

UNIVERSITÉ PARIS-EST CRÉTEIL

ÉCOLE DOCTORALE OMI

**Thèse de doctorat
Droit public**

ANAÏS IGLESIAS

**ÉTATS LATINO-AMÉRICAINS ET DROIT INTERNATIONAL DES
INVESTISSEMENTS**

Entre rejet et réorientation d'un régime

Thèse dirigée par Mme. Sylvie CIABRINI
Maîtresse de conférences à l'Université Paris-Est Créteil

Soutenue le 25 janvier 2024

Jury :

M. Pascal CHAIGNEAU
Professeur émérite de l'Université Paris Cité
Rapporteur

Mme. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG
Professeure émérite de l'Université Paris Saclay
Rapporteuse

Mme. Kamalia MEHTIYEVA
Professeure à l'Université Paris-Est Créteil

M. Fouad NOHRA
Maître de conférences à l'Université Paris Cité

Mme. Françoise VASSELIN
Maîtresse de conférences à l'Université Paris-Est Créteil

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à faire part de ma profonde gratitude envers ma directrice de thèse, la Professeure Sylvie Ciabrini, pour avoir supervisé mes travaux de recherche avec bienveillance et patience. Ses encouragements, sa disponibilité et la pertinence de ses conseils m'ont toujours été d'une grande aide.

Je remercie ensuite Catherine, Antonio, Anaïs et Mariana pour leurs conseils, leurs patientes relectures et leur précieuse compagnie lors de la finalisation de ce travail.

Je tiens également à remercier mes amies et amis, de Paris et de Troyes, pour leurs encouragements et leur confiance durant toutes ces années parcourues. Je remercie particulièrement Perrine, qui aura été une oreille attentive, pour son soutien constant.

Je remercie ma famille pour son soutien indéfectible, mes parents et ma sœur, qui ont accompagné chacun de mes pas jusqu'à cette soutenance. Je remercie également mes neveux, qui par leur question récurrente « quand est-ce que tu finis ton livre Tata ? », m'ont tendrement encouragée à maintenir le cap.

Enfin, je tiens à remercier mon compagnon, Thibault, pour son soutien inébranlable tout au long de ces années et pour m'avoir donné la force de mener jusqu'à son terme cette thèse.

LISTE DES SIGLES ET ABBRÉVIATIONS

I. ANNUAIRES, RECUEILS ET REVUES

A.C.D.I.	<i>Anuario Colombiano de Derecho Internacional</i>
A.J.I.L.	<i>American Journal of International Law</i>
A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.M.D.I.	<i>Anuario Mexicano de Derecho Internacional</i>
Ann. C.D.I.	Annuaire de la Commission du Droit International des Nations Unies
B.Y.I.L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
C.I.J. Rec.	Recueil des arrêts et avis consultatifs de la Cour internationale de Justice
C.P.J.I. Série A	Arrêts de la Cour permanente de Justice internationale
C.P.J.I. Série B	Avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale
C.P.J.I. Série A/B	Avis consultatifs et ordonnances (depuis 1931) de la Cour permanente de Justice Internationale
C.U.P.	<i>Cambridge University Press</i>
I.C.L.Q.	<i>The International and Comparative Law Quarterly</i>
ICSID Rev.-FILJ	<i>ICSID Review – Foreign Investment Law Journal</i>
I.I.S.D.	<i>The International Institute for Sustainable Development</i>
I.L.M.	<i>International Legal Materials</i>
J.D.I.	Journal du droit international (Clunet)
J.I.E.L.	<i>Journal of International Economic Law</i>
J.W.I.T.	<i>The Journal of World Investment & Trade</i>
O.U.P.	<i>Oxford University Press</i>
R.C.A.D.I.	Recueil de cours de l'Académie de droit international
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public
R.S.A.	Recueil des sentences arbitrales
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations unies
T.D.M.	<i>Transnational Dispute Management</i>
U.P.J.I.L.	<i>University of Pennsylvania Journal of International Law</i>

II. ORGANISATIONS INTERNATIONALES, JURIDICTIONS ET SIGLES DIVERS

A.G.N.U.	Assemblée Générale des Nations Unies
ALBA-TCP	Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique
C.C.I.	Chambre de commerce internationale
C.D.I.	Commission du Droit International des Nations Unies
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'Homme
C.E.P.A.L.	Commission Économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes

C.I.J.	Cour internationale de Justice
C.I.R.D.I.	Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement
C.J.U.E.	Cour de justice de l'Union européenne
C.N.U.C.E.D.	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
/ U.N.C.T.A.D	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
/ U.N.C.I.T.R.A.L.	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
C.P.A.	Cour permanente d'arbitrage
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale
G.A.T.T.	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
MERCOSUR	Marché commun du Sud
O.C.D.E.	Organisation de coopération et de développement économiques
O.M.C.	Organisation mondiale du commerce
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
S.A.	Sentence arbitrale
UNASUR	Union des nations sud-américaines

III. AUTRES ABBREVIATIONS

al.	<i>alinea</i>
art.	article
c.	contre
éd.	édition
ex.	exemple
ibid.	<i>ibidem</i> (au même endroit)
idem	<i>idem</i> (le même auteur)
in.	dans
op. cit.	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
s.	suivant
t.	tome
v.	voir
vol.	volume
AII/IIA	Accord international d'investissement / <i>International Investment Agreement</i>
IDE	Investissement direct étranger
PED	Pays en voie de développement
RDIE/ISDS	Règlement des différends investisseur-État / <i>Investor-State Dispute Settlement</i>
TBI/BIT	Traité bilatéral d'investissement / <i>Bilateral Investment Treaty</i>

IV. AVERTISSEMENTS QUANT AU MODE DE CITATION

La plupart des décisions et sentences arbitrales mentionnées dans la présente thèse sont disponibles sur des sites Internet spécialisés¹, lorsqu'elles sont rendues publiques. La référence à ces adresses a été omise afin de ne pas alourdir les notes de bas de page. Les tribunaux arbitraux statuant sous l'égide du CIRDI émettent les décisions et sentences citées dans la présente thèse, et non le CIRDI lui-même, néanmoins, il peut arriver que certains raccourcis de langage soient employés dans le texte.

Par ailleurs, le choix a été fait, par commodité, de citer les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et les traités avec des dispositions sur l'investissement (*treaties with investment provisions* (TIP)) – les Accords de libre-échange (ALE), les Accords de partenariat économique (APE) ou encore les Accords de coopération économique (ACE) etc. – sous l'appellation générique d'accords internationaux d'investissement, souvent avec l'abréviation AII, suivie du nom des États et de l'année de signature. Le contenu des AII cités étant accessible via les sites Internet spécialisés², la référence à ces adresses n'apparaît pas en note de bas de page.

Enfin, la traduction libre, en langue française, des dispositions des AII rédigés en langue espagnole et, de toute citation dans cette même langue, a été privilégiée lorsqu'aucune traduction officielle n'était disponible.

¹ V. les sites Internet du CIRDI (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>), de la CNUCED (« *Investment Dispute Settlement Navigator* », v. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>) et de l'association « *Investment Treaty Arbitration* » (<https://italaw.com>).

² V. le site Internet de la CNUCED, « *UNCTAD's International Investment Agreements Navigator* » (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>) ; et l'*Electronic Database of Investment Treaties* (<https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>).

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE FONDÉ SUR L’AFFIRMATION DE LEUR SOUVERAINETÉ.....	19

Titre 1. La politisation du régime international de protection des investissements en Amérique latine	20

CHAPITRE 1. LA DÉPOLITISATION PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE.....	22

CHAPITRE 2. LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	63

Titre 2. La réorientation du régime international de protection des investissements par l’affirmation de droits en faveur des États.....	106

CHAPITRE 3. LE CHANGEMENT DE PARADIGME DU RÉGIME INTERNATIONAL DE PROTECTION DE L’INVESTISSEMENT.....	108

CHAPITRE 4. LE RÉGIME GENERAL DE PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER DANS LES TRAITÉS D’INVESTISSEMENT.....	146

SECONDE PARTIE

LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES AU CŒUR DE LA REPOLITISATION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE.....	183

Titre 3. La protection du droit de réglementer par le jeu des exceptions conventionnelles.....	184

CHAPITRE 5. LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES ÉRIGÉES AU TITRE DE GARANTIE DE LA PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER.....	185

CHAPITRE 6. LES ENJEUX DE L’INTÉGRATION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D’ORDRE PUBLIC DANS LES TRAITÉS D’INVESTISSEMENT.....	225

Titre 4. L’exception générale d’ordre public, un mécanisme susceptible d’amélioration.....	262

CHAPITRE 7. L’INTERPRÉTATION DES CLAUSES D’EXCEPTION PAR LES TRIBUNAUX D’INVESTISSEMENT : ENTRE OCCASIONS MANQUÉES DES ÉTATS ET RÉTICENCES DES ARBITRES.....	264

CHAPITRE 8. LES PERSPECTIVES D’ÉVOLUTION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D’ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX D’INVESTISSEMENT.....	296

CONCLUSION.....	325

ANNEXES.....	329

BIBLIOGRAPHIE.....	344

TABLE DES MATIÈRES.....	416

« Es tiempo ya de que el origen de que las creencias en las que se funda el derecho internacional de las inversiones dejen de tener un monopolio del mundo occidental. »³.

³ CÁRDENAS (F.), PARDO (D.), BARRERA (D.), « ¿De Dónde Viene Ese Derecho Internacional ? La Implantación de Creencias de Inversión Extranjera y Protección Ambiental en Latinoamérica », *Vniversitas*, Bogotá, 2023, vol.72, p.11, disponible à : <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.dvdi> (Il est grand temps que les convictions sur lesquelles repose le droit international des investissements cessent d'être le monopole du monde occidental. [traduction libre]).

INTRODUCTION

La relation entre les États latino-américains et le droit international des investissements est une relation complexe, nourrie tant par une certaine résistance à l'endroit d'un régime dédié à la protection internationale des investisseurs étrangers, que par une volonté de réorienter celui-ci en vue de tenir compte des droits et intérêts de l'État d'accueil des investissements.

La dénonciation de la Convention de Washington et des traités bilatéraux d'investissement (ci-après « TBI ») par certains États latino-américains a été considérée comme un épiphénomène, ou une démonstration de posture de la part de certains États, « mécontents » du régime international de protection des investissements. Néanmoins, l'appréhension de cet événement ne saurait être réduite à celle d'un « rejet » du système, ou à la résurgence des « traumatisme[s] »¹ du passé latino-américain, ni ignorer la dynamique réformatrice des traités d'investissement enclenchée par les États latino-américains depuis une quinzaine d'années. Comme le souligne Jorge E. Viñuales, l'Amérique latine a souvent joué un rôle moteur dans le droit international des investissements :

*« Whether as a testing ground for extreme dispute settlement tactics or as a powerhouse of new ideas and initiatives, the body of investment cases involving Latin American countries is at the roots of many contemporary developments. »*².

L'Amérique latine est l'une des régions les plus dynamiques en droit international des investissements. Sur le plan économique, les États latino-américains ont toujours été attractifs et continuent d'attirer les investissements directs étrangers (ci-après « IDE »), malgré les crises financières et sanitaires³. Sur le plan politique, cette région a toujours été un « laboratoire » de développement du droit international des investissements, les États latino-américains explorant

¹ LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », in. LEBEN (Ch.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p.10.

² VIÑUALES (J. E.), « Concluding Observations : The Laws and the Judge of Foreign Investment », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p.824.

³ Par exemple, en 2022, les IDE destinés à l'Amérique latine et aux Caraïbes ont augmenté de 51% pour atteindre 208 milliards de dollars, un niveau record selon la CNUCED, v. CNUCED, *World Investment Report 2023 – Investing in Sustainable Energy for All*, Publications des Nations Unies, Genève, 2023, p.5. Ils avaient diminué en 2018, ne parvenant pas à maintenir l'élan après une importante augmentation en 2017, qui faisait suite à cinq années de croissance négative, v. CNUCED, *World Investment Report 2019 - Special Economic Zones*, Publications des Nations Unies, Genève, 2019, p.4. Puis en 2021 ils avaient augmenté de 56%, regagnant une partie du terrain perdu en 2020 suite à la pandémie de Covid-19, v. CNUCED, *World Investment Report 2022 – International Tax Reforms and Sustainable Investment*, Publications des Nations Unies, New York, 2022, p.7.

de nouvelles approches afin de tracer leur propre voie quant au régime international de protection des investissements.

Le droit international des investissements est né de la conjugaison de raisons historiques et de nécessités économiques. Il vise à protéger les investisseurs étrangers et leurs droits de propriété contre toute action de l'État, sur le territoire duquel ils se trouvent, susceptible de nuire au traitement juridique auquel ils ont droit, sur le fondement d'accords internationaux d'investissement (ci-après « AII »). Cette protection est garantie par un ensemble de « standards de traitement » qui renvoie, indirectement, au traitement accordé aux ressortissants d'un État tiers ou au traitement réservé aux nationaux et, directement, à celui qui doit être accordé aux étrangers pour satisfaire les exigences du droit international⁴. La protection ainsi délimitée se réalise par l'accès direct à l'arbitrage international, conféré par les traités d'investissement, visant à résoudre les différends entre investisseurs étrangers et État-hôte. Les investisseurs étrangers peuvent alors se prévaloir d'un ensemble de droits et bénéficier d'une capacité processuelle active, prévus par des traités internationaux conclus entre leur État de nationalité et leur pays d'accueil.

Traditionnellement, le droit international des investissements a été conçu comme un instrument juridique international contribuant à dépolitiser le règlement des différends en matière d'investissement⁵. La « dépolitisation » est le processus par lequel la résolution des litiges entre investisseurs privés étrangers et État d'accueil de l'investissement est déplacée en dehors de la sphère diplomatique et, ainsi, de toute intervention de l'État. Le règlement des différends investisseurs-États (ci-après « RDIE ») est alors assuré par des tribunaux d'arbitrage international *ad hoc*, neutres.

D'une part, la protection des investisseurs et de leurs investissements, dans un contexte où les lois et réglementations adoptées par l'État-hôte seraient susceptibles de limiter leur activité, est garantie par un arsenal de droits au profit des investisseurs et un ensemble de devoirs imposés aux États⁶, prévus par les AII. D'autre part, son mécanisme d'application, l'arbitrage

⁴ LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *op. cit.*, p.3.

⁵ V. SHIHATA (I. F. I.), « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA », *ICSID Review – FILJ*, 1986, vol.1(1), pp.1-25.

⁶ V. AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État

international, permettrait d'équilibrer les intérêts en présence. Le droit international des investissements est ainsi soutenu par l'idée de la réduction du risque politique : il s'agit d'assurer une prévisibilité réglementaire aux investisseurs étrangers et de limiter les comportements arbitraires de l'État-hôte⁷.

Aux premières heures de l'élaboration des contours de ce qui deviendra le droit international des investissements, à sa consolidation par l'essor de traités bilatéraux d'investissement et l'institutionnalisation de l'arbitrage international comme mécanisme de RDIE, spécialement avec la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI »)⁸, les États latino-américains ont toujours adopté des positions très fermes à l'endroit d'un régime international accordant une protection « spéciale » aux investisseurs étrangers. Les États latino-américains ont toujours eu une conception très exigeante de la souveraineté, considérant l'État comme le premier régulateur du développement économique⁹.

La souveraineté est une notion polysémique qui est largement utilisée bien qu'elle soit équivoque¹⁰. Si la notion a connu différentes conceptions à diverses époques historiques, elle « [est grevée], en droit international, d'un sens technique, fonctionnel, donc particulier »¹¹. La souveraineté appartient à l'État et caractérise sa personnalité juridique, elle se définit souvent à travers l'étendue et la nature de ses compétences¹². L'État occupe alors une place privilégiée dans l'ordre juridique international car lui seul a l'apanage de la souveraineté qui apparaît comme « la source des compétences que l'État détient du droit international »¹³. En droit

d'accueil », in. LEBEN (C.), (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, L.G.D.J., Paris, 2006, p.190.

