), « Intra-EU Investment Agreements and Arbitration : Is European Community Law an Obstacle ? », *ICLQ* 2009, p. 297-320.

WELLHAUSEN (R.), « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *J. Int'l Disp. Settlement* 2016, vol. 7, p. 117, 132-133.

WELLS (L.T.), « The Emerging global regime for investment : A response to Jeswald W. Salacuse », *Harv. Intl.J* 2010, vol. 51, p. 427-448.

WERNER (J.), « When Arbitration Becomes War », *J.INTL.ARB* 2000, vol. 19, p. 7-103.

WESTON (B.), « ‘’Constructive Takings’’ under International Law: A Modest Foray into the Problem of ‘’Creeping Expropriation’’ », *Va. J. Int'l L*. 1975, v. 16, p. 103-175, spec. p. 112.

WILLIAMS (J.C.), « The Rhetoric of Property », *Iowa Law Rev*. 1998, vol. 83, p. 278.

WITTICH (S.), « Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law », *Finn. yearb. int. law* 2004, vol. 15, p. 329-330.

YALA (F.), « La notion d’investissement », *Gaz. Pal*. 2005, vol. 349, p. 1.

YALA (F.), « The Notion of Investment in ICSID Case Law – Some Un-Conventional Thoughts on Salini, SGS & Mihaly », *J. Int. Arb.* 2005, vol. 2, p. 105.

YU (H-L.), « Independence, impartiality and immunity of arbitrators - US and English perspectives », *International & Comparative Law Quarterly* 2003, p. 935-966.

YUAN (L.), « ‘Bodyguards’ or ‘Police’, who can escort us to a more sustainable future ? A deep dive into ‘elite eight’ in 2021 international energy arbitration », *ITA Rev*. 2022, vol. 4, p. 65.

ZAHRA (A.), « Investment treaty arbitration & Human Rights », *Supremo Amicus* 2022, vol. 28, p. 88.

ZAKARIA (F.), « The rise of illiberal democracy », *Foreign Affairs*, 1997, p. 22-43.

ZUGLIANI (N.), « Human Rights in International Investment Law : The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty », *ICLQ* 2019, vol. 68, p. 761-770.

ZULKER NAYEEN (S.), « Does the objective of ICSID annulment jurisprudence invite an appellate mechanism ? A critical evaluation », *International trade law & Regulation* 2021, vol. 27 (3), p. 207-220.

IV/ NOTES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

ALLAND (D.) et FLEURY GRAFF (T.), note sous Commisimpex, *Rev. crit. DIP* 2016.3.

ALLAND (D.), note sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *Rev.crit. DIP* 2018.315.

M-E. ANCEL (M-E), BAKER CHISS (C.), LAAZOUZI (M.) et MAILHE (F.), « Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris : chronique de jurisprudence », *JCP E* 2022, n° 27, p. 1241

ARNALDEZ (J-J) et MEZGHANI (A.), note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté], Rev. arb*. 2015.85.

AUDIT (M.), « Arbitrage d'investissement - La qualification par la Cour de justice d'aide d'État prohibée de l'exécution d'une sentence arbitrale d'investissement », sous CJUE, gde ch., 25 janv. 2022, aff. C-638/19 P, *Comm. c/ European Food e.a*, *JDI* 2022, n° 3, comm. 18

AUDIT (M.), « Extension de la solution de l'arrêt Achmea à l'arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur la Charte de l'énergie », *JDI* 2022, n° 1, comm. 7

AYNES (L.), note sous Cass. com. 5 mars 1991, n° 89-19.940, *Rev. arb.* 1992.

AYNES (L.), note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Bompard, n° 11-17.196, *Cah. arb*. 1er juin 2014.299.

AZIBERT (M.) et DE BOISDEFFRE (M.), chron. sous CE, 3 avril 1987, *AJ* 1987.700.

BANIFATEMI (Y.) et SHELBAYA (M.), « Silver Ridge : vers un test plus précis du standard de traitement juste et équitable et son interaction avec le pouvoir réglementaire », *JDI* 2022, n° 1, chron. 2.

BARBA (M.) et NOURISSAT (C.), « Mon maître et mon vainqueur… - Neutralisation de la clause d'arbitrage du TCE pour les litiges opposant un investisseur d'un État membre à un autre État membre », *JCP G* 2021, n° 41, act. 1066.

BELORGUEY (J-M.), GERVASONI (S.) et LAMBERT (C.), chron. sous CJUE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *AJDA* 2003.2146.

BISCHOFF (J-M.), note sous Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodiff*, n° 82-12.462, *Rev. crit. DIP* 1984.644.

BONNEVILLE (P.), BROUSSY (E.), CASSAGNABERE (H.) et GÄNSER (C.), chron. sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, *AJDA* 2018.1026.

BOUREL (P.), note sous Cass. civ. 11 février 1969, *Rev. crit. DIP* 1970.98

BOUREL (P.), note sous Cass. civ. 2 novembre 1971, *République démocratique du Vietnam*, *Rev.crit. DIP* 1972.310.

BOUREL (P.), note sous CA Paris, *Benvenuti et Bonfant c. République Populaire du Congo*, 26 juin 1981, *Rev. crit. DIP* 1982.379.

BRONDEL (S.), obs. sous CE, 14 octobre 2011, n° 32-9788, *D*. 21 octobre 2011.

BURCHARDT (D.), « Blacklash against the Court of Justice of the EU ? The recent jurisprudence of the German Constitutionnal Court on EU Fundamental rights as a standard of review », *German L.J.* 2020, vol. 21, p. 1.

BUREAU (D.), note sous Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Rev. crit. DIP* 1999.546.

CAZALA (J.), note sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, « L'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne du système d'arbitrage investisseur-État contenu dans un traité bilatéral d'investissement intra-UE », *RTD eur*. 2019.

CAZALA (J.), note sous *Michael Ballantine et Lisa Ballantine c. la République dominicaine*, Affaire CPA 3 septembre 2019, n° 2016-17, *RGDI* 2019.999.

CAZALA (J.), note sous CA Paris, 23 mars 2021, n° 18/05756, *Etat de Libye c. DS Construction FZCO*, § 94, *RGDIP* 2021.669-680.

CHAUX (C.), note sous Cass. civ. 1re, 3 novembre 2021, n° 19-25.404, *Rev. crit. DIP* 2022.531, « Immunité d'exécution : revirement de la jurisprudence Eurodif »

CHAVRIER (H.), LEGAL (H.) et DE BERGUES (G.), chron. sous aff. C-189/97, *AJDA* 1999.798.

CHEVALIER (P.), avis sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *D.* 2014.1981.

CHEVALIER (P.), étude sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *Just. & cass*. 2015.115.

CLAVEL (S.) et JAULT-SESEKE (F.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D*. 2018.966.