⁷ V. en ce sens, DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, éd. L.G.D.J., Paris, 8^{ème} éd., 2009, p.1228 ; NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2^{ème} éd., 2017, p.14 et s.

⁸ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, (Convention de Washington), *R.T.N.U.*, vol. 575, p.160.

⁹ FRUTOS-PETERSON (C.), *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, éd. L'Harmattan, Paris, 2003, p.19.

¹⁰ ROUSSEAU (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre international. Cours de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1948, vol.73, p.181.

¹¹ DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002, vol.297, p.200.

¹² V. DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, éd. Dalloz, Paris, 2022, p.87 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.467.

¹³ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.467.

international, la souveraineté est indissociée de l'indépendance¹⁴ : l'indépendance est le critère de la souveraineté et celle-ci est le garant de l'indépendance¹⁵. La souveraineté est ainsi l'expression juridique d'une indépendance de fait en ce que l'entité qui possède la souveraineté n'est subordonnée à aucune autre autorité nationale ou internationale, et, elle emporte « obligation pour les États tiers de se comporter [envers l'entité étatique souveraine] comme ils souhaitent que leurs pairs agissent à leur égard »¹⁶.

L'indépendance des États s'affirme alors par le principe de l'égalité souveraine des États¹⁷ : les États qui coexistent dans l'ordre juridique international sont égaux juridiquement. Cela implique le droit de l'État à exercer la plénitude de ses compétences, exprimé par ses compétences territoriales et personnelles, et le refus de toute subordination juridique à une volonté extérieure, exprimé notamment par le principe de non-ingérence.

À l'orée du XX^{ème} siècle, les États latino-américains se sont fondés sur le principe de l'égalité souveraine des États pour condamner les pratiques des pays occidentaux industrialisés qui visaient à protéger leurs opérateurs économiques. Comme le soulignait le juge L. P. Nervo dans l'affaire *Barcelona Traction* :

« L'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées. Des accords spéciaux visant à constituer des tribunaux d'arbitrage ont été conclus, dans de nombreux cas, sous la pression de menaces politiques, économiques ou militaires. »¹⁸.

Les pays d'Amérique latine ont alors développé des doctrines qui reflètent une « position politico-juridique générale »¹⁹ selon laquelle un étranger ne peut se voir conférer plus de droits que n'en possède leurs propres citoyens.

¹⁴ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.466. Dans l'affaire de l'Île des Palmes, l'arbitre Max Huber déclare ainsi : « La souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendance », v. Affaire de l'Île de Palmas (Pays Bas c. États-Unis d'Amérique), sentence arbitrale, 4 avril 1928, *R.S.A.*, vol II, p.838. De même, dans l'Affaire Lotus, en affirmant que « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas », la Cour permanente de Justice internationale emploie indifféremment les deux termes, v. CPJI, *Lotus* (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10, p.18.

¹⁵ V. DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p.95 ; DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *op. cit.*, pp.35-36.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.467.

¹⁸ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête 1962) (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, opinion individuelle du Juge L. P. Nervo, *Rec.*, p.246.

¹⁹ LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *op. cit.*, p.16.

Toutefois, l'approche très souverainiste du droit international par les États latino-américains a été éprouvée par la mondialisation et les nouvelles directives économiques des gouvernements, reposant sur « l'ouverture des marchés et l'expansion de l'I.D.E. »²⁰. À partir des années 1980 et 1990, dans un contexte mondial de libéralisation des marchés, les pays d'Amérique latine ont opéré des réformes afin d'attirer les IDE. Ils ont ainsi accordé aux investisseurs étrangers les garanties nécessaires pour qu'ils puissent développer leurs activités économiques en toute sécurité²¹.

Ce processus fut lent car les États se sont opposés dans un premier temps à la création du CIRDI et refusaient de signer des TBI. Ils s'opposaient aux pays exportateurs de capitaux sur la question de savoir si la nationalisation était une nouvelle catégorie distincte de l'expropriation et défendaient la primauté du traitement national à l'égard des investisseurs étrangers. Les États latino-américains, aux côtés d'autres pays en voie de développement (ci-après « PED »), ont ainsi affirmé leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles²², qui constitue le socle de revendication de la souveraineté économique, laquelle découle de la souveraineté territoriale des États²³. Par l'affirmation de ce principe, les PED ont cherché à établir un lien entre leur indépendance politique relativement nouvelle et l'indépendance économique à laquelle ils avaient le droit. L'objet de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles était de constater le pouvoir de réglementation interne des États sur les intérêts étrangers et l'utilisation discrétionnaire de leurs richesses naturelles, en vue de légitimer les nationalisations des entreprises, souvent contrôlées par des opérateurs étrangers, exploitant leurs ressources.

Dans un second temps, les pays d'Amérique latine se sont pourtant éloignés de leur pratique traditionnelle en raison de l'aggravation de leurs situations économiques et ils ont cherché à stimuler leur croissance économique par le biais des IDE. Les États latino-américains ont progressivement adopté la Convention de Washington, malgré leur méfiance initiale, et conclu

²⁰ *Ibid.*, p.37. V. également, DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1203.

²¹ BELLEI TAGLE (C.), « Arbitraje de Inversiones en América Latina : de la Hostilidad a la Búsqueda de Nuevas Alternativas », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p.110.

²² V. A.G.N.U., Résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, adoptée le 14 décembre 1962 ; A.G.N.U., Résolution 3201 (S-VI), *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, adoptée le 1^{er} mai 1974 ; A.G.N.U., Résolution 3281(XXIX), *Charte des droits et des devoirs économiques des États*, adoptée le 14 décembre 1974.

²³ DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *op. cit.*, p.95 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.530.

des AII, contribuant à la construction d'un réseau de traités d'investissement par lesquels des protections substantielles et procédurales étaient accordées aux investisseurs étrangers. Ils ont ainsi participé à la consolidation du droit international des investissements.

Cependant, le droit international des investissements, présenté comme dépourvu de toute idéologie politique, est intrinsèquement fondé sur le dogme néolibéral, ce qui a conduit certains pays, au premier rang desquels les États latino-américains, à contester la prétendue « neutralité » de ce droit et le présupposé fondateur de « dépolitisation » qui lui est attaché.

De fait, ce régime international relatif aux investissements a permis aux opérateurs économiques, sur le fondement des TBI, de porter leurs réclamations, non plus contre les engagements directs des États vis-à-vis d'eux, mais contre toutes sortes d'actions étatiques. Les États ont alors pris la mesure d'un régime qui permettait aux investisseurs étrangers de remettre en question leurs politiques publiques²⁴, au motif que cela les impactait indirectement. Le profond déséquilibre du régime international de protection des investissements, hérité de la volonté de contrebalancer la vulnérabilité des opérateurs économiques face à la toute-puissance de l'État souverain, a mis en exergue le renversement du balancier entre les intérêts privés des investisseurs étrangers et les intérêts publics définis par l'État d'accueil, la primauté des premiers sur les seconds étant ainsi dévoilée.

Les États, notamment ceux en voie de développement, étaient face à une contradiction inexorable entre l'attractivité au nom du libéralisme économique et la conservation du pouvoir de préserver des intérêts publics au nom de leur souveraineté. Nonobstant, ils ont pris conscience que le déséquilibre du régime juridique international relatif aux investissements découle de l'asymétrie des traités qui accordent un ensemble de droits à l'investisseur étranger tout en adressant à l'État-hôte une pléthore d'obligations. Ces dispositions conventionnelles, associées à la grande liberté accordée à des tribunaux arbitraux *ad hoc* – qui ne connaissent pas la règle du précédent – en raison de la rédaction laconique des clauses des traités, ont indirectement conduit à mettre en place un régime juridique qui limite fortement la liberté réglementaire des États-hôtes. L'interprétation téléologique des traités par les arbitres, tournée

²⁴ V. ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *R.G.D.I.P.*, 2016, vol.120(3), p.546.

de ce fait vers la seule protection des intérêts des investisseurs étrangers, souvent extensive, a favorisé le développement d'un régime juridique qui leur est très favorable.

Le déséquilibre entre la protection des intérêts des investisseurs étrangers et celle des intérêts publics défendus par l'État d'accueil s'est particulièrement illustré dans le contentieux de l'expropriation indirecte. Les réglementations générales des États, dont l'objet n'était pas d'exproprier des investisseurs, ont été caractérisées d'expropriation indirecte en raison de leurs effets sur les droits de propriétés des investisseurs. Cela explique la raison pour laquelle il a souvent été soutenu que « les règles relatives à l'expropriation indirecte sont les plus attentatoires à la souveraineté »²⁵.

Dès lors, les AII ne sont plus apparus comme de simples instruments de diplomatie entre États mais comme des instruments au service des investisseurs étrangers et de leurs intérêts, pouvant être invoqués directement devant un arbitre international, parfois dans des contextes économiques et politiques sensibles²⁶, cristallisant l'attention des sociétés civiles. À partir des années 2000, les affaires d'arbitrage d'investissement se multiplient, particulièrement en Amérique latine, qui compte encore à ce jour le plus grand nombre d'États touchés par le contentieux d'investissement et le plus grand nombre de procédures²⁷. Elles soulèvent des enjeux environnementaux, sociaux, sanitaires et humains, et visent des mesures étatiques dont l'objet n'est pas d'interférer avec l'activité des investisseurs. L'arbitrage d'investissement, et le régime international de protection des investissements dont il assure l'effectivité, ont alors progressivement été perçus comme une atteinte au droit de réglementer de l'État-hôte dans l'intérêt public. De fait, les répercussions financières que peut représenter un arbitrage d'investissement pour un État d'accueil « peut suffire à hypothéquer [sa] liberté normative »²⁸ et le dissuader d'adopter des réglementations dans un intérêt public, au risque qu'elles se trouvent être contestées par des investisseurs étrangers. L'évolution du contentieux d'investissement et les effets préjudiciables des arbitrages intentés contre ces États ont entraîné une profonde remise en question du droit international des investissements. Si les tribunaux

²⁵ EL BOUDOUHI (S.), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2005, vol.51, p.553.

²⁶ Comme ce fut le cas avec les affaires argentines au début des années 2000, qui ont ouvert un débat majeur sur l'étendue des pouvoirs réglementaires de l'État d'accueil en cas de situation d'urgence, v. VIÑUALES (J. E.), « Concluding Observations... », *op. cit.*, p.828.

²⁷ V. BELLEI TAGLE (C.), *op. cit.*, p.111 ; UNCTAD, « Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018 », *IIA Issue Note*, n°2, 2019, p.2, Figure 2 ; Annexes de la présente thèse, Figure 3.

²⁸ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.549.

arbitraux ont fait preuve d'un certain degré de déférence envers la liberté réglementaire de l'État-hôte, cela est apparu insuffisant aux yeux des pays latino-américains, très largement concernés par cette augmentation des procédures arbitrales d'investissement²⁹.

La légitimité du droit international des investissements ainsi remise en cause, il fait l'objet, particulièrement en Amérique latine, depuis la fin des années 2000, d'un processus de « re-politisation ». Cette re-politisation suppose une acception différente de la politisation entendue traditionnellement en droit international des investissements. Elle n'implique pas un retour de l'intervention de l'État dans le règlement des différends, mais renvoie au processus selon lequel le régime international de protection des investissements (re)devient un objet de l'attention et du débat public³⁰, un objet de la *res publica*. Le droit des investissements est ainsi traité comme une question politique³¹ en raison des enjeux d'intérêts publics qu'il soulève³².

Le processus de re-politisation se fonde alors sur un changement de paradigme : les AII doivent ménager le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public. En droit international, le droit de réglementer se rattache à la souveraineté économique et découle de la souveraineté territoriale de l'État. Cette dernière est une formulation qui désigne l'ensemble des compétences dévolues à l'État qu'il exerce sur son territoire³³. Ces compétences étant des manifestations ou des conséquences de la souveraineté de l'État à l'intérieur de ses frontières³⁴, le droit de réglementer apparaît ainsi comme étant une manifestation des compétences souveraines de l'État. Les États latino-américains se sont ainsi, de nouveau, fondés sur la notion de

²⁹ V. Annexes, Figures 1 et 3.

³⁰ V. PETERS (A.), « The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization », *International Journal of Constitutional Law*, 2017, vol.15(3), p.701, qui définit la politisation comme « a process through which certain issues become objects of public contention and debate. Politicization in and of the international or transnational realm starts from the perception that choices can and must be made (as opposed to purely "automatic" reactions) about the appropriate collective action, institutions, and procedures to regulate the social condition and shared problems. Because politicization introduces new demands for resources, justice, or recognition, the process is inevitably contestatory. » (notes omises). V. également, ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, pp.549-550 (qui renvoie à « la captation de la matière par l'opinion publique »).

³¹ V. BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, L.G.D.J., Paris, 2014, 11^{ème} éd., p.625 (la politisation est un « processus de transformation d'un problème de société en problème politique ») ; PETITEVILLE (F.), « La politisation résiliente des organisations internationales », *Critique Internationale*, 2017/3, n°76, p.5 (la politisation implique une « exposition à des formes de mise en débat, de mobilisation collectives, de polarisations et de clivages, de controverses et de conflits »).

³² V. NAY (O.) (dir.), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, Paris, 4^{ème} éd., 2017, p.471 : la politisation est un « [p]rocessus par lequel des questions ou des activités se trouvent dotées d'une signification politique et, par conséquent, sont appropriées par les acteurs impliqués dans le champ politique (...) et, parfois, font l'objet d'une réponse par les institutions politiques ».

³³ V. DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.513.

³⁴ *Ibid.*, p.514.

souveraineté pour chercher à établir de nouveaux paramètres au régime international relatif aux investissements. Toutefois, dans le contexte spécifique du droit international des investissements, l'État se trouve dans une position délicate : il cherche à conserver sa liberté réglementaire dans un cadre où il l'a limitée, en souscrivant par voie conventionnelle à un ensemble d'obligations à sa charge. Or, en l'absence de tout support conventionnel à la liberté réglementaire de l'État en matière d'investissements, le droit de réglementer a fait l'objet d'arbitrages défavorables, au regard des droits des investisseurs. Dès lors, la définition du droit de réglementer dans cette matière particulière doit être repensée, afin que les États-hôtes soient en mesure d'adopter ou d'appliquer des réglementations dans un intérêt public, sans contrevenir à leurs engagements internationaux. La protection de ce droit est devenue progressivement le fer de lance d'États, soucieux de trouver un moyen de sauvegarder leur pouvoir de réglementation dans l'intérêt public, et de délimiter la liberté d'interprétation des tribunaux arbitraux, afin que soit pris en considération leur droit de poursuivre des objectifs de politiques publiques.

La re-politisation du régime international de protection des investissements en Amérique latine s'illustre par des voies, certes différentes, mais convergentes, en vue de préserver le droit de réglementer³⁵.

Certains États latino-américains ont fait le choix de s'éloigner du CIRDI, par la voie de la dénonciation de la Convention de Washington. Leur décision a été perçue comme radicale et qualifiée de « rejet » du régime international de protection des investissements, lorsque leur dénonciation de la Convention de Washington fut corrélée à la dénonciation de l'ensemble de leurs TBI. Leur volonté de se tenir à l'écart des instruments et mécanismes internationaux de protection des investissements fait écho aux pratiques historiques de la région dans cette matière. Ils se sont néanmoins inscrits dans une logique de reconstruction dans la différence et ont proposé des alternatives au RDIE organisé sous l'égide de la Banque mondiale.

Cette dynamique est toutefois restée circonscrite à un nombre restreint d'États. La majorité des pays d'Amérique latine ont préféré amorcer un processus de réforme du contenu normatif des

³⁵ V. Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : De la protection bilatérale à... ?*, Nairobi, 7-9 février 2018, Publication de l'IISD, p.14, disponible à : <https://www.iisd.org/sites/default/files/material/11th-annual-forum-report-fr.pdf>.

traités d'investissements. En effet, les traités signés dans les années 1990, à l'apogée de l'idéologie néolibérale, étaient silencieux sur l'équilibre des intérêts concurrentiels, économiques et non-économiques, ce qui conférait un large pouvoir discrétionnaire aux arbitres. De sorte que, face à l'absence ou à l'insuffisance de dispositions relatives au droit de réglementer de l'État-hôte, celui-ci ne conservait qu'une souveraineté « résiduelle »³⁶. Les tribunaux arbitraux ne faisant qu'interpréter et appliquer les dispositions conventionnelles esquissées par les États, la pertinence de la réforme substantielle des traités est ainsi apparue évidente pour contrer le déséquilibre systémique du balancier des intérêts investisseur-État. De fait, le « centre de gravité normatif » réside dans les traités d'investissement et non dans les décisions arbitrales qui y sont relatives³⁷. Une large partie des États latino-américains a ainsi fait le choix de chercher à « réorienter » le régime international de protection des investissements, à travers une vaste réforme substantielle des traités.