CLAY (T.), obs. sous Cass. civ. 1re, 6 octobre 2010, *Abela*, *D*. 2008.

CLAY (T.), obs. sous CA Colmar 8 février 2011, RG n° 10/06080, *D*. 2011 Pan.3023.

CLAY (T.), obs. sous Cass. civ. 1re, 29 juin 2011, n° 09-17.346, *D*. 2011. Pan. 3023.

CLAY (T.), note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Bompard, n° 11-17.196, *D*. 2014.

CLAY (T.), note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté, D*. 2014.2541.

CLAY (T.), obs. sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *JCP* 2014.1278.

CLAY (T.), note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », *Cah. arb.* 2014-3, p. 547.

CLAY (T.), obs. sous Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *D.* 2015.2588.

CLAY (T.), obs. sous Cass.civ. 1re, 28 mai 2015, n° 14-14.421, *D.* 2015. Pan. 2588.

CLAY (T.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D.* 2018.2448.

CROISANT (G.) et TATON (X.), « L'affaire 'Micula' : quand le droit européen (des aides d'Etat) rencontre la protection internationale des investissements », *Journal de droit européen* 2020, p. 2.

CROISANT (G.), « Arrêt 'Commission c. European Food (Micula)' : droit des aides d'Etat, arbitrage d'investissement et renvoi devant le Tribunal de l'Union européenne », *Journal de droit européen* 2022, p. 111-114.

DASHWOOD (A.), « Article 26 ECT and intra-EU disputes – the case against an expansive reading of Achmea », *E.L.Rev.* 2021, vol. 46 (4), p. 415-434.

DASHWOOD (A.), « Republic of Moldova v. Komstroy LCC : arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by obiter dictum », *E.L.Rev.* 2022, vol. 47(1), p. 127-140.

D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), obs. sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ.* I, n° 62 et 63, *D.* 2013.2293.

D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), obs. sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *D.* 2014.1967.

D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), note sous Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *D.* 2015.2031.

D'AVOUT (L.) et BOLLEE (S.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D.* 2018.1934.

DELAUME (G.), note sous l'affaire Plateau des Pyramides, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable», *Rev. arb.* 1994, n° 1, spéc. p. 40, note 3.

DELPECH (X.), obs. sous Cass. civ. 1re, 13 mars 2007, *D.* 2007.949.

DELPECH (X.), note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, *Bompard*, n° 11-17.196, *D.* 2014.219.

DE NANTEUIL (A.), « Annulment of an ICSID award for non-disclosure of a conflict of interest : towards a moralisation of investment arbitration », *IBLJ* 2021, vol. 1, p. 117-122.

DE NANTEUIL (A.), « Confirmation of the incompatibility of arbitration on the basis of the Energy Charter Treaty with EU Law », *IBLJ* 2021, vol. 6, p. 811-817.

DEVILLENEUVE (L.M.), note sous Cass. civ., 10 juillet 1843, *Cie L'Alliance c. Prunier*. *S.*1843.1, p. 561.

DONNIER (J-B.), note sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *JCP G* 2021. 832.

DONTENWILLE (H.), concl. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 1990, n° 88-15.744, *Bull. civ*. 1990, n°12, *Petites affiches* 1991, vol. II, p. 21640.

DURANTON (M.), obs. sous Ass. plén. 21 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992.70.

FARNOUX (E.), obs. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *D*. 2021, p. 1834.

FLAUSS (J-F.), chron. sous CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, *AJDA* 1995.124;

FOUCHARD (PH.), note sous Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Rev. arb*. 1999.260.

FOUCHARD (PH.), note sous CA Paris, 12 octobre 1995, *Raoul Duval*, *Rev. arb*. 1999.324.

FRANSESCAKIS (PH.), note sous Cass. civ. 1re, 17 juin 1958, *Rev. crit. DIP* 1958.704.

FRANSESCAKIS (PH.), note sous CIJ, *Barcelona Traction*, *Rev. crit. DIP* 1970.609.

GAILLARD (E.), note sous Cass. civ. 1re, 21 mai 1997, *Rev. arb*. 1997.537.

GAILLARD (E.), « L'affaire *Achmea* ou les conflits de logiques (CJUE 6 mars 2018, aff. C-284/16) », *Rev. crit. DIP* 2018/3, n° 3, p. 616-630.

GALLMEISTER (I.), obs. sous Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17.751, *D*. 2015.1936.

GAUDEMET-TALLON (H.), note sous TGI Nanterre, 15 décembre 2011, *Rev. crit. DIP* 2012.124.

GOLDMAN (B.), note sous Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis, Rev. crit. DIP* 1967.553.

GOLDMAN (B.), note sous l'affaire Plateau de pyramides, CA Paris, 12 juillet 1984, *Egypte c. SPP, JDI* 1985.129.

GOLDMAN (B.), note sous Cour de Cassation, 6 janvier 1987, *JDI* 1987, p. 638.

HAFTEL (B.), note sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494 *D*. 2018.541.

HARDY (B.), « Arrêt 'République de Moldavie c. Komstroy' : quelle protection pour les investissements dans le secteur de l'énergie en Europe ? », *Journal de droit européen* 2022, p. 16-21.

HENRY (M.), note sous CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb*. 2005, n° 3, p. 720-736.

HENRY (M.), note sous Cour Suprême de Suède, 19 décembre 2007, « Portée du devoir d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *LPA*, 3 octobre 2008, n° 199.

HENRY (M.), note sous CA Paris, 9 septembre 2010, « Le devoir de révélation dans la jurisprudence récente : de la rigueur à l'excès », *LPA*, 21 février 2011, p. 6.

HENRY (M.), note sous CA Paris, 10 mars 2011, *Tesco c. Neoelectra*, n° 09/28540, « Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs », *Cah. arb.* 2011-3, p. 787.

HENRY (M.), obs. sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté], LPA* 2014, n° 215, p. 5.

HEPBURN (J.), note sous sent. *Urbaser, Investment Arbitration Reporter*, 12 janvier 2017.

HEPBURN (J.), note sous sent. CIRDI, 30 novembre 2017, *Beer Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, aff. n° ARB/14/21, 30 novembre 2017, *Investment Arbitration Reporter*, 4 décembre 2017.

HESS (B.), note sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, « The Fate of Investment Dispute Resolution after the Achmea Decision of the European Court of Justice », *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, mars 2018.

HEYMANN (J.), « De nouveaux rapports tumultueux entre le droit de l'Union et l'arbitrage . - L'impérialisme revendiqué du règlement dit « Bruxelles I », *JCP G* 2022, n° 35, act. 972 ;

HUBAC (S.), concl. sous CE ; 3 avril 1987, *AJ* 1987.534.

IDOT (L.), « Règlement « Bruxelles I » - Décisions inconciliables et arbitrage », *Europe* 2022, n° 8-9, comm. 309.

IDOT (L.), « Aides d'État - Date d'octroi de l'aide et sentence arbitrale », *Europe* 2022, n° 3, comm. 84.

JAEGER (L.), note sous CA Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb*. 2004.369.

JOURDAN-MARQUES (J.), « Chronique d'arbitrage : l'art de l'esquive en matière de corruption », *D*. 2021.

JOURDAN-MARQUES (J.), « Chronique d'arbitrage : Après Komstroy, Londres rit et Paris pleure », *D*. 2021.

JOURDAN-MARQUES (J.), « Chronique d'arbitrage : la Cour de cassation crève l'abcès sur l'ordre public international », *D*. 2022.

JOURDAN-MARQUES (J.), « Chronique d'arbitrage : CJUE *versus* CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », *D*. 2022.

KAHN (PH.), note sous Cass. civ. 11 février 1969, *JDI* 1969.923.

KLEINER (C.), chron. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *RD bancaire et fin*. 2021, chron. 2, spéc. n° 33.

LAAZOUZI (M.), note sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *JCP* 2018, p. 295.

LAGARDE (P.), note sous l'affaire *CCRMA*, Cass. civ. 1re 30 mars 1971, *Rev. crit. DIP* 1971.451.

LAGARDE (P.), note sous Cass. com. 19 mars 1979, *Rev. crit. DIP*. 1981.584.

LAGARDE (P.), note sous Cass. civ. 1re, 11 juin 1991, *Soabi c. Sénégal*, *Rev. crit. DIP* 1992.331.

LAURIN (Y.), note sous CA Paris, 21 juin et 6 juillet 1988, *Gaz. Pal*. 1988, p. 700.

LAUVERGNAT (L.), note sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*; *Gaz. Pal*. 2021, n° 424u7, p. 70.

LE BARS (B.), note sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *D.*2014.1986.

LEBORGNE (A.), note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *D.* 2013.1574.

LEBORGNE (A.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D.* 2018.1223.

LEBOULANGER (PH.), note sous l'affaire Plateau des Pyramides, « État, politique et arbitrage — L'affaire du plateau des Pyramides », *Rev. arb.* 1986.75.

LEBOULANGER (P.), note sous Cass. civ. 1re, 6 janvier 1987, *Rev. arb.* 1987.469.

LEMARIE (C.), note sous High Court [2016] *EWHC* 422 (Comm.), « Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international devant le juge anglais : décision de la High Court of Justice, W Limited v M Sdn Ghb », Cah. arb. 2016, n° 4, p. 961.

LEMAIRE (S.), note sous Tribunal CIRDI, 4 août 2011, Abaclat et a. c. Argentine : acquisition de titres d'Etat et action de masse, Rev. arb. 2013, n°2.

LEMAIRE (S.), note sous Arbitrage CIRDI. Affaire Ioan Micula et autres c/ Roumanie, CIRDI, ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, Rev. arb. 2013, n°2, p. 455-466.

LEMAIRE (S.), chron. sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Rev. arb*. 2018.4024.

LEVEL (P.), note sous Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, *JDI* 1966, p. 648.

LEVY (L.) et STUCKI (B.), note sous Tribunal arbitral Suisse, 16 octobre 2003, *X Société Anonyme Libanaise, Y Société Anonyme Libanaise*, *Rev. arb*. 2004.695.

LOQUIN (E.), note sous Cass. com. 13 avril 1972, *Ury*, *Rev. arb*. 1975.235.

LOQUIN (E.), obs. sous Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *RTD com*. 1999.380.

LOQUIN (E.), note sous CA Paris, 22 janvier 2004, *Société National Company for Fishing and Marketing Nafimco c. Société Foster Wheeler Trading Company AG*, *Rev. arb.* 2004.657-664.

LOQUIN (E.), note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Bompard, n° 11-17.196 et *JCP G* 2014.255.

LOUSSOUARN (Y.), note sous Trib. des conflits, 23 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960.180.

LOUSSOUARN (Y.), note sous CA Paris, 17 mai 1967, *JDI* 1967.874.

LOUSSOUARN (Y.), note sous CA Paris, 17 mai 1969, *JDI* 1967.874.

MANCIAUX (S.), comm. sous CA Paris, 25 mai 2021, n° 18/27648, *Etat de Libye c. Insaat Sanayi Ve Ticaret*, « Arbitrage international – Prise en compte des spécificités de l'arbitrage d'investissement par le juge de l'annulation : des marges de progrès demeurent », *JDI* 2022, n° 1, p. 4.

MARGUENAUD (J-P.), obs. sous CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, *RDT civ*. 1996.1017.

MARTEL (D.), note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *D*. 2013.1728.

MARTIN (D.R.) et SYNVET (H.), note sous CA Versailles, 7 janvier 2010, *D*. 2010.1043.

MATHEY (N.), obs. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *LEDB* 2021, n° 200e3, p. 7.

MAYER (P.), note sous CA Paris, 21 avril 1982, *Eurodif*, *Rev. crit. DIP* 1983.101 et spéc. p. 108.

MAYER (P.), note sous Cass. civ. 1re, 18 novembre 1986, *Rev. crit. DIP* 1987.786.

MELIN (F.), note sous Cass. civ. 1re, 3 novembre 2021, n° 19-25.404 ; *D*. 2021, « Immunité des États étrangers : abandon de la jurisprudence Eurodif ».

MOREL-MAROGER (J.), note sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *Banque et droit* 2021, n° 198, p. 54.

MUIR WATT (H.), note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *Rev. crit. DIP* 2013.671.

MUIR WATT (H.), note sous Cass. civ. 1re, 13 mai 2015, n° 13-17.751 ; *Rev. crit. DIP* 2015.652.

NIBOYET (J-P.), note sous Cass. req. 19 février 1929, *S.* 1930.I.49.

NOURISSAT (C.), obs. sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté]*, *JCP* 2014. 977, § 9.

NOURISSAT (C.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *JCP* 2018, p. 157, n° 9.

NOUVEL (Y.), note sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, *JDI* 2018.903.

OPPETIT (B.), note sous CA Paris, 17 mai 1967, *JCP* 1968. II. 15427.

OPPETIT (B.), note sous Cass. civ. 1re 30 mars 1971, « la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social », *Petites affiches* 1972, vol. II, p. 17140 et s.

OPPETIT (B.), note sous TGI Paris, 12 septembre 1978, *Procureur de la République c. SA Ipitrade International*, *JDI* 1979.857.

OPPETIT (B.), note sous TGI Paris, ord. réf., 5 mars 1979, *Procureur de la République c. Sté Liamco*, *JDI* 1979.857, 2e espèce.