Sans en être les précurseurs, les États latino-américains sont aujourd'hui des représentants de cette réorientation du droit international des investissements, que l'on ne saurait ignorer. Tout en apposant leur propre identité juridique, ils proposent des dispositions parmi les plus abouties. Comme l'exposait M. Sornarajah à propos de la construction de règles pour la protection des investissements étrangers, les États latino-américains figurent parmi ceux qui ont toujours résisté aux règles que les États puissants cherchaient à leur imposer³⁸.

Il s'agit alors de s'intéresser à cette création normative qui traduit la stratégie principale de la re-politisation des instruments internationaux d'investissement en Amérique latine et, d'un mouvement significatif latino-américain à l'endroit du changement de paradigme en droit international des investissements. De fait, s'est amorcée depuis les années 2000 une profonde remise en cause d'un droit qui traduit une préoccupation majeure : « la protection de l'investisseur et la marginalisation des intérêts des pays d'accueil de l'investissement (...) »³⁹.

Pour ce faire, on peut observer que les pays latino-américains ont, depuis une quinzaine d'années, adopté une approche fondée sur l'affirmation de leur droit de réglementer dans

³⁶ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1213.

³⁷ ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform – New Treaties, Old Outcomes*, O.U.P., New York, 2022, p.16.

³⁸ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, C.U.P., Cambridge, 2010, 3^{ème} éd., p.84.

³⁹ HORCHANI (F.), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *J.D.I.*, n°2, 2004, p.367.

l'intérêt public, en multipliant l'insertion de clauses d'exception générale d'ordre public dans leurs traités d'investissement. Cette clause appartient à une catégorie plus large de dispositions que sont les exceptions conventionnelles, qui partagent des caractéristiques communes mais se distinguent par leur portée et leur fonction. Les exceptions générales d'ordre public intégrées dans les AII latino-américains ont la particularité d'être largement inspirées du droit de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC »), ce qui en fait une sorte de mécanisme « clefs en mains »⁴⁰.

Ces clauses témoignent toutefois de variations rédactionnelles propres aux États latino-américains et sont fréquemment associées à un ensemble de références à la liberté réglementaire de l'État. Parmi celles-ci, les clarifications apportées aux préambules des traités et le développement de clauses déclaratoires et interprétatives relatives au droit de réglementer de l'État témoignent du fait que la protection de l'investissement n'est pas le seul, ni même l'objectif principal des traités. Ces dispositions permettent également d'éclairer les incertitudes dans l'interprétation de la clause d'exception générale et de limiter le pouvoir discrétionnaire des arbitres⁴¹. En outre, l'exception générale d'ordre public peut être intégrée conjointement avec d'autres exceptions conventionnelles, ce qui peut guider l'interprétation qui pourrait en être faite mais interroge quant à leur interaction. Enfin, les similitudes entre l'exception générale d'ordre public incorporée dans les traités d'investissement et celle issue du droit de l'OMC soulèvent certaines questions, relatives tant à la possibilité de s'appuyer sur la jurisprudence des organes de jugement de l'OMC pour l'interprétation de la disposition, qu'à l'adaptation de l'analyse élaborée par ces derniers au contexte particulier des investissements.

Compte tenu de la position critique attribuée fréquemment à la région latino-américaine dans le développement du droit international des investissements, et des défis actuels lancés au régime juridique international protégeant les investissements étrangers au regard de son déséquilibre, deux questions doivent être soulevées. La première est celle de la qualification des approches latino-américaines quant au régime international de protection des investissements. La seconde est celle de la pertinence du mécanisme de l'exception générale d'ordre public, comme outil de rééquilibrage du régime.

⁴⁰ NANTEUIL (A., de), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », in. LEBEN (Ch.) (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, p.607.

⁴¹ VADI (V.), *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, New-York, 2013, p.123.

On est ainsi conduit à s'interroger sur l'approche des États latino-américains en droit international des investissements. Quelles revendications et actions la caractérisent ? Peut-on parler d'un mouvement latino-américain en droit international des investissements ? Dans quelle mesure et sous quelles formes les États latino-américains participent-ils à la réorientation du droit international des investissements depuis une quinzaine d'années ? Les moyens mis en œuvre pourraient-ils être effectifs ?

Afin de dégager quels sont les éléments de réponse, sur le plan substantiel, au déséquilibre du régime international de protection de l'investissement étranger, il s'agit de mettre en lumière les dispositions par lesquelles les États latino-américains cherchent à préserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public au sein des AII et de montrer l'intérêt de l'exception générale d'ordre public pour ce faire. Cette analyse vise ainsi à démontrer de quelle façon une partie de la légitimité du régime international de protection des investissements pourrait être restaurée, afin de préserver le système.

En outre, il s'agit de montrer que les approches latino-américaines doivent être prises au sérieux. Que ces approches soient qualifiées de critique, de rejet ou de réorientation, elles s'inscrivent en réalité dans un processus de politisation du régime international de protection des investissements et plus particulièrement, de re-politisation depuis une quinzaine d'années. Cette re-politisation se caractérise par des stratégies pertinentes en vue de contribuer au développement d'un équilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des États d'accueil en droit international des investissements.

Appréhender les caractéristiques des approches récentes latino-américaines requiert de procéder à une étude rétrospective. Ces caractéristiques, souvent présentes dès les origines d'un phénomène, permettent de comprendre la logique de l'évolution des positions de la région et les difficultés rencontrées. De plus, afin d'étudier avec précision la dynamique de re-politisation des instruments internationaux de protection de l'investissement, fondée sur la protection du droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public, l'analyse d'un échantillon de traités s'avère nécessaire. À partir de la base de données des AII de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (ci-après « CNUCED »), les AII signés par les États latino-

américains entre les années 2001 et 2023 ont été cartographiés, en fonction des dispositions permettant de protéger conventionnellement le droit de réglementer⁴².

La première partie de cette thèse a pour objet de contextualiser les approches latino-américaines à l'égard du droit international des investissements, à travers leurs trajectoires historiques et de mettre en lumière les causes de la crise de légitimité de ce droit. Il s'agit d'exposer que les réactions latino-américaines au déséquilibre du régime international de protection de l'investissement s'inscrivent dans une « continuité » : celle de sa politisation. La dynamique empruntée par les pays d'Amérique latine a toujours été celle de la politisation du régime international relatif aux investissements, fondée sur l'affirmation de la souveraineté de l'État.

Les États latino-américains sont désormais engagés, depuis une quinzaine d'années, dans un processus de re-politisation qui s'appuie sur la protection du droit de réglementer de l'État, au nom de préoccupations extra-économiques. Si celui-ci a pu prendre la forme d'un rejet du système CIRDI, la stratégie principalement déployée est celle de l'évolution du contenu normatif des AII. En effet, la majorité des États latino-américains s'est engagée dans une réforme conventionnelle afin de donner une nouvelle direction au régime international relatif aux investissements.

Cette réorientation en vue de préserver le droit de réglementer de l'État-hôte se traduit alors par l'intégration, croissante, d'un ensemble de références, variées, à la liberté réglementaire de l'État, au premier rang desquelles la clause d'exception générale d'ordre public a été érigée au rang de fondement conventionnel de ce droit. Ainsi, après avoir démontré pour quelles raisons la réorientation du régime implique une modification du contenu substantiel des traités, la thèse s'emploie à présenter sous quelles formes le droit de réglementer de l'État-hôte dans l'intérêt public, dans le contexte spécifique des investissements, peut être préservé au sein des AII.

(Première partie : Le développement du droit international des investissements en Amérique latine fondé sur l'affirmation de leur souveraineté.)

⁴² Cette base de données « complémentée » permet d'appuyer l'étude de la réforme des AII en Amérique latine par une analyse quantitative et qualitative des dispositions conventionnelles, v. *infra*, page 15 de la présente thèse, « Matériel et méthodes ».

La seconde partie de cette thèse s'attachera à analyser l'exception générale d'ordre public comme réponse au déséquilibre du régime international de protection des investissements. Cette exception, envisagée comme un mécanisme de garantie du droit de réglementer de l'État dans le contexte particulier des investissements, trouve son origine dans le droit de l'OMC. Les clauses d'exception générale, dont la rédaction s'inspire largement de son homologue en matière commerciale, ne sont pas inconnues en droit des investissements. Elles connaissent toutefois un regain d'intérêt dans les traités d'investissement conclus depuis les années 2010, de façon significative en Amérique latine.

Il s'agit alors de détacher l'exception générale d'ordre public de l'ensemble des exceptions conventionnelles auxquelles elle appartient, en vue de déterminer dans quelle mesure elle constitue la disposition la plus à même de garantir l'assise conventionnelle du droit de réglementer en droit international des investissements. L'analyse de la clause, au regard de l'environnement dans lequel elle s'insère et de ses caractéristiques communes avec l'exception générale issue du droit du commerce international doit conduire à explorer les enjeux de son intégration dans les AII latino-américains. Il s'agit ainsi de déterminer la portée de cette disposition avant d'interroger sa réception dans l'arbitrage d'investissement.

L'exception générale d'ordre public soulève un ensemble de défis interprétatifs, notamment mis en exergue par les décisions des premiers tribunaux arbitraux qui ont eu à se prononcer sur l'application de la disposition. À ce titre, les États latino-américains sont les premiers États à avoir éprouvé l'effectivité de ce mécanisme dont ils ont multiplié l'insertion dans leurs traités d'investissement. Il s'agira alors également d'examiner de quelle façon l'exception générale d'ordre public a été réceptionnée par la jurisprudence arbitrale. Les éléments de réponse apportés quant à l'interprétation de cette disposition et les controverses dont elle peut faire l'objet amènent finalement à s'interroger sur les ajustements rédactionnels à élaborer, en vue d'assurer leur application dans le contentieux de l'investissement. Dès lors, une approche prospective permet de dégager des pistes de réflexion en vue d'améliorer l'effectivité de cette disposition.

(Seconde Partie : Les exceptions conventionnelles au cœur de la repolitisation des instruments internationaux relatifs aux investissements en Amérique latine.)

MATÉRIEL ET MÉTHODE

L'étude de l'approche des États latino-américains en droit international des investissements conduit à adopter une démarche analytique, consistant en une articulation entre les règles, la pratique et les commentaires qu'elles suscitent. L'examen du mouvement de re-politisation des instruments internationaux d'investissement en Amérique latine incite à suivre une démarche rétrospective, évolutive et comparative. En outre, les dispositions conventionnelles sont analysées à la fois sous l'angle quantitatif et qualitatif afin de déterminer l'étendue et l'impact de l'évolution du contenu normatif des traités latino-américains.

Dans le cadre de l'étude du contenu normatif des traités latino-américains, visant à démontrer le processus de re-politisation dans lequel sont engagés les États de la région, il convient de présenter les délimitations géographiques (1) et temporelles (2) du cadre analytique qui guide la présente thèse. De même, il est nécessaire d'exposer de quelle manière les bases de données sur lesquelles repose cette étude ont été constituées (3) et de présenter les paramètres d'intérêt du cadre analytique (4).

1. La délimitation géographique du cadre d'analyse

La délimitation des pays composant l'Amérique latine peut varier d'un auteur à un autre ou encore d'une organisation internationale à une autre. Notre analyse se rapporte ainsi à la liste établie par la CNUCED car l'échantillon de traités de notre analyse est issu des données de cette organisation. Au regard de la catégorisation de la CNUCED, l'Amérique latine est composée des pays de l'Amérique du Sud et de ceux de l'Amérique Centrale. Cette liste a été recoupée avec celle des États membres de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (ci-après « CEPAL »), afin de ne retenir que les pays figurant sur chacune de ces deux listes, ce qui permet d'établir avec plus d'exactitude les États composant l'Amérique latine. Ils sont ainsi au nombre de vingt : l'Argentine, le Belize, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Guyana, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, le Suriname, l'Uruguay et le Venezuela. Dans la suite de la présente thèse, toute mention à l'Amérique latine renverra ainsi à l'ensemble de ces États.

2. La délimitation temporelle du cadre d'analyse

Notre approche rétrospective nous a conduit à délimiter temporellement l'analyse des traités. Indépendamment des divisions temporelles opérées par certains auteurs et par la CNUCED, ainsi que leurs qualifications⁴³, notre approche impose une caractérisation spécifique. Elle repose sur la détermination du mouvement latino-américain en droit des investissements, fondé sur la politisation dudit droit. De fait, elle impose de se rapporter aux tournants du régime qui ont marqué la région de l'Amérique latine. Le champ de notre étude porte sur une période historique large, qui couvre le XIX^{ème} siècle à nos jours. Néanmoins, dans le cadre de notre analyse des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII, notre champ d'étude se réduit à trois périodes qui couvrent les décennies : 1959-2000, 2001-2009 et 2010-2020. La première renvoie notamment au mouvement de dépolitisation du régime international des investissements, traversé dans les années 1990 par la multiplication des TBI. La deuxième porte sur l'apparition progressive d'une tendance à la re-politisation du régime, marquée par la crise de légitimité à l'encontre des traités et de l'arbitrage d'investissement. La troisième concerne la tendance globale à la réorientation du régime international des investissements, notamment par le biais d'une nouvelle génération d'accords. En Amérique-latine, cette période marque celle de la re-politisation du régime international des investissements, fondée sur l'affirmation de leur droit de réglementer dans les AII. Les AII cités dans notre analyse sont tous ceux qui ont été signés durant les périodes données et qui ont été cartographiés. Cette appellation ne tient pas compte de leur ratification ni de leur dénonciation éventuelle.

3. La constitution des bases de données utilisées pour le cadre analytique des traités

Notre étude porte sur le recueil de deux bases de données. La première, nommée « base de données CNUCED » dans la présente thèse, correspond à l'ensemble des traités cartographiés disponibles sur le site de la CNUCED. L'échantillon est composé de 2584 traités, dans le Monde, cartographiés par la CNUCED⁴⁴, dont 423 ont été conclus par l'Amérique latine, entre 1959 et 2020.

⁴³ V. *infra*, Chapitre 3 de la présente thèse, note 653.

⁴⁴ Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED, à partir du « *UNCTAD's International Investment Agreements Navigator* » et des indicateurs répertoriés à partir du « *IIA Mapping Project* », disponibles respectivement à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> et <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>.

La seconde base de données, nommée « base de données CNUCED complémentée » dans la présente thèse, est l'ajout à la base de données CNUCED de la cartographie des traités latino-américains disponibles entre 2001 et 2023. L'échantillon se compose de 181 traités signés par les États latino-américains entre 2001 et 2023. Sur cette période, la CNUCED a recensé la signature de 235 AII (TBI, ALE, TIP) dont l'une des parties signataires est un État latino-américain (au sens de la liste susmentionnée). Cette base de données est dite « complémentée » car sur ces 235 traités, 112 AII ont été cartographiés par la CNUCED, 69 par mes soins et les 54 restants n'étaient pas disponibles au public⁴⁵.

Pour ces deux bases de données, les traités cartographiés sont les traités signés, indépendamment de leur entrée en vigueur ou non, et de leur fin ou non.