OPPETIT (B.), note sous TGI Paris, 13 janvier 1981, *Benvenuti c. Congo*, *JDI* 1981.365 et s.

OPPETIT (B.), note sous CA Paris, *Benvenuti et Bonfant c. République Populaire du Congo*, 26 juin 1981, *Rev. arb.* 1982.207.

OPPETIT (B.), note sous Cass. civ. 1re, 14 mars 1984, *Eurodiff*, n° 82-12.462, *JDI* 1984.598.

ORTSCHEIDT (J.), note sous Cass. civ. 1re, 15 janvier 2014, Bompard, n° 11-17.196, *JCP E* 2014.1430.

PAYAN (G.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *D*. 2018.

PERROT (R.), obs. sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *RTD civ*. 2013.437.

PIEDELIEVRE (S.), com. sous Cass. civ. 1re, 3 février 2021, n° 19-10.669, *RD bancaire et fin.* 2021, n° 2, comm. 35, « Immunité d'exécution - Mission diplomatique et immunité d'exécution ».

PIEDELIEVRE (S.), obs. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *RD bancaire et fin*. 2021, comm. 112.

PINNA (A.), note sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, « The Incompatibility of Intra-EU BITs with European Union law », *Cah. arb*. 2018.73.

PINSOLLE (P.) et MICHOU (I.), note sous l'arrêt Achmea, « Arbitrage : L'arrêt *Achmea* la fin des traités d'investissement intra-UE ? », *Dalloz actualité*, 7 mars 2018.

RADICATI DI BROZOLO (L.G.), note sous l'arrêt Thales, « L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005.535.

REBOUL (Y.), note sous CA Paris, 15e Ch. 19 mars 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 245, p. 759.

REMY (B.), « CIRDI - Chronique des sentences arbitrales », *JDI* 2021.1, chron. 2. 4.

REMY (B.), « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *Cahiers de l'arbitrage* 2022, n° 1, p. 79.

ROBERT (J.), note sous Cass. civ. 1re, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, *D.* 1966.575.

RUZIE (D.), note sous CE. 10 juillet 1970, *Synacomex*, Rec., p. 477, *JCP* 1971. II. 1670.

SAMIN (T.) et TORCK (S.), comm. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent*, *RD bancaire et fin* 2021, n° 6, comm. 148.

SANDROCK (O.), note sous Tribunal arbitral Suisse, 16 octobre 2003, *X Société Anonyme Libanaise, Y Société Anonyme Libanaise*, BGE 129.III.727, *SchiedsVZ* 2005 Heft 1, p. 3.

SAUGMANDSGAARD OE (H.) et SABOURET (P.), « Transition verte : les investissements intra-UE après l'arrêt Komstroy (C-741/19) – Quel avenir pour le TCE ? », *L'Observateur de Bruxelles* 2022/1, n° 127, p. 45.

SAVATIER (R.), note sous Cass. req. 19 février 1929, *DP* 1929.1.172.

SERAGLINI (CH.), obs sous Cass. civ. 1re, 25 juin 2014, n° 11-26.529, *Tecnimont SPA (Sté) c. J&P Avax [Sté], JCP* 2014.857, § 4.

SIMON (D.), note sous CJUE 6 mars 2018, *République slovaque c. Achmea BV*, aff. C-284/16, « L'arbitrage en matière d'investissement remis en cause par la Cour de justice ? À propos de l'arrêt du 6 mars 2018, Achmea », *Europe*, n° 5, 2018, p. 5-9.

SYNVET (H.), comm. sous Cass. civ. 1re, 12 mai 2021, n° 19-13.853, *Sté Commisimpex c/ Agent , D*. 2021. Pan., p. 1890.

THERY (P.), obs. sous Cass. civ. 1re, 2 octobre 2019, n° 19-10.669, *RTD civ*. 2019.927.

TRAIN (F-X.), note sous CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 26 février 2013, n° 12/12953, *Rev. arb*. 2013.746.

TRANCHANT (B.), note sous Cass. civ. 1re, 5 mars 2014, n° 12-22.406, *Rev. crit. DIP* 2015.302.

USUNIER (L.), note sous Cass. civ. 1re, 28 mars 2013, n° 10-25.938 et n° 11-10.450, *Bull. civ*. I, n° 62 et 63, *RTD civ*. 2014.319.

USUNIER (L.) et DEUMIER (P.), obs. sous Cass. civ. 1re, 10 janvier 2018, n° 16-22.494, *RTD civ*. 2018.353.

WECKEL (PH.), chron. sous *Thon à Nageoire bleue du Pacifique Sud, Australie et Nouvelle-Zélande c/ Japon*, « Chronique de jurisprudence internationale », *RGDIP* 2000.1037.

ZENATI (F.), obs. sous CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87, *RDT civ*. 1995.652.

INDEX (Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

Abus de droit : 247, 249, 250.

Abus de procédure : 247, 250, 251.

Achmea : 168, 169, 176, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 203, 208, 209, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 226, 227, 231, 232, 233, 235, 238, 239, 241, 315, 361, 363, 544.

Accord portant extinction des TBI intra-UE : 190, 232, 235, 238, 239, 240, 241, 245.

Actionnaires : 43, 46, 54, 63, 64, 65.

ADC : 547.

AECG : 312, 314.

Aide d'Etat : 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 210, 211.

ALENA : 123, 127, 128, 349, 375, 384, 454, 510, 537, 625.

Amicus curiae : 257, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 549, 550, 551, 618.

Arbitrage CCI : 325, 569.

Arbitrage CIRDI : 25, 72, 74, 75, 239, 547, 557, 568.

Arbitrage commercial : 71, 131, 199, 200, 232, 234, 235, 236, 237, 324, 336, 337, 338, 342, 556.

Arbitrage forcé : 78, 79.

Attentes légitimes : 201, 383, 386, 387, 388, 390, 391, 392, 395, 618.

Autonomie de la volonté : 34, 199, 200, 235, 350.

Autonomie du droit de l'Union européenne : 180, 181, 183, 212, 226, 241, 304, 305, 310, 468.

-C-

Champerty : 57, 100.

Charte de la Havane : 67, 375.

Chilling effect : 443, 447, 454, 468, 619.

Clauses : - attributive de juridiction : 86.

- compromissoire (convention d'arbitrage) : 13, 74, 75, 76, 91, 110, 168, 229, 234, 235, 237, 319, 496, 497, 547, 567, 568, 569.

- de déni des avantages : 251.

- de la nation la plus favorisée : 198, 213, 328, 364 à 376, 618.

- de légalité : 461, 462, 463, 464, 465, 619.

- de stabilisation : 198, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 465, 619.

- de survie : 188, 191, 238, 347.

- fork-in-the-road : 97, 614.

- parapluie (« umbrella clause) : 92.

- U-turn : 93.