La constitution des bases de données de la présente thèse a été élaborée au regard des critères établis par la CNUCED pour la cartographie des traités composant sa base de données « *IIA Mapping Project* »⁴⁶. Notre cadre analytique se compose de toutes les références dans les AII qui participent à la préservation du droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public. Il comporte ainsi onze éléments se répartissant au sein de trois catégories principales de dispositions⁴⁷ : les références insérées dans les préambules, les clauses déclaratoires et interprétatives et les clauses d'exceptions⁴⁸. Les préambules peuvent comporter une mention expresse du droit de réglementer ou une référence indirecte en mentionnant des préoccupations d'intérêt général telles que le développement durable, les aspects sociaux de l'investissement⁴⁹, et l'environnement⁵⁰. Cela s'applique également aux clauses déclaratoires et interprétatives qui visent explicitement le droit de réglementer de l'État ou qui concernent la protection de la santé et de l'environnement, et des aspects sociaux de l'investissement. Enfin, la catégorie relative aux exceptions conventionnelles recouvre à la fois les exceptions générales qui visent les intérêts essentiels de sécurité, celles visant la santé et l'environnement ou encore l'ordre public, et de l'exception spécifique à l'expropriation indirecte.

⁴⁵ La recherche de ces cinquante-quatre accords a été effectuée à la fois dans la base de données de la CNUCED, dans la base de données « EDIT » et dans celle de l'Organisation des États américains, ainsi que sur les sites gouvernementaux des pays concernés.

⁴⁶ V. *infra*, Chapitre 3 de la présente thèse.

⁴⁷ Pour la justification des dispositions retenues relatives à la préservation du droit de réglementer de l'État, v. *infra*, Chapitre 4 de la présente thèse.

⁴⁸ Pour une vue synoptique du cadre analytique, v. Annexes, Tableaux 2 et 3.

⁴⁹ La mention des aspects sociaux liés à l'investissement recouvre toute mention aux droits de l'Homme, aux droits sociaux des travailleurs, à la santé, à la RSE, à la lutte contre la pauvreté etc., v. CNUCED, *IIA Mapping Project*.

⁵⁰ La mention de l'environnement comprend cette expression et recouvre également toute mention de la vie animale et végétale, de la biodiversité, du changement climatique etc., v. CNUCED, *IIA Mapping Project*.

4. Les paramètres d'intérêt du cadre analytique

Le cadre analytique vise à quantifier la fréquence moyenne d'insertion⁵¹ de ces différentes références sur les trois périodes qui composent notre étude des AII latino-américains, nous permettant de mieux cerner le phénomène et son évolution dans le temps⁵². Les tableaux et figures élaborés dans la présente thèse permettent de mener notre analyse suivant ce cadre. Afin d'appréhender le mouvement latino-américain avec davantage de précision, le tableau 2, élaboré à partir de la base de données de la CNUCED⁵³, traduit la démarche comparative entre les tendances mondiales et celles de l'Amérique latine⁵⁴. De plus, la figure 6 représente l'évolution du taux moyen⁵⁵ de l'insertion des références, observée au cours du temps⁵⁶. Le tableau 3, élaboré à partir de la base de données de la CNUCED complémentée⁵⁷, se concentre uniquement sur les AII signés par les États latino-américains entre 2001 et 2023⁵⁸. Enfin, le cadre analytique a également visé à déterminer le nombre d'insertions des onze éléments susmentionnés par traité⁵⁹.

⁵¹ Pour une référence donnée, nombre total de références divisé par le nombre de traités signés, sur l'échantillon de traités sélectionnés géographiquement et temporellement.

⁵² Les trois périodes du cadre analytique sont les suivantes : 1959-2000, 2001-2009 et 2010-2023. V. Annexes, Tableaux 2 et 3.

⁵³ La base de données de la CNUCED regroupe tous les AII cartographiés par la CNUCED, disponibles à partir du *UNCTAD's IIA Navigator*.

⁵⁴ V. Annexes, Tableau 2.

⁵⁵ Pour une référence donnée et à une date donnée, nombre de traités comportant cette référence existant à cette date, divisé par le nombre de traités existants à cette date.

⁵⁶ V. Annexes, Figure 6.

⁵⁷ La base de données de la CNUCED complémentée regroupe tous les traités latino-américains signés entre 2001 et 2023, disponibles, issus de la base de données de la CNUCED ainsi que la cartographie des AII latino-américains restants réalisée pour cette thèse.

⁵⁸ V. Annexes, Tableau 3.

⁵⁹ V. Annexes, Figures 4 et 5.

PREMIÈRE PARTIE

LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE FONDÉ SUR L’AFFIRMATION DE LEUR SOUVERAINETÉ

Titre 1. La politisation du régime international de protection des investissements en Amérique latine

Titre 2. La réorientation du régime international de protection des investissements par l’affirmation de droits en faveur des États

TITRE 1

LA POLITISATION DU RÉGIME INTERNATIONAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE

Depuis l'indépendance des pays latino-américains jusqu'aux années 2000, un certain nombre de sujets de discordes ont émergé en Amérique latine. Les relations entre les ressortissants étrangers et les États de cette région ont contribué à façonner le droit international des investissements moderne à divers égards. Dans un premier temps, ces relations ont été politisées à travers l'expression du droit des États de déterminer librement le champ de la protection substantielle et procédurale du droit de propriété des étrangers. Dans un second temps, le passage du droit d'exproprier la propriété étrangère à celui du devoir de la protéger a conduit à la dépolitisation de ces relations.

Malgré leurs désaccords avec les pays exportateurs de capitaux ayant trait à l'expropriation, exprimés à travers l'expression du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et leur opposition à l'arbitrage international, les pays d'Amérique latine ont accepté le consensus néo-libéral des années 1990. Le système de protection et de sécurité des investissements et des investisseurs étrangers a cessé d'être un sujet de discorde et s'est consolidé par la multiplication des accords internationaux d'investissement. Dès lors, les investissements étrangers ont connu un essor important dans la région⁶⁰ et sont devenus un élément important de leur produit intérieur brut des pays qui la composent⁶¹ (**Chapitre 1**).

Toutefois, le tournant du millénaire a mis en lumière les limites du droit international des investissements, quant à son objet même et à l'arbitrage international d'investissement.

La clause d'arbitrage investisseur-État, insérée dans la plupart des accords, signés en majorité à la fin du XX^{ème} siècle, a entraîné une augmentation importante des litiges relatifs aux

⁶⁰ V. CEPAL, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2010*, LC/G.2494-P, Publications des Nations Unies, New York, 2011, 200p.

⁶¹ ELIZONDO (C. J.), DROUBI (S.) (eds.), *Latin America and international investment law. A mosaic of resistance*, Manchester University Press, Manchester, 2022, pp.3-4.

investissements, que même les fervents défenseurs du système n'auraient pu prévoir. L'Amérique latine est ainsi devenue "un client régulier" des forums de règlements des différends en matière d'investissement⁶². L'Argentine, le Venezuela, le Mexique, le Pérou, l'Équateur, la Colombie et la Bolivie ont été les États les plus touchés et, pour certains, demeurent encore à ce jour ceux qui ont connu le plus grand nombre d'affaires⁶³.

En outre, l'arbitrage international s'est montré moins sensible à l'égard des préoccupations sociales et environnementales au cœur de certaines politiques publiques des États et a donné l'impression d'être systématiquement favorable aux intérêts commerciaux. C'est l'une des raisons majeures qui a poussé les États de la région à redevenir méfiants à l'endroit de ce mécanisme de règlement des différends et surtout du CIRDI⁶⁴. Il n'est pas surprenant que les procédures d'arbitrage d'investissement aient été l'objet de controverses en ce que :

« As a decentralized system of one-off dispute settlement decided by party-appointed arbitrators of a foreign investor from the global North against the public interests of a state in the global South, (...) the ISDS system has been embroiled in a legitimacy crisis (...) with virtually every aspect of the system being challenged and critiqued »⁶⁵.

Le droit international des investissements a ainsi plongé dans une crise de légitimité, conduisant au constat de l'insuffisance des normes relatives à la protection et à la sécurité des investissements étrangers.

Certains États d'Amérique latine ont pris des mesures pour s'extraire, en tout ou en partie, du système international des investissements. Les traités internationaux de promotion et de protection des investissements étrangers ont également fait l'objet d'un examen minutieux de la part de certains pays latino-américains. Malgré la consolidation du régime international de protection des investissements en Amérique latine, la relation investisseur étranger-État ne s'est donc pas réellement dépolitisée dans cette région, comme en témoignent les approches adoptées par les États à l'endroit du CIRDI (**Chapitre 2**).

⁶² BELLEI TAGLE (C.), *op. cit.*, p.111.

⁶³ V. Annexes de la présente thèse, Figure 3.

⁶⁴ DORCE (M. J.), « L'expérience latino-américaine en matière d'arbitrage international d'investissement », *Études caribéennes*, 2023, vol.54, p.7, disponible à : <https://doi.org/10.4000/etudescaribeennes.25910>.

⁶⁵ BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.), « Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn », in. BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.) (éds), *The Legitimacy of Investment Arbitration. Empirical Perspectives*, C.U.P., Cambridge, 2022, p.4.

CHAPITRE 1

LA DÉPOLITISATION PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE

Le droit international des investissements est un droit qui a émergé à travers un processus de petites évolutions graduelles et, parfois accidentelles, plutôt qu'à travers des révolutions historiques⁶⁶. C'est un droit aux caractéristiques particulières⁶⁷, déterminé par les contextes économique, politique et social dans lesquels il évolue.⁶⁸ Il a été largement influencé par les événements historiques tels que la colonisation et la protection des investisseurs étrangers⁶⁹, la décolonisation et la méfiance généralisée des pays en voie de développement envers les investissements directs étrangers, les crises financières en Amérique latine, la fin de la Guerre froide et le « Consensus de Washington », la multiplication des traités bilatéraux d'investissement etc.

Le régime international des investissements est alors un régime fondé sur la volonté de protéger les investissements étrangers contre les décisions préjudiciables des États d'accueil à leur rencontre et des risques de positions arbitraires de leurs juridictions nationales. Il a progressivement été élaboré en vue de "dépolitiser" les relations entre les investisseurs étrangers

⁶⁶ PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law », in. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.), *The Foundations of International Investment Law*, O.U.P., 2014, p.15.

⁶⁷ PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.11.

⁶⁸ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.548 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2015, p.13 ; MILES (K.), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, C.U.P., 2013, p.1 ; KAHN (P.), « Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement », in. KAHN (P.) et WÄLDE (T.W.) (dir.), *Les aspects nouveaux du droit international des investissements*, Académie de droit international de La Haye, éd. M.Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, p.4 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, vol.12(1), p.194.

⁶⁹ MILES (K.), *op. cit.*, pp.19, 23 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.19. K. Miles et M. Sornarajah soulignent que les règles internationales relatives à la protection des investissements étrangers se sont développées à travers l'expansion des activités commerciales des États européens et des États-Unis.

et les États-hôtes, afin d'éviter que ces relations ne connaissent une quelconque implication diplomatique étendue de l'État d'origine.

Les instruments internationaux de protection des investissements étrangers se sont développés en vue de limiter l'implication de l'État-hôte, perçue comme source de conflits. L'Amérique latine a été au cœur de cette évolution du droit international public en raison des réclamations portées par des ressortissants étrangers contre certains pays de la région aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles (**Section 1**). Si les pays latino-américains ont tenté, dans un premier temps, de préserver leurs traditions juridiques nationales et régionales, les idéologies économiques et politiques guidant les pays exportateurs de capitaux les ont amenés à participer à la dépolitisation des instruments internationaux relatifs aux investissements étrangers, et au développement d'un système international dont l'objectif principal est la protection de l'investisseur étranger (**Section 2**).

Section 1. La politisation des instruments internationaux de protection des investissements étrangers en Amérique latine

Le droit international des investissements est un droit encore relativement récent dont les origines résident avant tout dans les relations internationales des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Les expériences latino-américaines témoignent que ce régime international a été élaboré en vue de contraindre les États, qui invoquaient leur souveraineté au soutien d'un "droit" de protéger les propriétés étrangères (§1), à "devoir" protéger celles-ci (§2).

§1. La politisation fondée sur la libre-détermination de la protection des droits de propriétés étrangères

Les prémices du droit international des investissements se trouvent dans l'appropriation des règles du droit international coutumier par les acteurs économiques des investissements internationaux. Les États exportateurs de capitaux ont cherché à développer un corpus de règles

substantielles et procédurales, visant à protéger leurs opérateurs économiques à l'étranger⁷⁰. À cet égard, l'origine de la plupart des règles relatives à la responsabilité de l'État et à la protection diplomatique provient de la relation entre les États-Unis et l'Amérique latine⁷¹ (A). Toutefois, les expériences des pays d'Amérique latine les ont conduits à jouer un rôle majeur dans l'élaboration des règles assurant la protection des investisseurs étrangers sur le fondement de doctrines propres à leurs systèmes juridiques (B).

A. Les obligations de l'État en cas de dommages pécuniaires subis par les opérateurs économiques étrangers

Le droit des investissements est avant tout lié au statut juridique accordé au ressortissant étranger par l'État sur le territoire duquel il se trouve.

Historiquement, toute personne étrangère à une communauté politique se voyait refuser une capacité juridique et des droits en son sein⁷². Cependant, le statut juridique des ressortissants étrangers et de leur propriété a évolué⁷³, de son ignorance dans les débuts de Rome et des tribus germaniques à son assimilation pratique avec celui des ressortissants nationaux⁷⁴.

Ce n'est qu'à partir des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles que les dommages occasionnés aux ressortissants étrangers ou à leurs propriétés par l'État d'accueil sont considérés comme étant causés à l'État de leur nationalité⁷⁵. Dès lors, l'État-hôte est tenu de traiter convenablement les étrangers, de leur accorder un standard minimum de traitement en vertu du droit international coutumier⁷⁶. Il est tenu de les protéger « comme ses propres sujets, [et de] les faire jouir (...) »

⁷⁰ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), « From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law », in. SAUVANT (K.P.) (éd.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, O.U.P., 2011, pp.650-651.

⁷¹ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.36.

⁷² NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, p.3.

⁷³ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), op. cit., p.3. V. également, JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), op. cit., p.649 ; PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », op. cit., pp.19-20.

⁷⁴ BORCHARD (E. M.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad: Or The Law of International Claims*, Banks Law Publishing Co., New York, 1915, p.33.

⁷⁵ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), op. cit., p.4 ; v. PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », op. cit., pp.20-21 ; MILES (K.), op. cit., p.47 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.121.

⁷⁶ MILES (K.), op. cit., p.48 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., pp.120-121.

d'une entière sûreté »⁷⁷. L'État de nationalité de ces ressortissants est quant à lui en capacité de les protéger sur le fondement du principe de droit international de la protection diplomatique.

L'exercice de ce mécanisme a perduré depuis le Moyen-Âge jusqu'au XVIII^{ème} siècle – tout en étant modifié de manières conceptuelle et terminologique – puis c'est au XIX^{ème} siècle qu'il a gagné en importance⁷⁸. Les États ont commencé à protéger leurs ressortissants en établissant des commissions *ad hoc* d'arbitrage pour régler des différends spécifiques ou des catégories de différends impliquant le traitement d'un ressortissant étranger ou de sa propriété par l'État-hôte⁷⁹. Cette pratique, qualifiée d'« arbitrage "diplomatique" »⁸⁰, est issue des premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation⁸¹, tel que le Traité Jay conclu entre la Grande-Bretagne et les États-Unis en 1794⁸². Ce traité a établi une Commission pour décider des réclamations relatives au traitement des ressortissants des deux pays durant et après la Révolution américaine⁸³.

Le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique sur ses ressortissants sera reconnu dans l'*obiter dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt *Concessions Mavrommatis en Palestine*, considérant celle-ci comme « un principe élémentaire du droit international »⁸⁴. La protection diplomatique repose ainsi sur le fait que le dommage porté au

⁷⁷ VATTEL (E., de), *Le droit des gens : principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, éd. Neuchâtel, Londres, 1758, t.I, livre II, chapitre VIII, p.331, § 104. V. également, Affaire de l'Île de Palmas (Pays Bas c. États-Unis d'Amérique), *op. cit.*, p.839 ; LE FUR (L.), CHKLAVER (G.), *Recueil des textes de droit international public*, éd. Dalloz, Paris, 1928, p.673 ; VON VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1931, vol.37, p.387.

⁷⁸ CRAWFORD (J. R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, O.U.P., Oxford, 2012, 8^{ème} éd., pp.610-611.