CNUDCI/UNCITRAL : 102, 104, 105, 106, 108, 117, 140, 146, 147, 148, 149, 151, 154, 155, 156, 158, 159, 277, 285, 286, 289, 300, 334, 351, 356, 361, 474,476, 496, 531, 547, 615, 620/

Code de conduite : 140, 146, 147, 149, 151, 152, 153, 157, 158, 160, 506.

Comité mixte CETA : 280, 293, 295, 297.

Compromis d'arbitrage : 10, 74, 75, 342.

Compte bancaire : 560, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 588, 589, 590, 591, 593, 604.

Conception objective de l'investissement : 18, 19, 20, 21.

Conception subjective de l'investissement : 22, 23.

Confiance mutuelle : 169, 171, 183, 184, 185,187, 212, 226, 362.

Confidentialité : 127, 130, 140, 152, 167, 353, 529, 530, 615.

Consentement : 10, 17, 62, 70, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 97, 127, 129, 190, 192, 208, 231, 236, 259, 350, 496, 497, 512, 514, 547, 568, 614

Contract claim : 91, 96, 97.

Contrat d'arbitre : 119, 121, 615.

Contrat d'Etat : 13, 200, 337.

Contrat d'investissement : 197, 456, 514, 547.

Contre-mesures (counterclaims ou demandes reconventionnelles) : 424, 433, 487, 492, 495, 496, 497, 498, 502.

Convention : - Convention européenne des droits de l'homme : 180, 187, 312, 412, 435, 436, 458, 489, 559, 577, 578, 589.

- de la Haye : 77, 187, 335.

- de Maurice : 127, 282.

- New-York : 194, 208, 285, 286, 324, 558, 568, 570, 594, 611.

- Vienne sur le droit des traités : 81, 170, 173, 175, 190, 194, 215, 236, 238, 331, 368, 475, 487, 589, 591.

- Washington/CIRDI : 15, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 28, 33, 44, 46, 58, 61, 62, 70, 82, 84, 85, 88, 97, 105, 112, 118, 129, 135, 138, 145, 151, 171, 206, 209, 231, 239, 248, 255, 257, 285, 286, 322, 323, 324, 326, 329, 330, 331, 332, 350, 353, 355, 415, 433, 438, 443, 444, 449, 472, 486, 487, 496, 523, 526, 528, 532, 547, 552, 557, 558, 561, 567, 570, 611, 612.

Cooling-off period : 87, 88.

CNUCED : 28, 128, 372, 380, 429, 440, 448, 486, 534.

-D-

Discounted-cash-flow : 404.

Déontologie : 141, 142, 153.

Disqualification : 116, 118, 135, 136, 145, 538.

Diversité des arbitres : 286, 287, 299, 300, 301, 303, 328, 454.

Double assignation : 95, 97, 614.

Double nationalité : 26, 27, 28, 29, 30.

Droit coutumier : 343, 377, 586.

Droit d'action : 10, 11, 89, 90, 285, 383, 491, 492, 493, 579, 614.

Droits humains : 59, 169, 174, 176, 274, 442, 446, 453, 471, 472, 474, 475, 476, 477, 478, 482, 487, 488, 489, 502, 504, 507, 514, 517, 549, 551, 578, 620.

-E-

Effet unique (« sole effects ») : 401.

Equitable estoppel : 613, 621.

Etat de nécessité : 221, 436, 437, 438, 439.

Ethique : 122, 132, 140, 141, 146, 149, 153, 487, 615.

Exécution forcée : 560, 571, 574, 575, 576, 581, 590, 600.

Exequatur : 194, 195, 243, 496, 497, 561, 569, 574.

Expropriation : - directe : 401, 413, 414, 415, 418, 419.

- illicite : 398, 405, 418.

- indirecte : 239, 401, 406, 413, 414, 415, 416, 417, 428, 419, 454, 488.

- licite : 398.

-F-

Fair market value : 405.

Fonds d'investissement : 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 44, 56, 57, 99, 576, 609.

Fonds monétaire international : 15, 319, 611.

-G-

Groupe de sociétés : 42, 594.

-I-

Immunité : - d'exécution : 195, 557, 558, 559, 560, 562, 563, 546, 565, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 578, 582, 584, 585, 586, 587, 588, 581, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 598, 606, 610, 612, 613, 621 .

- de juridiction : 245, 567, 570, 571, 572, 585.

Impartialité : 112, 113, 114, 117, 118, 121, 122, 123, 126, 132, 133, 135, 134, 136, 137, 138, 139, 145, 151, 152, 158, 159, 162, 164, 166, 187, 292, 295, 298, 299, 615.

Impécuniosité : 99, 108, 109, 110, 111, 548.

Imperium : 557, 621.

Inarbitrabilité : 194.

Incorporation (théorie) : 45, 46, 60, 251, 253.

Indépendance : 12, 43, 94, 112, 113, 114, 116, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 145, 146, 151, 152, 156, 158, 159, 162, 164, 166, 184, 185, 187, 246, 282, 294, 295, 299, 301, 318, 361, 399, 438, 466, 470, 538, 541, 603, 615.

Intelligence artificielle : 161, 162, 163, 164, 165, 167, 615.

Interprétation du droit de l'Union européenne : 170, 171, 172, 174, 199, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 244, 271, 272, 313, 316.

Investissement direct à l'étranger : 15, 258, 400.

Investissement en portefeuille : 15.

-K-

Komstroy : 218 à 231, 236.

-L-

Liberté/droit/pouvoir de réguler, de réglementer, de légiférer : 64, 178, 389, 392, 415, 443, 447, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 457, 460, 466, 467, 468, 469, 470, 491, 524, 525, 619, 623.

Loi Sapin II : 55, 56, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 583, 588, 591, 609, 621.

-M-

Médiation : 87, 142, 245, 298, 351, 352, 353, 354, 355, 356.

Mesures provisoires : 552, 554, 555, 556, 557, 621.

Micula/European Food : 201, 202, 208, 209, 210, 211, 257, 542.

MIGA : 607.

- N-

Nationalisation : 66, 92, 250, 396, 399, 421, 443, 455, 607.

Nationalité : - personnes morales : 32 à 46.

- personnes physiques : 25 à 30.

Nationality planning : 46, 250, 251.

-O-

OCDE : 3, 55, 107, 279, 299, 441, 471, 507, 576.

Offre publique d'arbitrage : 47, 54, 65, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 85, 86, 87, 90, 109, 110, 186, 194, 199, 200, 215, 232, 236, 361, 366, 495, 567, 570, 614.

Opinion : -Opinion dissidente : 60, 131, 176, 488, 490.

- Opinion (avis) CJUE : - Opinion 1/17 : 294, 309, 312, 313, 315, 468.

- Opinion 2/13 : 180, 310, 311, 312, 315.

- Opinion 1/76 : 307.

- Opinion 1/91 : 305.

- Opinion 1/09 : 306.

Ordre public : 107, 114, 136, 192, 195, 237, 243, 324, 357, 472, 561.

Organisation des nations-Unies : 127, 515.

Organisation mondiale du commerce : 267, 281, 302, 339, 494, 620.

-p-

Permanence/et non-permanence : 45, 132, 133, 135, 281, 284, 288, 289, 361, 615.

Personnalité juridique internationale : 4, 5, 14, 69.

Police powers (pouvoir de police) : 435, 441, 442.

Préjudice moral : 421, 422, 423, 424, 425, 426, 428, 618.

Principe de compétence-compétence : 110, 223, 228.

Principe de précaution : 472, 483, 484, 485, 515, 517.

Procédure préalable CCI : 325.

Protection diplomatique : 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 26, 30, 36, 68, 434, 566, 612.

Publicité : 157, 13, 529, 531, 615.

-Q-

Question préjudicielle : 192, 223, 226, 233, 307, 358, 359, 360, 361, 363.

-R-

Recours : - en annulation : 88, 145, 168, 195, 224, 232, 321, 322, 336, 359.

- en interprétation : 326.

- en révision : 326.

Récusation : 112, 116, 168, 158, 298, 536.

Renonciation (immunité d'exécution/immunité de juridiction) : 560, 562 à 572, 582, 584, 585, 586, 588, 589, 598, 621.

Réputation : 130, 133, 140, 150, 413, 421, 424, 425, 429, 430, 431, 432, 475, 532, 566, 576, 598, 615.

Responsabilité sociale des entreprises : 482, 486, 487, 489, 491, 493, 495, 496, 498, 501, 502, 503, 504, 505, 507, 508, 514, 516, 518, 620.

Restitution : 100, 426, 442, 443, 444, 445.

Révélation (devoir) : 104, 105, 121, 134, 13, 6, 137, 138, 139, 140, 144, 145, 149, 10, 151, 152, 157, 160.

-S-,

Salini : 19, 20, 21, 22, 24.

Satisfaction (forme de la réparation) : 426, 427, 428.

Secret : 67, 530, 591, 604.

Sedelmayer : 594, 595, 596, 597, 611.

Siège de l'arbitrage : 133, 151, 168, 219, 223, 224, 225, 230, 236, 243, 245, 357.

Siège social : 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 60, 246, 253.

Siège social réel : 40, 41, 42.

Siège social statutaire : 38, 42.

Soft law : 145, 146, 149, 487, 506.

Stabilité juridique : 387, 389.

Stare decisis/règle du précédent : 22, 167, 334, 338, 339, 343, 344, 345, 393.

Stipulation pour autrui : 76.

Subject matter : 173, 176.

Sursis à statuer : 94, 95.

Système juridictionnel d'investissement : 168, 179, 183, 185, 186, 187, 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 292, 293, 296, 298, 303, 304, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 329, 330, 332, 341, 343, 345, 355, 360, 363, 617, 625.

-T-

Théorie de la fiction : 35.

Théorie de la réalité : 35, 36.

Théorie des mains propres (clean-hands) : 6, 440, 441.

Tiers financeurs : 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 444.

Tiers saisi : 599, 600, 601, 602, 603, 604, 606.

Traités : - CETA : 21, 28, 31, 92, 123, 152, 153, 251, 264, 272, 274, 275, 276, 278, 280, 283, 284, 285, 287, 289, 290, 291, 293, 295, 297, 298, 303, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 341, 347, 363, 374, 381, 383, 384, 385, 387, 405, 434, 466, 468, 469, 483, 485, 511, 514, 517, 518, 617.

- Lisbonne : 218, 241, 256, 261, 264, 543.

- TTIP : 123, 154, 270, 271, 273, 371.

- Traité sur la charte de l'énergie : 63, 67, 138, 196, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 230, 339, 405, 531, 616.

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : 170, 173, 175, 176, 177, 179, 181, 201, 203, 205, 209, 211, 219, 234, 257, 273, 304, 313, 361.

- Traité sur l'Union européenne : 169, 185, 217, 230, 234, 235, 310.

Traitement juste et équitable : 170, 173, 175, 198, 201, 202, 213, 264, 285, 328, 349, 365, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 390, 391, 392, 394, 395, 421, 437, 618.

Transparence : 104, 127, 128, 130, 131, 138, 140, 154, 155, 160, 300, 380, 384, 389, 473, 523, 526, 527, 529, 544, 549, 615, 618, 622.

Treaty claim : 91, 96, 97.

Treaty shopping : 249, 250, 252, 370.

Tribunal CETA : 283, 285, 292, 294, 295, 299, 303, 310, 312, 313, 314, 315, 330, 345, 363, 384, 468.

-U-

Uniforme : 146, 149, 170, 177, 179, 180, 181, 182, 200, 224, 225, 328, 358, 376, 450, 544, 571.

Uniformité : 181, 182, 304, 308.

-V-

Vente des sentences arbitrales : 53, 609, 621.

Vices : - du consentement : 80, 81.

- de forme : 322, 325.

TABLE DES MATIERES (les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Liste des abréviations---------- -9

INTRODUCTION---------- 27

I/ Le mécanisme de la protection diplomatique, prédécesseur de l'arbitrage d'investissement----------30

A. L'omnipotence des Etats---------- 31

B. Une protection insuffisante ----------35

C. Une procédure devenue subsidiaire----------39

II/ L'arbitrage d'investissement, mode privilégié de règlement des litiges----------42

A. La compétence *ratione materiae*---------- 44

1) La notion d'investissement---------- 44

2) Querelles doctrinales et arbitrales---------- 47

a. La conception objective---------- 48

b. L'approche subjective----------50

B. La compétence *ratione personae* ---------- 53

1) La nationalité des personnes physiques---------- 54

a. Une nationalité fixée par la législation des Etats----------55

b. Double nationalité et changement du lieu de résidence---------- 56

2) La nationalité des personnes morales---------- 61

a. Personnes morales et nationalité, un lien ambigu---------- 62

b. Les critères de rattachement---------- 67

b.1. Le siège social---------- 67

b.2. L'incorporation----------73

3) Les destinataires singuliers d'offres publiques d'arbitrage----------75

a. Les fonds d'investissement----------75

a.1. Définition----------75

a.2. Des créanciers légitimes à l'instance arbitrale----------78

a.3. Des actions arbitrales régulées par les droits nationaux----------81

b. Le cas particulier de l'actionnaire----------82

b.1. Le critère du contrôle----------83

b.2. L'actionnaire, un investisseur incontestable----------87

PROBLEMATIQUE----------90

PARTIE I : LE REJET DE L'INSTITUTION ET LA VOLONTE DE RENOUVELLEMENT----------96

Chapitre I : Les attaques excessives de l'aspect procédural de l'arbitrage d'investissement----------97