⁷⁹ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.7 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.653.

⁸⁰ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.964.

⁸¹ Le premier traité d'amitié, de commerce et de navigation a été conclu entre la France et les États-Unis en 1778, v. Traité d'amitié et de commerce, conclu entre le Roi et les États-Unis de l'Amérique septentrionale le 6 février 1778, éd. Imprimerie royale, Paris, 1778, 23p. Ces traités se sont ensuite multipliés durant des décennies, au gré de l'expansion des activités de commerce et d'investissement des pays développés.

⁸² Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et la Grande Bretagne (« Jay Treaty »), signé le 19 novembre 1794, reproduit in. MILLER (H.) (éd.), *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, United States Government Printing Office, Washington, 1931, vol.2, documents 1-40: 1776-1818, doc.16, pp.245-274.

⁸³ CARREAU (D.), MARRELLA (F.), *Droit international*, Pedone, Paris, 2012, 11^{ème} éd., p.647.

⁸⁴ CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (République Hellénique c. Grande-Bretagne), exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2, p.12 : « C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international ». Ce *dictum* a été repris par la Cour dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 février 1939, Série A/B, n°76, p.16.

ressortissant d'un État est un dommage causé à l'État lui-même, pour lequel il peut être demandé réparation à tout État responsable⁸⁵. La protection diplomatique est donc la procédure mise en œuvre par l'État de nationalité du ressortissant lésé pour le protéger et, ainsi, obtenir réparation du préjudice engendré par un fait internationalement illicite⁸⁶. Les États développés ont eu largement recours à ce mécanisme afin de protéger leurs investisseurs situés dans des pays postcoloniaux qui, fragilisés par des conflits internes, pouvaient générer des dommages aux investissements étrangers⁸⁷.

Le recours aux Commissions mixtes d'arbitrage est devenu très fréquent vers la fin du XIX^{ème} siècle⁸⁸, notamment à la suite des interventions armées en Amérique latine, si bien que : « *[i]n the century after 1840 some 60 mixed claims commissions were set up to deal with such disputes* »⁸⁹. Après avoir obtenu leur indépendance des puissances coloniales, les pays d'Amérique latine ont engagé des relations amicales avec des pays exportateurs de capitaux et des relations commerciales avec des ressortissants étrangers par le biais des traités d'amitié, de commerce et de navigation et de différents types de contrats⁹⁰. Dans le cadre de ces traités, de nombreux États latino-américains se sont notamment engagés, par exemple, à accorder un traitement national aux ressortissants de l'autre État partie en matière d'accès à la justice, et à accorder la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce⁹¹. Cependant, plusieurs États exportateurs de capitaux ont eu recours à des interventions militaires contre ces pays importateurs de capitaux, notamment pour recouvrer les dettes de leurs ressortissants.

⁸⁵ C.D.I., Texte des projets d'articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, Vol.II, n°2, A/61/10, p.25, article Premier : « (...) la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité. ».

⁸⁶ *Ibid.*, p.25, Commentaire sous l'article Premier, §2.

⁸⁷ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.651.

⁸⁸ V. par ex. le Traité de Versailles du 28 juin 1919, reproduit in. MARTENS (G.F.), *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3^e série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t.XI, n°32, pp.323-677. L'article 304 du Traité établissant un tribunal mixte d'arbitrage avait notamment la charge de déterminer la compensation due en vertu de l'article 297 en cas d'expropriation.

⁸⁹ CRAWFORD (J. R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, p.611.

⁹⁰ LUQUE MACÍAS (M. J.), *Re-Politicising International Investment Law in Latin America Through the Duty to Regulate Paradigm*, Springer Nature, Switzerland, 2021, p.25.

⁹¹ *Ibid.*, p.25, notes 1-4.

À titre d'exemple, l'Allemagne et la Grande-Bretagne ont envahi le Venezuela en 1903, en raison du refus de celui-ci de régler ses différends par la voie diplomatique⁹². Les interventions militaires sur les territoires latino-américains ont conduit les États à accepter l'établissement de Commissions mixtes des réclamations pour arbitrer les différends les opposant⁹³. Les défenseurs étaient alors largement des pays latino-américains tels que le Mexique ou le Venezuela⁹⁴. Les Commissions mixtes ont alors contribué à définir la teneur de ce qui deviendra le standard minimum de traitement, revendiqué par les pays exportateurs de capitaux face à celui du traitement national défendu par les États latino-américains⁹⁵.

Compte tenu du recours croissant à la force militaire dans le règlement des différends interétatiques, plusieurs États ont ouvert la voie à l'institutionnalisation de l'arbitrage en tant que mécanisme pacifique de règlement des différends interétatiques. Ainsi, les interventions militaires françaises au Mexique au XIX^{ème} siècle ont conduit les États latino-américains à discuter et adopter un plan d'arbitrage pour le règlement des différends interétatiques⁹⁶.

⁹² Pour un examen détaillé de cet événement, v. MITCHELL (N.), *The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1999, pp.64-107.

⁹³ CRAWFORD (J.R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, O.U.P., Oxford, 2019, 9^{ème} éd., p.595, note 28. Ce fut par exemple le cas au Mexique à la suite de l'intervention française de 1861 à 1862, v. FRUTOS-PETERSON (C.), *op. cit.*, pp.16-17 ; FELLER (A. H.), *The Mexican claims commissions, 1923-1924. A study in the law and procedure of international tribunals*, The Macmillan company, New York, 1935, pp.8-9. Le déploiement de la force navale des États-Unis au Paraguay en vue d'obtenir une compensation pour les dommages pécuniaires subis par ses ressortissants a également conduit à l'établissement d'une commission mixte des réclamations en 1885, v. MILES (K.), *op. cit.*, pp.56-58. Les États-Unis ont procédé de la même façon en Argentine en 1833, v. JOHNSON (O.T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, pp.652-653. De même, la flotte française a bloqué le port de Buenos Aires entre 1838 et 1840, v. GRIGERA NAON (H. A.), « Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. 2004 Freshfields Lecture », *Arbitration International*, 2005, vol.21(2), pp.128-130.

⁹⁴ CRAWFORD (J. R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^{ème} éd., *op. cit.*, p.611 : « These included claims settlement conventions between Mexico and the US of 1839, 1848, 1868, and 1923 ; the Venezuelan arbitrations of 1903 involving claims of 10 states against Venezuela ; and conventions between Great Britain and the US of 1853, 1871, and 1908 » ; NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp.23-24. Plusieurs Commissions mixtes ont été mises en place aux débuts du XX^{ème} siècle, v. par ex., Convention du 25 septembre 1924 (France-Mexique), *R.T.S.D.N.*, vol.79, p.417 ; Convention du 19 novembre 1926 (Grande-Bretagne-Mexique), *R.T.S.D.N.*, vol.85, p.51 ; Protocole du 27 février 1903 (Commission mixte des réclamations France- Venezuela), *R.S.A.*, vol.X, p.3 ; Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Allemagne-Venezuela), *R.S.A.*, vol.X, p.359, (Protocole Allemagne-Venezuela).

⁹⁵ V. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.25 ; Affaire *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision du 15 octobre 1926, *R.S.A.*, vol.IV, pp.60-66. V. également, CIRDI, *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003, §§179-180.

⁹⁶ *Invitation to the [First] Conference of American States, Circular Instruction of the Secretary of State of the United States to the American Diplomatic Representatives accredited to the Governments of Mexico, Central and South America, Haiti and San Domingo*, 13 juillet 1888, reproduit in. SCOTT (J. B.), *The International Conferences of American States, 1889-1928: A Collection of the Conventions, Recommendations, Resolutions, Reports, and Motions adopted by the First Six International Conferences of the American States, and documents relating to the Organization of the Conferences*, O.U.P., New York, 1931, pp.5-6.

Néanmoins, c'est à l'occasion de la première Conférence de la paix en 1899 qu'ils se sont véritablement entendus pour adhérer à la Convention I de La Haye de la même année⁹⁷. En vertu de cette convention, l'arbitrage constitue l'une des méthodes juridiques pour le règlement pacifique des différends interétatiques⁹⁸, sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des traités internationaux⁹⁹. À cette fin, la Convention a créé la Cour permanente d'arbitrage (ci-après « CPA ») pour initier les États contractants à recourir à l'arbitrage international¹⁰⁰, subordonnant le consentement des États à l'arbitrage à la conclusion d'un autre accord¹⁰¹. Les États latino-américains ont alors affirmé leur engagement à soumettre les litiges interétatiques à la CPA¹⁰².

L'adhésion des États latino-américains à la Convention de La Haye résulte des compromis obtenus dans le cadre de l'Union panaméricaine¹⁰³, un espace où les pays latino-américains se réunissaient régulièrement pour discuter notamment de la protection juridique accordée aux ressortissants étrangers. En effet, les pays d'Amérique latine ont adopté une Convention sur les réclamations pécuniaires¹⁰⁴ afin de soumettre toute réclamation relative aux pertes et dommages pécuniaires de leurs ressortissants respectifs¹⁰⁵ à l'arbitrage sous l'égide de la CPA, conformément à la Convention de La Haye de 1899¹⁰⁶. Par ailleurs, les interventions militaires au Venezuela, à la suite du refus de celui-ci de régler les différends interétatiques par voie diplomatique, l'ont conduit à accepter de signer des protocoles reconnaissant le bien-fondé des réclamations¹⁰⁷ et s'engageant à régler les différends par voie d'arbitrage¹⁰⁸. Le Venezuela et

⁹⁷ Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée le 29 juillet 1899, disponible à : <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-FR.pdf>. Elle sera remplacée par la Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée le 18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910, v. Ministère des Affaires étrangères, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, 1907*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908, pp.161-188.

⁹⁸ Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, art.15.

⁹⁹ *Ibid.*, art.16.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art.20.

¹⁰¹ *Ibid.*, art.19.

¹⁰² *Protocol on Adherence to the Conventions of the Hague*, signé le 31 janvier 1902, reproduit in. SCOTT (J. B.), *op. cit.*, pp.61-62.

¹⁰³ L'Union panaméricaine a organisé sept conférences régionales entre 1889 et 1933, et est à l'origine de l'Organisation des États Américains qui sera fondée en 1948, v. SCOTT (J. B.), *op. cit.*

¹⁰⁴ *Convention Pecuniary Claims*, 30 août 1910, reproduit in. SCOTT (J. B.), *op. cit.*, pp.183-185.

¹⁰⁵ *Ibid.*, premier considérant.

¹⁰⁶ *Ibid.*, deuxième considérant.

¹⁰⁷ Protocole Allemagne-Venezuela, art.I ; Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), *R.S.A.*, vol.IX, p.35, (Protocole Grande-Bretagne-Venezuela), art.I ; Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela), *R.S.A.*, vol.X, p.479, (Protocole Italie-Venezuela), art.I.

¹⁰⁸ Protocole Allemagne-Venezuela, art.III ; Protocole Grande-Bretagne-Venezuela, art.III ; Protocole Italie-Venezuela, art.III.

les pays envahisseurs ont alors convenu de soumettre le règlement de ces litiges à un tribunal *ad hoc* constitué sous l'égide de la CPA¹⁰⁹.

À la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, les États latino-américains ont participé à des arbitrages internationaux sans pour autant adhérer au mécanisme en lui-même. Ces arbitrages, issus des Commissions mixtes, dont l'archétype est celui du Traité Jay¹¹⁰, se sont déroulés en raison des dommages causés aux investisseurs étrangers, dus à des expropriations ou à des violations contractuelles. Néanmoins, ces arbitrages ont été imposés par les pays exportateurs de capitaux¹¹¹, les États latino-américains y consentant avant tout pour mettre fin aux interventions armées des premiers et pour éviter les abus de la protection diplomatique¹¹². Le rapport des États latino-américains à l'arbitrage a donc non seulement été marqué par l'instauration de ces Commissions mais également par les conséquences des solutions au fond prononcées par celles-ci.

Les conflits liés à la révolution agraire au Mexique en 1910, qui se sont étendus lors de la nationalisation de l'industrie pétrolière et ont perduré jusqu'aux années 1970, témoignent des interférences des États latino-américains dans les propriétés des investisseurs étrangers européens et états-uniens¹¹³. Le Mexique proposa d'indemniser partiellement les investisseurs étrangers ou, à tout le moins, de leur accorder l'indemnisation versée à ses propres ressortissants

¹⁰⁹ Protocole du 7 mai 1903 (The Venezuelan Preferential Case – Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al), *R.S.A.*, vol.IX, p.105, art.I. Après plusieurs mois de délibérations, le tribunal de l'affaire *Preferential Claims v. Venezuela* a rendu une décision confirmant le traitement préférentiel des réclamations des pays envahisseurs, sans pour autant aborder la question de la légalité de leurs interventions militaires, *v. The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy v. Venezuela)*, sentence arbitrale, 22 février 1904, *R.S.A.*, vol.IX, p.107.

¹¹⁰ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.653.

¹¹¹ MILES (K.), *op. cit.*, p.52.

¹¹² La pratique a été qualifiée de « *gunboat diplomacy* » ou « diplomatie de la canonnière », terme employé pour décrire la pratique européenne de coercition via une démonstration de force militaire pour obtenir des avantages politiques ou commerciaux, *v. JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), op. cit.*, p.651 ; LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *op. cit.*, p.15 ; BIGGS (G.), « The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile U.S. Free Trade Agreement », *ICSID Review – F.I.L.J.*, 2004, vol.19(1), pp.66-67 ; FRUTOS-PETERSON (C.), *op. cit.*, pp.16-17. M. Sornarajah précise par ailleurs que ces interventions ont perduré au fil de l'histoire, à l'image du renversement du gouvernement d'Allende au Chili qui est l'un des exemples les plus évidents d'intervention forcée, secrètement, pour protéger les investissements étrangers, *v. SORNARAJAH (M.), The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, p.20, note 61.

¹¹³ *V. JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), op. cit.*, p.662. La dépossession des propriétaires terriens lors de la révolution agraire a débuté avec la chute du président Porfirio Díaz en 1910 et a été suivie des nationalisations de l'industrie pétrolière sous les présidences de L. Cárdenas del Río (1934-1940) et de G. Díaz Ordaz (1964-1970), *v. DEL DUCA (P.), « The Rule of Law : Mexico's Approach to Expropriation Disputes in the Face of Investment Globalization », U.C.L.A. Law Review*, 2003, vol.51(1), pp.62-63.

en vertu de son droit national¹¹⁴. Cette proposition fut rejetée et a conduit aux Commissions mixtes de 1923¹¹⁵.

Ainsi, « [la méfiance des États latino-américains envers l'arbitrage] ne pouvait qu'être renforcée au regard des solutions au fond prononcées par les Commissions mixtes d'arbitrage »¹¹⁶, puisque peu de sentences ont été rendues en leur faveur des États latino-américains et qu'elles ont conduit, par exemple, au versement d'importantes indemnités¹¹⁷ ou à l'obligation de cession de parties de territoires¹¹⁸. Selon O. Thomas Johnson et Jonathan Gimblett, il était évident que les expropriations massives étaient bien justifiées par de réels problèmes sociaux, que le Mexique était dans l'incapacité financière d'indemniser entièrement les investisseurs et qu'il n'existait aucune discrimination envers les investisseurs étrangers dans la mesure où les ressortissants mexicains perdaient eux-aussi leurs propriétés¹¹⁹. Edwin Montefiore Borchard soulignait, quant à lui, que : « (...) *we must support the Latin-American states in their endeavors to be relieved from the diplomatic pressure of claims resulting from injuries sustained in the operations incident to civil war* »¹²⁰. En raison des conséquences financières des Commissions de réclamations, il était justifié que les États latino-américains se plaignent de la pression "injuste" exercée sur eux par les nombreuses réclamations¹²¹.

B. La limitation de l'arbitrage interétatique aux réclamations des étrangers en matière de protection diplomatique

En vue de répondre aux abus des interventions armées et à l'usage récurrent de la protection diplomatique, les États latino-américains ont développé des doctrines, dont la plus renommée

¹¹⁴ DEL DUCA (P.), *op. cit.*, p.64.