Section I : Les diatribes injustifiées à l'accès à l'instance arbitrale----------98

Sous-Section I : Une inégalité d'accès à contester----------99

§1 : L'offre publique d'arbitrage, cristallisation des critiques----------100

1) Définition----------100

2) Les discrédits et remèdes----------104

a. Une réalité du consentement contestée, mais ostensible----------104

a.1. Un consentement authentique et libre----------105

a.2. La révocabilité du consentement----------109

b. Encadrement et perspectives----------112

b.1. Primauté aux clauses juridictionnelles----------113

b.2. Des offres conditionnées par l'épuisement des voies de recours internes----------114

§2 : Des droits procéduraux équipollents entre Etats et investisseurs étrangers----------116

1) Le monopole d'action de l'investisseur----------118

2) Des doubles assignations de l'Etat à relativiser----------120

a. «Contract claims » vs. « Treaty claims »----------120

b. Une double assignation évitable----------122

b.1. Les sursis à statuer----------122

b.2. La clause « fork-in-the-road » au soutien des Etats----------124

Sous-Section II : Une approche patrimoniale de l'accès procédural défavorable aux investisseurs----------128

§1 : L'investisseur face aux coûts de l'arbitrage----------128

1) Le recours fréquent aux tiers financeurs----------128

a. Un recours compréhensible----------129

b. Les difficultés engendrées----------132

2) L'aide procédurale appelée en soutien----------135

§2 : La nécessité de lutter contre les conséquences de l'impécuniosité----------138

Section II : Des récusations de probité injustes----------141

Sous-Section I : L'indépendance et l'impartialité des arbitres----------141

§1 : Des exigences fondamentales pour des arbitres responsables----------142

1) Définitions----------142

2) La disqualification de l'arbitre responsable----------145

§2 : Une instance transparente----------150

1) Des garanties de neutralité l'emportant sur celles de justices étatiques----------151

2) Les gages à la transparence----------153

a. La publicité des sentences----------154

b. Les opinions dissidentes----------157

c. Une transparence accrue par la non-permanence des arbitres----------158

Sous-Section II : Des efforts à entretenir----------162

§1 : Le renforcement des devoirs éthiques des arbitres----------162

1) De conséquentes obligations de révélation à la charge des arbitres----------162

a. Le principe de la révélation----------163

b. L'étendue du devoir de révélation----------166

2) Des Codes de conduite encore plus performants----------171

a. Vers une professionnalisation de la fonction d'arbitre----------173

b. Le Code de conduite conjoint institué par la CNUDCI et le CIRDI----------177

c. CETA et Code de conduite----------182

d. Limites du bien-fondé d'un Code de conduite contraignant et synthèse----------184

§2 : L'intelligence artificielle au soutien de la légitimité des sentences arbitrales----------189

Chapitre II : Union européenne et arbitrage, une lutte confirmée----------197

Section I : La fin annoncée de l'arbitrage d'investissement intra-européen----------199

Sous-Section I : L'arrêt Achmea et la saga Micula----------199

§1 : Un arrêt Achmea aux justifications éminemment contestables----------199

1) Les faits de l'arrêt----------200

2) Les arguments erronés de la CJUE----------201

a. Des TBI intra-UE sans objet, une identité de « subject matter » inexacte----------202

a.1. La protection équipollente des accords européens----------202

a.2. TBI intra-UE et droit de l'Union européenne, des « subject matters » éloignés----------204

b. La crainte d'une interprétation non-uniforme du droit de l'Union européenne----------210

b.1. Une inquiétude infondée----------210

b.2. Le monopole contestable de la CJUE----------213

c. Une fiabilité des juridictions des Etats membres à nuancer----------217

§2 : La suite de l'arrêt Achmea et la saga Micula----------223

1) Les raisons d'espérer après Achmea----------223

a. Les clauses de survie----------224

b. Le sursis des sentences CIRDI----------226

c. La relation contractuelle en substitut des traités d'investissement----------230

2) La compensation assimilée à une aide d'Etat----------233

a. Présentation de l'affaire Micula----------234

b. Une qualification d'aide d'Etat à contester----------237

c. Le sort de l'exécution de la sentence Micula----------239

Sous-Section II : La large portée donnée à la prohibition de l'arbitrage d'investissement----------243

§1 : La contagion aux arbitrages intra-UE dans le TCE et aux arbitrages *ad hoc*----------244

1) TCE et arbitrage, une remise en cause résonnante par la CJUE----------244

a. Les raisons primaires laissant présager d'une survie de l'arbitrage----------244

b. La condamnation de l'arbitrage intra-UE fondé sur le TCE----------248

b.1. Présentation de l'arrêt Komstroy----------248

b.2. Appréciation critique de l'arrêt----------254

2) La remise en question des arbitrages intra-UE *ad hoc*----------261

§2 : La fin annoncée de l'arbitrage intra-UE par l'accord portant extinction des TBI intra-UE de 2020----------267

1) Les problématiques posées par l'accord----------267

2) Vers une restructuration des investissements européens ?----------273

a. Le rôle des tribunaux arbitraux---------- 275

b. Les perspectives de condamnation du « treaty shopping »---------- 279

Section II : Le Système juridictionnel d'investissement, héritier dénaturé de l'arbitrage d'investissement---------- 285

Sous-Section I : La consécration d'une Cour multilatérale d'investissement---------- 286

§1 : Les prémices---------- 286

1) Le Traité de Lisbonne, source des confrontations entre l'Union européenne et l'arbitrage d'investissement---------- 287

2) La conclusion des accords d'investissement, entre compétences partagées et régime transitoire---------- 289

a. La répartition des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres---------- 289

b. Le régime transitoire du Règlement 1219/2012 et la question des responsabilités---------- 293

§2 : Une procédure d'arbitrage écartée dans le traité CETA---------- 297

1) Le rejet du TTIP et de sa clause d'arbitrage---------- 297

2) Le traité CETA---------- 299

Sous-Section II : Analyse critique du SJI---------- 305

§1 : Une mise en œuvre contestée---------- 305

1) Les inspirations---------- 306

2) Des incertitudes considérables---------- 309

a. Nature et désignation---------- 310

a.1. Tribunal judiciaire ou tribunal arbitral ?---------- 310

a.2. La désignation contestable des juges---------- 313

b. SJI et CJUE, lutte programmée---------- 325

b.1. La CJUE face aux Cours supranationales concurrentes---------- 325

b.2. L'Opinion relative au SJI, un trompe-l'œil---------- 328

b.3. Un échec attendu---------- 333

§2 : Les pistes procédurales occultées---------- 336

1) Proclamation d'un appel obligatoire dans l'arbitrage d'investissement---------- 337

a. L'appel, entre apparence et faux semblant---------- 339

a.1. Une procédure distincte d'autres recours---------- 339

a.2. L'appel dans le traité CETA, un phantasme---------- 344

b. Les doléances à combattre---------- 349

b.1. Des écueils à anticiper---------- 349

b.2. Les arguments en faveur d'une consécration---------- 351

2) Les alternatives annexes---------- 359

a. Des procédures préalables obligatoires---------- 360

a.1. L'exigence *a minima* d'un épuisement des voies de recours internes---------- 360

a.2. La médiation préalable---------- 363

b. L'alternative de la question préjudicielle ouverte aux tribunaux arbitraux---------- 367