¹¹⁵ Décisions des Commissions des Réclamations (Mexique-États-Unis), *R.S.A.*, vol.IV, pp.1-769 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.666 ; v. FRUTOS-PETERSON (C.), *op. cit.*, p.18.

¹¹⁶ FRUTOS-PETERSON (C.), *op. cit.*, p.18.

¹¹⁷ Dans le cadre de l'arbitrage des *Fonds Pieux des Californies*, le Mexique fut condamné à verser au gouvernement états-unien la somme "perpétuelle" de 43.050,99 dollars par an, v. Affaire des *Fonds Pieux des Californies* (États-Unis d'Amérique c. Mexique), sentence arbitrale, 14 octobre 1902, *R.S.A.*, vol.IX, pp.13-14.

¹¹⁸ Dans le cadre de l'arbitrage relatif à la possession du territoire de l'Île de Clipperton (« l'Île de la Passion »), le Mexique fut condamné à céder cette île à la France, v. Affaire de l'Île de Clipperton (Mexique c. France), sentence arbitrale, 28 janvier 1931, *R.S.A.*, vol II, p.1111.

¹¹⁹ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.663.

¹²⁰ BORCHARD (E. M.), *op. cit.*, pp.841.

¹²¹ *Ibid.*, pp.857.

n'est autre que la doctrine Calvo¹²². Les argentins Carlos Calvo et Luis Drago ont conceptualisé des doctrines fondées sur les droits souverains des États, qui ont exercé une grande influence sur la pratique juridique aux échelles nationale et régionale en Amérique latine.

La doctrine Calvo, doctrine éponyme, est fondée sur les principes de souveraineté, d'égalité entre les États et de compétence territoriale. La doctrine Calvo condamne fermement les interventions armées ou diplomatiques¹²³ mettant en exergue la manière dont les européens se sont prévalus de leur droit à la protection diplomatique qui contredisait, entre autres, le principe de l'égalité souveraine des États¹²⁴. La doctrine affirme également que les ressortissants étrangers jouissent d'une protection identique à celle des nationaux qui ne saurait être plus étendue et qu'ils sont ainsi soumis aux tribunaux et aux lois nationales¹²⁵.

En raison de l'accès des ressortissants étrangers aux juridictions nationales des pays latino-américains, pour présenter des réclamations fondées sur des griefs contractuels¹²⁶, Carlos Calvo a qualifié les actions diplomatiques coercitives et le recours à la protection diplomatique de méthodes illégitimes¹²⁷. Cette doctrine s'est alors formalisée par la "clause Calvo", imposant aux ressortissants étrangers la résolution des litiges devant les juridictions nationales et excluant la protection diplomatique¹²⁸.

¹²² TITI (C.), « Investment Arbitration in Latin America », *Arbitration International*, 2014, vol.30.2, p.360 ; GRIGERA NAÓN (H. A.), « Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks 2004 Freshfields Lecture », *op. cit.*, p.131 ; BIGGS (G.), *op. cit.*, pp.66-67.

¹²³ CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, éd. A. Rousseau, Guillaumin et cie., Paris, 1887, 4^{ème} éd., t.I, §§109-110, pp.266-267.

¹²⁴ SHEA (D. R.), *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, éd. University of Minnesota, Minneapolis, 1955, p.18.

¹²⁵ CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, éd. A. Rousseau, Guillaumin et cie., Paris, 1888, 6^{ème} éd., t.III, §§1276-1278, pp.138-140.

¹²⁶ SHEA (D. R.), *op. cit.*, p.19.

¹²⁷ HERSHEY (A. S.), « The Calvo and Drago Doctrines », *A.J.I.L.*, 1907, vol.1(1), pp.26-27.

¹²⁸ V. BORCHARD (E. M.), *op. cit.*, p.793 ; LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *op. cit.*, p.17. La validité de cette clause au regard du droit international a fait l'objet de vives débats doctrinaux mais comme le soulignait John Dugard, la clause Calvo « ne joue que dans le cas de différends nés d'un contrat conclu entre un étranger et l'État hôte et prévoyant ladite clause et non en présence de violations du droit international. (...) [Elle] confirme l'importance de la règle de l'épuisement des recours internes. (...) [L]a clause Calvo pourrait priver toute disposition d'un compromis opérant dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes. (...) La renonciation au nom de la clause Calvo ne joue que s'agissant des litiges nés d'un contrat ou de la rupture d'un contrat, qui en tout état de cause ne constitue pas une violation du droit international. Elle ne peut être évoquée face à des infractions en droit international ni, en particulier, en cas de déni de justice. », v. DUGARD (J.), *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, doc.A/CN.4/523/Add.1, 2002, *Ann. C.D.I.*, 2002, vol.II(1), p.79 (notes omises). Toutefois, les auteurs d'Amérique latine considéraient que la clause visait à exclure l'exercice de la protection diplomatique en toutes circonstances, v. par ex, GARCÍA ROBLES (A.), *La Cláusula Calvo ante el derecho internacional*, Mexico, 1939, p.176 ; BETETA (R.), HENRÍQUEZ (E.), «La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros y los Estados de América», *Proceedings of the*

La doctrine Drago, doctrine également éponyme, est quant à elle, plus restreinte. Son approche s'est concentrée sur la question de l'invocation de la protection diplomatique à la suite des interventions militaires européennes au Venezuela¹²⁹. Luis Drago ne rejetait pas le bien fondé des demandes de protection diplomatique à la suite du défaut de paiement des prêts contractés par le Venezuela auprès des ressortissants européens. Cependant, il soutenait que dans le cadre de contrats, l'État agit comme toute partie contractante, ce qui doit conduire le ressortissant étranger co-contractant à demander réparation devant les juridictions nationales¹³⁰. À l'instar de Carlos Calvo, Luis Drago considérait alors que le recours à la protection diplomatique était ainsi limité aux cas où les ressortissants étrangers seraient victimes d'un déni de justice¹³¹. Toutefois, il jugeait ce recours contre le Venezuela inapplicable dans le contexte du défaut de paiement des prêts¹³², ces derniers ayant été contractés par le biais d'une législation¹³³. Le Venezuela avait ainsi agi en sa qualité d'État souverain et bénéficiait à ce titre d'une immunité absolue¹³⁴.

Les doctrines Calvo et Drago furent notamment incorporées dans les contrats¹³⁵, lois, traités et constitutions des États latino-américains¹³⁶. À titre d'illustration, leur intégration dans les

Eighth American Scientific Congress held in Washington, May 10-18, 1940, vol. X, Département d'État, Washington, 1943, pp.44-45.)

¹²⁹ DRAGO (L. M.), « State Loans in Their Relation to International Policy », *A.J.I.L.*, 1907, vol.1(3), pp.692-726.

¹³⁰ *Ibid.*, pp.693-694.

¹³¹ *Ibid.*, p.696.

¹³² *Ibid.*, p.697.

¹³³ *Ibid.*, p.695.

¹³⁴ *Ibid.*, pp.695-696. Drago percevait alors les actions militaires de l'Allemagne, de la Grande-Bretagne et de l'Italie comme une tentative déguisée de conquête des Amériques et comme une violation des principes de non-intervention et d'égalité souveraine des États, v. HERSHEY (A. S.), *op. cit.*, p.30.

¹³⁵ Le Mexique, par exemple, a inclus une formulation de la clause Calvo dans les contrats conclus avec des ressortissants états-unis et britanniques et/ou des entreprises engagées dans diverses activités telles que la fourniture de services de dragage, v. *Affaire North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision du 31 mars 1926, *R.S.A.*, vol.IV, pp.26-27 ; l'exploitation de chemins de fer, v. *Affaire Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision de février 1930, *R.S.A.*, vol.V, p.117, note 1 ; des services de construction, d'entretien et d'acquisition de chemins de fer, v. *Affaire Veracruz (Mexico) Railways (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision du 7 juillet 1931, *R.S.A.*, vol.V, pp.222-223, §4 ; la construction d'usines de conserves alimentaires pour l'emballage d'aliments, v. *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision de juillet 1931, *R.S.A.*, vol.IV, p.691.

¹³⁶ BORCHARD (E. M.), *op. cit.*, p.794 ; BIGGS (G.), *op. cit.*, p.66 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.21 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.657 ; YOUNGBI FASSEU (F.), « Current Debates on Investor-State Arbitration in Latin America », *Nueva Época*, octobre 2018-mars 2019, año 12, núm.45, p.199, disponible à : <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v12n45/2594-0716-tla-12-45-190.pdf>.

constitutions de la Bolivie¹³⁷, du Pérou¹³⁸ et de l'Équateur¹³⁹, ont permis que leur applicabilité générale soit assurée sur tous les autres instruments juridiques¹⁴⁰.

Les doctrines se retrouvent également à l'échelle de la pratique régionale en ce qu'elles ont été fermement soutenues dès la première Conférence de l'Union panaméricaine¹⁴¹. Les États latino-américains ont ainsi adopté la Convention relative aux droits des étrangers lors de la deuxième Conférence¹⁴², complétée ensuite par la Convention relative au statut des étrangers¹⁴³. Ces conventions leur ont permis de réaffirmer la primauté du traitement national applicable aux ressortissants étrangers, et la compétence absolue des États d'accueil pour régir leurs relations avec ces ressortissants et les questions liées à leurs droits de propriété¹⁴⁴. Les États latino-américains ont également rappelé, à travers ces textes, que les ressortissants étrangers n'ont le droit de saisir leurs États d'origine pour faire valoir leur droit à la protection diplomatique qu'en cas de déni de justice manifeste¹⁴⁵. Puis, face aux tentatives des pays exportateurs de capitaux d'imposer l'idée d'un standard minimum de traitement des étrangers, les États latino-américains ont adopté une Convention sur les droits et devoirs des États, dite

¹³⁷ Les constitutions boliviennes ont incorporé la doctrine Calvo de façon récurrente : de l'article 18 de la Constitution de 1938 et les suivantes, jusqu'à l'article 320.II de la Constitution de 2009, v. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Las Constituciones Políticas de Bolivia. 1826-2009*, ed. Tribunal Constitucional Plurinacional – Unidad de Investigación, Bolivia, 2018, 553p, disponible à : <https://tcpbolivia.bo/aspectcp/sites/default/files/pdf/Librolasconstituciones1826-2009.pdf>

¹³⁸ Constitución Política del Perú sancionada por el Congros Constituyente de 1931, promulgada el 9 de abril de 1933, Lima, art. 31, disponible à : <https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Constitucion/003316/index.html>

¹³⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, Constitución de 1978 codificada en 1993 (Codificación 1993 Ley Número 25. RO/183 de 5 de Mayo de 1993), art. 16 : « *Los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática; si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña.* » (Les contrats conclus par le Gouvernement ou par des entités publiques avec des personnes physiques ou entités juridiques étrangères porteront explicitement la renonciation à toute réclamation diplomatique ; si ces contrats, quels qu'ils soient, ont été conclus sur le territoire Equatorien, ils ne pourront pas faire appel à une juridiction étrangère. [traduction libre]).

¹⁴⁰ Pour une étude approfondie de l'insertion de la doctrine Calvo dans les Constitutions latino-américaines, v. par ex., GARCIA-MORA (M. R.), « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *Marquette Law Review*, Milwaukee, 1950, vol.33(4), pp.207-208, notes 9-13. V. également, TAMBURINI (F.), « Historia y Destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u Obsolescencia del Pensamiento de Carlos Calvo? », *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 2002, n°24, pp.81-101, disponible à : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005&lng=es&nrm=iso.

¹⁴¹ *Recommendation, Claims and Diplomatic Intervention*, 19 avril 1890, reproduit in. SCOTT (J. B.), *op. cit.*, p.45.

¹⁴² *Convention Relative to the Rights of Aliens*, signée le 31 janvier 1902, reproduit in. SCOTT (J. B.), *op. cit.*, pp.90-91.

¹⁴³ *Convention on the Status of Aliens*, signée le 20 février 1928, reproduit in. SCOTT (J. B.), *op. cit.*, pp.415-416.

¹⁴⁴ *Convention Relative to the Rights of Aliens*, *op. cit.*, premier considérant ; *Convention on the Status of Aliens*, *op. cit.*, art.5.

¹⁴⁵ *Convention Relative to the Rights of Aliens*, *op. cit.*, troisième considérant.

« Convention de Montevideo »¹⁴⁶. Celle-ci proclame l'égalité souveraine des États et fait référence à leur devoir de non-intervention dans les affaires des autres États¹⁴⁷, renvoyant explicitement aux expériences historiques auxquelles la région avait été confrontée. De plus, la Convention affirme que :

La juridiction des États dans les limites du territoire national s'applique à tous les habitants. Les nationaux et les étrangers se trouvent sous la même protection de la législation et des autorités nationales, les étrangers ne pourront pas prétendre à des droits différents, ni plus étendus que ceux des nationaux. [Traduction libre]¹⁴⁸.

La Convention de Montevideo incarne en elle-même les principes juridiques qui sous-tendent la position critique des États latino-américains à l'égard des interventions militaires comme méthode de résolution internationale des différends interétatiques. Elle reflète également la position critique des États latino-américains à l'égard des instruments juridiques internationaux visant à protéger les investissements étrangers au-delà du traitement national. En outre, cette Convention maintient fermement le principe selon lequel le traitement accordé aux étrangers est soumis à la compétence juridictionnelle des États.

Le régime encadrant les relations entre investisseurs étrangers et États d'accueil a été fortement politisé en Amérique latine, allant de la période d'acquisition de l'indépendance des pays de latino-américains aux années 1930. Cette politisation résulte du recours à l'intervention armée des pays exportateurs de capitaux pour recouvrer les dettes de leurs ressortissants, et à la présentation de demandes de protection diplomatique en leurs noms.

De cette politisation a découlé une première controverse concernant l'existence présumée d'un standard minimum de traitement en droit international coutumier qui permettrait d'engager la responsabilité internationale des États. Selon ce principe, les ressortissants étrangers pourraient bénéficier d'une protection plus importante de leur propriété et de leur activité économique que celle qui serait accordée aux ressortissants nationaux par l'État d'accueil¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo le 26 décembre 1933, entrée en vigueur le 26 décembre 1934, (Convention de Montevideo), *R.T.N.U.*, vol.165, p.19.

¹⁴⁷ *Ibid.*, art.4 et art.8.

¹⁴⁸ *Ibid.* art.9 : « *La jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se aplica a todos los habitantes. Los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales.* ».

¹⁴⁹ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., pp.36, 122.

La seconde controverse portait sur les demandes de protection diplomatique des pays exportateurs de capitaux. Les pays d'Amérique latine soutenaient, pour leur part que seule la législation nationale était applicable aux ressortissants étrangers, et que seul le cas du déni de justice pouvait leur permettre d'accéder à la protection diplomatique. Les instruments juridiques nationaux et les Conférences régionales de l'Union panaméricaine leur ont permis d'exprimer leurs revendications souveraines et d'affirmer les doctrines propres à leurs systèmes juridiques.

Toutefois, ces doctrines ne se sont pas étendues en dehors de la région¹⁵⁰. L'idée de l'existence de normes internationales minimales de traitement à accorder aux investisseurs étrangers, soutenue par les pays exportateurs de capitaux, s'est largement répandue face aux défenseurs latino-américains d'une norme de traitement national¹⁵¹. Ces derniers plaidaient en faveur d'un contrôle national de l'investissement étranger, sans contraintes externes, tandis que les pays exportateurs de capitaux soutenaient, a contrario, que l'exercice de contraintes sur le contrôle opéré par l'État d'accueil assurerait une meilleure protection à leurs investisseurs à l'étranger¹⁵². En outre, les États d'Amérique latine n'ont pas réussi à faire accepter aux États européens et aux États-Unis que leurs tribunaux nationaux soient les dernières voies de recours pour leurs ressortissants¹⁵³, et les nombreuses Commissions mixtes d'arbitrage ont refusé de donner effet à la clause Calvo¹⁵⁴. Ces États considéraient que les moyens juridictionnels accordés à leurs ressortissants étaient insuffisants ou manquaient d'impartialité¹⁵⁵. Dès lors, la doctrine Calvo s'est progressivement épuisée face aux principes du droit international

¹⁵⁰ À l'exception de la doctrine Drago qui fut incorporée à la Convention de La Haye de 1907, dite « Convention Drago-Porter », v. Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, 18 octobre 1907, La Haye, in. Ministère des Affaires étrangères, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, 1907*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908, pp.189-191. Toutefois, l'interdiction du recours à la force peut être levée si l'État refuse de se soumettre à l'arbitrage (Article premier).