PARTIE II : LA REFONTE SUBSTANTIELLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS, CONDITION A LA SURVIE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT---------- 381

Chapitre I : Une justice substantiellement orientée---------- 382

Section I : Les déséquilibres substantiels allégués---------- 383

Sous-Section I : Des clauses accusées de disparité---------- 383

§1 : La clause de la nation la plus favorisée---------- 384

1) Les origines et les contestations---------- 385

a. Les sources---------- 385

b. Une extension procédurale débattue----------386
2) Une clause légitime et relative----------389
§2 : La clause du traitement juste et équitable, socle des abus ?----------393
1) Une clause délicate à appréhender----------394
a. L'ascendance discutée du droit international coutumier----------400
b. La clause dans le traité CETA----------401
2) Une clause équitable et contrôlée----------404
a. Une clause équilibrée----------404
b. Un équilibre strictement vérifié----------406
Sous-Section II : Un déséquilibre prétendu dans la compensation----------414
§1 : Le droit à compensation, symbole des contestations----------414
1) Principe et régime----------418
a. Des intérêts lésés à réparer----------419
b. Le régime de la réparation----------426
b.1. Méthodes de fixation et calcul des intérêts----------427
b.2. Le rôle prépondérant des experts : vers trop de subjectivisme ?----------431
2) Les effets de la compensation----------432
a. Les conséquences sur les finances des Etats----------433
b. Le cas particulier de la compensation pour expropriation indirecte----------434
§2 : La place du préjudice moral----------440
1) Le préjudice moral de l'investisseur----------441
2) Le préjudice moral de l'Etat----------444
a. Une consécration attendue----------445
b. De discutables motifs à réparation----------449
b.1. L'atteinte à la réputation des Etats----------449

b.2. Une atteinte à relativiser----------450

§3 : L'équilibre substantiel dans le droit à compensation----------453

1) Le contrôle du droit à réparation----------453

2) Réduction ou substitut à la réparation pécuniaire----------457

a. Pour des exceptions plus affirmées au droit à compensation----------457

b. La restitution, alternative plausible ?----------463

Section II : Le chilling effect, répercussion aux déséquilibres substantiels allégués----------469

Sous-Section I : La crainte d'une atteinte au droit de réguler des Etats----------470

Sous-Section II : Une atteinte surestimée----------473

§1 : Le contrôle des arbitres----------474

§2 : Des clauses favorisant la généralité du droit de réguler----------478

a. Les clauses de stabilisation----------479

b. Les clauses extensives de légalité----------483

c. Le droit de réguler dans le traité CETA, une reconnaissance encore trop limitée----------485

Chapitre II : Une responsabilité sociale contraignante des investisseurs pour une meilleure exécution des sentences--------492

Section I : Les tentatives de responsabilisation des investisseurs----------493

Sous-Section I : L'aspiration d'investissements-citoyens par des investisseurs responsables----------493

§1 : La promotion d'investissements responsables----------495

1) Les initiatives enclenchées mais aux aboutissements décevants----------496

a. Le concept de l'investissement responsable----------496

b. Les initiatives----------500

c. Le principe de précaution au sein du Traité CETA----505
2) Les tentatives de responsabilisation des investisseurs par les arbitres----507
§2 : Pour une généralisation de la responsabilité sociale des investisseurs----514
1) Des demandes reconventionnelles efficientes en présence d'une RSE intégrée aux TBI----515
2) L'intégration de la RSE au sein des traités d'investissement----521
a. La renégociation des TBI et les TBI de nouvelle génération----522
a.1. De timides consécrations----523
a.2. Les complexités----526
b. Traité CETA et RSE, une relation d'évitement----533
Sous-Section II : Les efforts déjà consentis par le recours aux amici curiae----538
§1 : Présentation des « amis de la Cour »----540
1) Origines et définition----540
2) La reconnaissance des amici curiae dans l'arbitrage----543
§2 : Une consécration à entretenir----547
1) Une admission nuancée----548
2) Les freins à l'admission----552
a. Les impératifs de l'arbitrage mis à mal----552
b. Amicus curiae et procès inéquitable----555
c. Les abus de la Commission européenne----557
3) Des mérites évidents----560
a. Démocratisation de l'arbitrage d'investissement et prise en compte des intérêts publics----560
b. Contribution à des sentences arbitrales de meilleure qualité----564

Section II : Les immunités des Etats en réaction aux déséquilibres substantiels----570

Sous-Section I : Le pouvoir réduit des arbitres---------- 572

Sous-Section II : Les immunités d'exécution au soutien des Etats---------- 575

§1 : Le caractère inébranlable de l'immunité d'exécution des Etats---------- 576

1) Une protection souveraine, même restreinte---------- 577

a. Les immunités restreintes---------- 577

b. Des renonciations à l'immunité d'exécution exceptionnelles---------- 580

b.1. Hypothèses et moyens de renonciation---------- 580

b.2. Le cas des renonciations implicites---------- 584

2) La loi Sapin II et la préservation des intérêts des Etats---------- 590

a. Une loi défavorable aux droits des investisseurs---------- 590

b. Les désaveux---------- 593

§2 : Des ajustements nécessaires à l'immunité d'exécution des Etats---------- 596

1) Illustrations des difficultés d'exécution---------- 597

a. Le cas particulier des comptes bancaires---------- 597

a.1. En droit français---------- 598

a.2. En droit comparé---------- 605

b. Les maux concrets---------- 607

b.1. L'affaire Sedelmayer---------- 608

b.2. L'affaire Noga---------- 612

2) Les réformes envisageables au jeu de l'immunité d'exécution des Etats---------- 614

a. Le cas particulier du tiers saisi, une véritable opportunité ?---------- 615

b. Moyens et pistes de correctifs à l'immunité d'exécution---------- 619

b.1. Les mécanismes existants, mais insuffisants---------- 619

b.2. Les pistes---------- 623

PROPOSITIONS ET CONCLUSION GENERALE----------634

BIBLIOGRAPHIE----------644

Index----------738