¹⁵¹ POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p.70.

¹⁵² SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.33.

¹⁵³ V. par ex., Protocole pour la reprise des relations diplomatiques entre la France et le Venezuela, signé le 11 février 1913, entré en vigueur le 13 juin 1913, *Journal Officiel de la République Française*, 17 juin 1913, pp.5198-5199, art.II : « (...) le Gouvernement français aura le droit (...) de soumettre à la commission d'arbitrage (...) les réclamations ayant fait l'objet d'une sentence vénézuélienne (...) ». Les États-Unis ont par exemple, refusé de conclure un traité avec l'Équateur pour cette raison, v. BORCHARD (E. M.), op. cit., p.843.

¹⁵⁴ V. par ex., Affaire *Day et Garrison (États-Unis) c. Venezuela* (Commission de réclamations États-Unis d'Amérique-Venezuela), décision du 5 décembre 1885, *R.S.A.*, vol.XXIX, pp.227-240 ; Affaire *Woodruff (États-Unis) c. Venezuela* (Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela), décision du 17 février 1903, *R.S.A.*, vol.IX, pp.213-223. ; Affaire *Orinoco Steamship (États-Unis) c. Venezuela* (Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela), décision du 17 février 1903, *R.S.A.*, vol.IX, pp.180-204 ; BORCHARD (E. M.), op. cit., pp.800-808.

¹⁵⁵ ECHAIDE (J.), « Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas », *A.M.D.I.*, 2017, vol.XVII, p.373. ; BORCHARD (E. M.), op. cit., p.821.

coutumier et aux jugements de l'opinion publique mondiale¹⁵⁶. En réalité, elle s'est simplement éteinte, sans jamais disparaître. Cette position latino-américaine a refait surface à travers l'histoire du droit des investissements. Les relations conflictuelles entre les pays développés, exportateurs de capitaux, et l'Amérique latine, ont joué un rôle majeur dans le développement du droit international des investissements avant la Seconde Guerre Mondiale¹⁵⁷, et les positions soutenues par les États latino-américains ont participé à l'élaboration de la matière¹⁵⁸.

§2. Le développement nécessaire d'un droit dédié à la protection des investissements internationaux face aux risques d'expropriations

La codification du régime juridique international des investissements s'est opérée dès la seconde moitié du XX^{ème} siècle à travers des accords internationaux d'investissement. Ces accords se sont développés en réponse à trois éléments : le caractère incertain et inadéquat du droit international coutumier, l'échec du multilatéralisme et le besoin d'axer la protection sur les investissements et non seulement sur le commerce (A). En Amérique latine, les politiques économiques des États ont conduit à mettre en lumière l'enjeu de la protection de la propriété étrangère face au risque de son expropriation (B).

A. Les faiblesses et l'inadéquation du droit international coutumier

Premièrement, le droit international coutumier, relatif à la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux ressortissants étrangers et à leur propriété, est apparu comme insatisfaisant pour répondre aux besoins de la matière¹⁵⁹. Il obligeait les États d'accueil à traiter l'investissement étranger en accord avec le standard international de traitement minimum des

¹⁵⁶ BORCHARD (E. M.), *op. cit.*, pp.858-859.

¹⁵⁷ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, p.20. Pour un développement plus approfondi des relations historiques entre l'Amérique latine et les pays exportateurs de capitaux, notamment les États-Unis, v. GALEANO (E.), *Las venas abiertas de América Latina : Cinco siglos del pillaje de un continente*, Siglo XXI Ed., Mexico, 1971, 383p.

¹⁵⁸ JESSUP (P. C.), *The Use of International Law*, The Thomas M. Cooley Lectures, 8th Series, University of Michigan Law School éd., 1959, p.19. V. également, YEPES (J. M.), « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *R.C.A.D.I.*, 1930, vol.32, pp.691-842.

¹⁵⁹ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.41 ; DOUGLAS (Z.), « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *B.Y.I.L.*, vol.74(1), 2004, p.159 ; SALACUSE (W.), SULLIVAN (P.) « Do BITs Really Work ? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain », *Harvard International Law Journal*, vol.46(1), 2005, p.71 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis », *I.C.L.Q.*, vol.59(2), 2010, pp.344-345.

étrangers. Néanmoins certains États s’y opposaient fermement, quand d’autres soulevaient que le contenu du standard était vague et insuffisamment exigeant dans ses conditions d’application. De plus, le recours à la protection diplomatique, en vue de protéger les investissements et investisseurs étrangers, était difficile à mettre en œuvre¹⁶⁰, en raison de ses conditions d’exercice¹⁶¹, et son usage restait à la discrétion de l’État de nationalité¹⁶² qui, prenant entièrement le contrôle sur le processus, en excluait l’investisseur¹⁶³. Il est donc apparu nécessaire de développer un régime propre aux investissements étrangers, disposant à la fois de standards de protection de ces derniers et d’un mécanisme de résolution des différends directement accessible au ressortissant étranger.

Deuxièmement, le régime juridique international des investissements étrangers a connu des tentatives de développement à l’échelle multilatérale mais cela fut un échec¹⁶⁴. Durant les négociations du cycle d’Uruguay, les États-membres de l’OMC ont conclu l’Accord sur les Mesures Concernant les Investissements et Liées au Commerce. Celui-ci a seulement réaffirmé que les États parties à l’Accord ne peuvent pas appliquer de mesures concernant les investissements qui seraient incompatibles avec les obligations relatives au traitement national et aux restrictions quantitatives de l’Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (ci-après « GATT »)¹⁶⁵. Quelques années plus tard, les États échoueront également à conclure un Accord multilatéral sur l’investissement¹⁶⁶ sous l’égide de l’Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après « OCDE »). Le projet a été abandonné, notamment en raison du désaccord entre États développés et pays en voie de développement sur la question

¹⁶⁰ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.159.

¹⁶¹ La protection diplomatique, fondée sur un triptyque État-bien-personne est compliquée à mettre en œuvre dès lors qu’il s’agit de sociétés commerciales développées, situées dans des États différents et liées entre elles par des relations complexes. Dès lors, les facteurs de rattachement deviennent difficilement identifiables.

¹⁶² NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.6 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.160 ; DOUGLAS (Z.), *op. cit.*, p.169.

¹⁶³ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.160.

¹⁶⁴ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2007, p.1 ; SAUVÉ (P.), « Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible? », *J.I.E.L.*, vol.9(2), 2006, p.326 ; PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.23 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, pp.2-3.

¹⁶⁵ Accord sur les Mesures Concernant les Investissements et Liées au Commerce, in. OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d’Uruguay – Textes juridiques*, Publications de l’OMC, Genève, 2003, p.159, art.2(1) ; Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT de 1994), in. OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d’Uruguay – Textes juridiques*, Publications de l’OMC, Genève, 2003, p.21 ; Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, signé à Genève le 30 octobre 1947, entré en vigueur le 1er janvier 1948, *R.T.N.U.*, vol.55, p.187.

¹⁶⁶ OCDE, *L’Accord Multilatéral sur l’Investissement : Projet de texte consolidé*, DAF/MAI/98(7)/REV1, 24 avril 1998, 153p, v. également les documents des négociations disponibles à : <https://www.oecd.org/daf/mai/tocf.htm>.

de la différence entre les réglementations étatiques dans l'intérêt public n'appelant pas à compensation, et celles équivalant à une expropriation entraînant une compensation¹⁶⁷. Les États développés ont ainsi privilégié le bilatéralisme pour protéger leurs opérateurs économiques et commencé à conclure des TBI dédiés à la protection et à la promotion des investissements étrangers¹⁶⁸.

Troisièmement, le développement des TBI dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle est également venu renforcer l'idée d'une codification nécessaire du droit international des investissements. Les TBI sont le fruit de l'existence dès le XVIII^{ème} siècle des traités d'amitié, de commerce et de navigation, qui établissaient des garanties minimales aux investissements étrangers, dans un contexte de promotion du commerce¹⁶⁹. Après la Seconde Guerre Mondiale, les États ont conclu des traités d'amitié, de commerce et de navigation dans lesquels les dispositions relatives à la protection des investissements étaient nombreuses¹⁷⁰, prévoyant déjà le règlement d'une compensation pour le ressortissant étranger en cas de préjudice pécuniaire¹⁷¹. Puis, l'émergence du GATT en 1947, dont les dispositions étaient propres au commerce, a conduit ces traités à privilégier les dispositions relatives aux investissements¹⁷². Ainsi, les TBI sont devenus les premiers accords internationaux à se concentrer exclusivement sur le traitement des investissements étrangers afin de garantir leur protection¹⁷³, et de permettre aux investisseurs étrangers de saisir directement un tribunal d'arbitrage *ad hoc* contre l'État d'accueil pour résoudre leur différend. Ces traités, qui accordaient des droits de façon

¹⁶⁷ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.55 ; KURTZ (J.), « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », *U.P.J.I.L.*, vol.23(4), 2002, p.761 ; WÄLDE (T.), KOLO (A.), « Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law », *I.C.L.Q.*, vol.50(4), 2001, p.811.

¹⁶⁸ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.41 ; CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, *op. cit.*, p.1 ; BAS VILIZZIO (M.), « Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión : Mapa de Situación en América del Sur », *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3 (n°5), 2015, p.238 ; NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.46.

¹⁶⁹ *Idem*. Le Projet de Convention sur la protection de la propriété étrangère élaboré par l'OCDE est également une initiative qui a pu inspirer les rédacteurs des TBI, v. OCDE, *Résolution du Conseil relative au Projet de Convention sur la protection des biens étrangers*, adoptée à la 150^{ème} séance le 12 octobre 1967, disponible à : <https://www.oecd.org/fr/investissement/accordssurlinvestissementinternational/44853865.pdf>.

¹⁷⁰ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.23, 41 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.162-163.

¹⁷¹ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.676.

¹⁷² NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.23 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.162.

¹⁷³ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, *op. cit.*, p.1 ; MILES (K.), *op. cit.*, p.2 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, pp.676-679. J. Pauwelyn et M. Sornarajah soulignent que le développement des TBI n'est pas une innovation majeure ni une avancée révolutionnaire en ce qu'ils sont similaires aux traités d'amitié, de commerce et de navigation qui leur ont précédés, à la différence qu'ils se concentrent exclusivement sur les investissements, v. PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.25 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, pp.180-181.

asymétrique – sans imposer d’obligations aux investisseurs – ont été signés par les PED qui n’en ont pas mesuré leurs implications¹⁷⁴. Les dispositions des accords étaient à cet effet suffisamment neutres pour masquer, notamment, le fait qu’ils permettaient d’assurer exclusivement un bénéfice financier aux États européens et aux États-Unis¹⁷⁵.

La codification du régime juridique international des investissements s’est ainsi opérée par le biais des AII. Ces accords, nés dans un contexte où les États d’accueil étaient hostiles et méfiants envers les opérateurs économiques étrangers, ont été conçus comme « des outils destinés à s’appliquer dans des situations pathologiques »¹⁷⁶. Ils se sont construits de façon à protéger les investisseurs et investissements étrangers face à la puissance de l’État souverain¹⁷⁷, et à dépolitiser les différends entre États et investisseurs¹⁷⁸ en accordant à ces derniers un droit, fondé sur le traité, pour déposer une requête en arbitrage entre ces deux parties¹⁷⁹.

B. La politisation fondée sur le droit d’exproprier les propriétés étrangères

Le premier TBI a été conclu entre la République fédérale d’Allemagne (ci-après « RFA ») et le Pakistan en 1959¹⁸⁰. À cette époque, la RFA était particulièrement sensible aux risques politiques auxquels étaient exposés les investissements de ses nationaux à l’étranger. Elle souhaitait protéger les avoirs de ses ressortissants, menacés par des actions en réparation à la suite de la Seconde Guerre Mondiale¹⁸¹.

¹⁷⁴ V. not. MILES (K.), *op. cit.*, p.25 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.20.

¹⁷⁵ MILES (K.), *op. cit.*, pp.25-26 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.39.

¹⁷⁶ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.547. V. également, CNUCED, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, Publications des Nations Unies, New York, 2015, p.121.

¹⁷⁷ MILES (K.), *op. cit.*, p.2 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.2 ; AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde... », *op. cit.*, p.190 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.171, 183.

¹⁷⁸ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.175 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.6 ; MILES (K.), *op. cit.*, p.2.

¹⁷⁹ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.173-174.

¹⁸⁰ Traité pour la promotion et la protection des investissements entre la République fédérale d’Allemagne et le Pakistan, signé le 25 novembre 1959, entré en vigueur le 28 avril 1962.

¹⁸¹ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.547 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.169 ; PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.26.

Dès les années 1960, la particularité des TBI, à la différence des traités d'amitié, de commerce et de navigation, fut celle de prévoir, en sus des dispositions de protection des investissements étrangers, une clause de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger. Cette clause permettait à l'investisseur de déposer directement une requête en arbitrage contre l'État-hôte sans nécessiter l'intervention de son État de nationalité¹⁸². Cette inclusion fait suite aux conclusions de la Convention de New-York de 1958¹⁸³ et de la Convention de Washington de 1965¹⁸⁴, lesquelles sont venues encadrer le règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil. Ainsi, les TBI commencèrent à être signés entre pays développés et PED. Si les obligations des accords étaient supposées être réciproques, leur contenu fut élaboré de sorte à protéger les premiers, exportateurs de capitaux, contre les risques des expropriations et des nationalisations des seconds envers leurs investisseurs¹⁸⁵.

Ces risques procèdent des politiques adoptées par les pays d'Amérique latine entre 1930 et 1980. Ces États ont consacré de nombreux efforts pour renforcer leur souveraineté sur les ressources naturelles, et pour définir les conditions juridiques dans lesquelles ils exerçaient leur droit d'exproprier les propriétés étrangères¹⁸⁶. Un des facteurs déterminants a été la publication de l'étude de R. Prebisch sur « *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems* »¹⁸⁷ sous l'égide de la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes¹⁸⁸. Cette étude est venu soutenir que le développement des pays latino-américains était limité en raison du modèle économique de type "Centre-périphérie" qui prévalait dans la région. Au sein de ce modèle, les PED, en "périphérie", étaient généralement dans une position de

¹⁸² CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, op. cit., p.1 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), op. cit., p.42 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », op. cit., pp.173-174 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), op. cit., p.679.

¹⁸³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New-York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, *R.T.N.U.*, vol.330, p.3.

¹⁸⁴ Convention de Washington, 1965.

¹⁸⁵ CNUCED, *World Investment Report 2015*, op. cit., p.122 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), op. cit., p.43 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », op. cit., pp.170-171 ; KURTZ (J.), « A General Investment Agreement... », op. cit., p.720 ; PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », op. cit., p.26. Kate Miles considère que l'application des standards de protection des investissements étrangers aux États en développement est « *inextricably linked with colonialism, oppressive protection of commercial interests, and military intervention. And as a result (...), foreign investment protection law moved from a base of reciprocity, to one of imposition* », v. MILES (K.), op. cit., p.21.

¹⁸⁶ Tel a été le cas avec les expropriations des propriétés agraires de citoyens états-uniens en 1938, menées par le Mexique, v. LUQUE MACÍAS (M. J.), *Re-Politicising International Investment Law in Latin America...*, op. cit., pp.42-43.

¹⁸⁷ CEPAL, *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems*, E/CN.12/89/Rev.1., Publications des Nations Unies, New York, 1950, v+59p.

¹⁸⁸ La CEPAL est une commission régionale créée par le Conseil économique et social des Nations Unies en 1948, v. C.E.S. des N.U., Résolution E/RES/106(VI), *Rapport de la Commission spéciale chargée d'étudier le projet de création d'une commission économique pour l'Amérique latine*, adopté les 25 février et 5 mars 1948, pp.4-7.

dépendance par rapports aux pays développés, au "Centre"¹⁸⁹. Leur développement était par ailleurs limité par les rapports de domination des pays développés sur le commerce extérieur, limitant la capacité réelle de développement économique des États "périphériques"¹⁹⁰.

En conséquence, la CEPAL a encouragé l'adoption de politiques "d'industrialisation de substitution aux importations" à travers la nationalisation des propriétés étrangères¹⁹¹. Elle a également promu l'intégration régionale à travers la création d'un marché commun¹⁹². Ainsi, la Bolivie, le Chili, la Colombie, l'Équateur et le Pérou ont, de leur côté, créé la Communauté andine en 1969¹⁹³ pour tenter de parvenir, entre autres, à la promotion d'un développement mutuel équilibré et harmonieux entre les pays en améliorant leur position sur la scène économique internationale¹⁹⁴. Bien que ces pays aient déjà adhéré à l'Association latino-américaine de libre-échange (ci-après « ALADI »)¹⁹⁵, la création de la Communauté andine visait à répondre aux défis économiques et politiques de l'époque, auxquels ils étaient confrontés.

En raison des politiques encouragées par la CEPAL, les pays d'Amérique latine ont explicitement exprimé leur droit d'exproprier tout type de propriété, y compris celles appartenant à des ressortissants étrangers. Dans la plupart des cas, les États ont adopté des mesures d'expropriation des propriétés étrangères, avec l'intention de satisfaire leurs aspirations en matière de réformes agraires¹⁹⁶, ou encore de nationaliser certaines industries¹⁹⁷.

¹⁸⁹ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.53.

¹⁹⁰ CEPAL, *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems*, op. cit.

¹⁹¹ KAY (C.), « Latin American Structuralist School », in. KITCHIN (R.), THRIFT (N.) (eds), *International Encyclopedia of Human Geography*, vol.6, Elsevier ed., Amsterdam, 2009, p.162 ; CHIODI (V.), AHUMADA (J. M.), « Introduction. L'Amérique latine et l'après-cycle des *commodities* », *Cahiers des Amériques latines*, n°99, 2022/1, p.26.

¹⁹² CEPAL, *The Latin American Common Market*, E/CN.12/531, Publications des Nations Unies, New York, 1959, iv+146p.

¹⁹³ *Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*, signé le 26 mai 1969, entré en vigueur le 16 octobre 1969, disponible à :

<https://www.comunidadandina.org/wp-content/uploads/2022/03/acuerdocartagena.pdf>. Le Venezuela a rejoint la Communauté en 1973 (il l'a quittée en 2006 pour rejoindre le Mercosur) tandis que le Chili s'en est retiré en 1976 (il est depuis 2006, pays associé à la Communauté).

¹⁹⁴ *Ibid.*, art.1(2).

¹⁹⁵ L'Association latino-américaine de libre-échange a été créée en 1962, en application du Traité de Montevideo, signé 18 février 1960. Elle deviendra l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI) par le Traité de Montevideo de 1980, adopté à Montevideo le 12 août 1980, entré en vigueur le 18 mars 1981, *R.T.N.U.*, vol. 1329, p. 225.

¹⁹⁶ À ce titre, des ressortissants des États-Unis ont formulé des réclamations relatives à l'expropriation de leurs propriétés en Bolivie et au Pérou, v. « U.S. Department of State Report on Nationalization, Expropriation, and Other Takings of U.S. and Certain Foreign Property since 1960 », *I.L.M.*, vol.11(1), 1972, pp.91, 98.

¹⁹⁷ Le Venezuela a mené une politique de nationalisation de l'industrie pétrolière tandis que le Chili et le Pérou ont nationalisé des compagnies du secteur du cuivre, v. A.G.N.U., *Report of the Economic and Social Council*,

En plus de ces formes d'expropriation directe, ils ont également imposé des réglementations aux investisseurs étrangers tendant à des conséquences similaires. Cette forme d'expropriation indirecte comprenait, par exemple, l'obligation pour les entreprises étrangères de former des nationaux, le recours à des entreprises nationales pour importer ou exporter des matériaux, ou l'acquisition par les États de la majorité des actions des entreprises étrangères¹⁹⁸.

Malgré l'adoption des premiers TBI dans les années 1960, ces accords ne se sont pas répandus dans les PED, et les années qui suivirent furent caractérisées par les oppositions entre États exportateurs et importateurs de capitaux – les États postcoloniaux – au sein des Nations Unies, concernant les standards de traitement des investissements étrangers dans les TBI¹⁹⁹.

Les aspirations à l'indépendance économique des pays d'Amérique latine ont largement contribué à accentuer ces oppositions. Les revendications d'après-guerre des pays exportateurs de capitaux, en termes d'accès aux matières premières²⁰⁰ coïncidaient alors avec les revendications d'autodétermination des anciennes colonies²⁰¹. Dès lors, les situations économiques des PED et leur écrasante majorité à l'Organisation des Nations Unies (ci-après « O.N.U. ») ont relancé les discussions sur les inégalités entre États.

Permanent Sovereignty over Natural Resources: Report of the Secretary General, A/9716, 20 septembre 1974, p.5, table 1 et p.11, §§24-25 respectivement. V. par ex., FLEMING (J.), « The Nationalization of Chile's Large Copper Companies in Contemporary Interstate Relations », *Villanova Law Review*, vol.18(4), 1973, pp.593-647 ; HEIBEIN (A. N.), « The Chilean Copper Nationalization: The Foundation for a Standard of "Appropriate" Compensation », *Buffalo Law Review*, vol.23(3), 1974, pp.765-784 ; ROSSI-GUERRERO (F. P.), « The Transition from Private to Public Control in the Venezuelan Petroleum Industry », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.9(3), 1976, pp.475-488 ; BYE (V.), « Nationalization of Oil in Venezuela: Re-Defined Dependence and Legitimization of Imperialism », *Journal of Peace Research*, vol.16(1), 1979, pp.57-78 ; LAGOS (G.), « Mining nationalization and privatization in Peru and in Chile », *Mineral Economics*, vol.31(1), 2018, pp.127-139.

¹⁹⁸ A.G.N.U., Report of the Economic and Social Council, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Report of the Secretary General*, *op. cit.*, p.11, §24. V. également, par ex., KOBRIN (S. J.), « Expropriation as an Attempt to Control Foreign Firms in LDCs: Trends from 1960 to 1979 », *International Studies Quarterly*, vol.28(3), 1984, pp.329-348.

¹⁹⁹ CNUCED, *World Investment Report 2015*, *op. cit.*, p.123 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.46 ; MILES (K.), *op. cit.*, p.9.

²⁰⁰ Pour des références à de telles aspirations, v. par ex., Déclaration de principe diffusée par le Président des États-Unis et le Premier ministre du Royaume-Uni, « Charte de l'Atlantique », 14 août 1941, §5 ; Accord relatif au Fonds monétaire international, signé le 22 juillet 1944 à Washington, entré en vigueur le 27 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol.2, p.39, art.I(ii) ; Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, signé le 22 juillet 1944 à Washington, entré en vigueur le 27 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol.2, p.134, art.I(iii) ; Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, *op. cit.*, préambule, §1.

²⁰¹ A.G.N.U., Résolution 1514 (XV), *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, adoptée le 14 décembre 1960.

Ces oppositions avaient déjà refait surface lors des travaux du Comité d'experts pour la Codification progressive du Droit international au sein de la Société des Nations²⁰². En effet, la perspective latino-américaine, selon laquelle l'indemnisation en cas d'interférence avec la propriété étrangère ne peut excéder celle prévue par le droit national, avait été réaffirmée²⁰³, ce qui avait conduit à polariser les positions au sein du Comité²⁰⁴.

Bien que des pays comme le Mexique et les États-Unis se soient finalement entendus conventionnellement sur la question de l'indemnisation à l'approche de la Seconde Guerre Mondiale²⁰⁵, les positions latino-américaines développées dans le cadre de la CEPAL ont été rejetées au sein de l'O.N.U. et celle-ci est devenue la "bête noire" des États-Unis²⁰⁶. Dès lors, la participation des États latino-américains aux échanges commerciaux internationaux a été réduite, ce qui a occasionné un ralentissement dans leur industrialisation²⁰⁷, processus qu'ils avaient entamé à la suite de leurs indépendances acquises au XIX^{ème} siècle.

Section 2. La dépolitisation des instruments internationaux de protection des investissements étrangers en Amérique latine

Les risques d'expropriations, auxquels ont fait face les investisseurs étrangers, ont conduit les États à élaborer un régime juridique dans lequel le droit de l'État d'exproprier la propriété étrangère disparaît face à l'obligation qui lui incombe de protéger de ladite propriété. La dépolitisation de ce régime est par ailleurs assurée par l'acceptation progressive de l'arbitrage

²⁰² V. Nations Unies, *The work of the International Law Commission*, Publications des Nations Unies, 8th éd, New-York, vol.I, 2012, xiv+313p.

²⁰³ V. la position du rapporteur G. Guerrero (Salvador) dans le « Rapport du sous-comité du 29 janvier 1926 », annexé au Questionnaire n°4 du Comité d'experts pour la Codification progressive du Droit international, reproduit in. « Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to the Person or Property of Foreigners », *A.J.I.L.*, vol.20(5), Supplement: Codification of International Law, 1926, pp.195, 202.

²⁰⁴ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.663.

²⁰⁵ Convention du 19 novembre 1941 (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), *R.S.A.*, vol.IV, pp.765-769. Par crainte de voir le pétrole mexicain être vendu aux Nazis, les États-Unis ont accepté qu'en cas d'indemnisation, celle-ci soit échelonnée, v. JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.667. L'accord prévoyait également un support financier pour le Mexique, v. « Policy Statement Prepared in the Department of State, Washington, October 1, 1951 », reproduit in. GOODWIN (R.R.), KANE (N.S.), SCHWAR (H.D.) (éd.), *Foreign Relations of the United States, 1951, The United Nations, The Western Hemisphere*, vol.II, United States Government Printing Office, Washington, 1975, doc. 823, p.1493.

²⁰⁶ HOLLY (D. A.), « Les Nations unies et le Nouvel ordre économique mondial », *Études internationales*, 1977, vol.8(3), p.507.

²⁰⁷ *Ibid.*, pp.507-508.

international comme moyen de règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les États-hôtes. Les États latino-américains ont résisté dans un premier temps à cet élan (§1) puis, l'évolution de leurs politiques économiques les ont conduits à prendre part au mouvement de dépolitisation du régime international des investissements (§2).

§1. La résistance des pays d'Amérique latine face à la dépolitisation du régime international des investissements

Les processus de décolonisation dans le monde – Afrique, Asie, Moyen-Orient – et les mouvements révolutionnaires en Amérique latine – liés à leur situation économique dégradée – ont conduit à "tirer une sonnette d'alarme". La reprise de l'offensive des PED au sein de l'O.N.U. et la généralisation du débat relatif aux obligations des États en cas d'expropriation de la propriété étrangère a resurgi dans les années 1960²⁰⁸. Des programmes d'industrialisation ont été lancés, les pays ont nationalisé des propriétés étrangères dans les secteurs agricole et minier et ils ont affirmé de façon militante leur souveraineté sur les ressources naturelles et leur droit d'exploitation de celles-ci²⁰⁹. Un nationalisme économique "mesuré" s'est installé²¹⁰. L'ensemble de ces États ne souhaitaient plus recevoir les investissements directs étrangers, qu'ils percevaient comme étant une source d'exploitation au profit des pays développés – souvent les anciens pays colonisateurs – estimant alors "subir" un néocolonialisme²¹¹. Dès lors, les États latino-américains ont invoqué leur droit d'exproprier les propriétés étrangères lors des débats au sein de l'O.N.U. (A) et ont refusé d'adhérer au système d'arbitrage international de règlement des différends entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil, au nom de leur souveraineté (B).

²⁰⁸ *Ibid.*, p.508.

²⁰⁹ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, pp.668-669, 673. M. Sornarajah et K. Miles soulignent qu'au demeurant, il existait des accords de concessions qui permettaient aux investisseurs étrangers de s'engager dans une activité qui était auparavant du seul domaine de l'État, comme celle de l'extraction des ressources naturelles. Elles étaient protégées par la force militaire de l'État d'origine de l'investisseur et toute action était légitimée en raison des règles internationales de protection des investissements, v. MILES (K.), *op. cit.*, p.28 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, pp.38-41.

²¹⁰ HOLLY (D. A.), *op. cit.*, p.510 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, p.34.

²¹¹ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.679 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.166.

A. Les revendications du Nouvel ordre économique international

C'est dans le contexte du Nouvel ordre économique international que les positions latino-américaines ont été ravivées²¹². Dès 1962, la Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après « A.G.N.U. ») intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »²¹³, reconnaît pour des raisons d'utilité publique, le droit d'expropriation de l'État et prévoit que, dans certains cas, le propriétaire sera indemnisé selon les règles en vigueur de l'État et en accord avec le droit international²¹⁴. Ce dernier point a fait l'objet d'un consensus entre les États développés et ceux en développement bien qu'ils ne se soient pas accordés sur le sens à donner à la notion "d'indemnisation adéquate"²¹⁵. La Résolution 1803 fut suivie en 1964 par l'instauration de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement en tant qu'organe de l'O.N.U. Enfin, en 1974, l'A.G.N.U. a tenu deux réunions, consacrées aux problèmes du développement et au Nouvel ordre économique international, au cours desquelles le consensus ambigu représenté par la Résolution 1803 est attaqué²¹⁶.

Néanmoins, le « Groupe des 77 »²¹⁷ entendait légitimer la mise en œuvre de programmes de nationalisation à grande échelle dans certains PED et reconstruire les relations économiques internationales entre États, au profit des PED²¹⁸. Le « Groupe des 77 » a alors porté la

²¹² MILES (K.), *op. cit.*, pp.51-52 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, p.37 ; TZANAKOPOULOS (A.), « Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties » in. HOFMANN (R.), TAMS (C.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp.75-93, Forthcoming, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=1735495>, p.3.

²¹³ A.G.N.U., Résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, adoptée le 14 décembre 1962.

²¹⁴ *Ibid.*, §4 : « La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'État qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'État qui prend lesdites mesures devront être épuisées. Toutefois, sur accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international ».

²¹⁵ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.680.

²¹⁶ HOLLY (D. A.), *op. cit.*, p.511 ; JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, p.680.

²¹⁷ Le « Groupe des 77 » est établi en 1964 et constitue, comme le Mouvement des non-alignés (depuis 1961), un groupe de pression qui vise à faire échec à la bipolarisation et à obtenir la prise en compte effective des problèmes rencontrés dans les PED, v. DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.79. V. également, SAUVANT (K. P.), « Le Groupe des 77 à ses débuts », *Chronique ONU*, vol.51(1), 2014, pp.27-33.

²¹⁸ V. « Joint Declaration of the Seventy-Seven Developing Countries Made at the Conclusion of the United Nations Conference on Trade and Development », in. CNUCED, *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 23 March-16 June 1964, Vol. I, Final Act and Report*, E/CONF.46/141/Vol.I, Publications des Nations Unies, New York, 1964, pp.66-68.

« Déclaration sur le Nouvel ordre économique international » qui fut adoptée par la Résolution 3201²¹⁹. Cette Résolution, dont la position était plus affirmée que la Résolution 1803 de 1962, est venue rappeler que les États jouissent d'une souveraineté permanente sur leurs ressources, incluant, entre autres, le droit de nationaliser mais surtout qu'« [a]ucun État ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable »²²⁰. Néanmoins, la Résolution 3201 resta silencieuse sur la question de l'indemnisation.

Ce silence fut rompu par l'adoption de la « Charte des droits et devoirs économiques des États »²²¹, visant à mettre en œuvre l'ordre économique souhaité et à définir la portée du principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Le texte de la Charte, reposant par ailleurs sur une proposition présentée en 1972 par le Président du Mexique L. Echeverría²²², n'est pas sans rappeler la Décision 24 qui avait été adoptée par les États latino-américains dans le cadre de la Communauté andine²²³ et fait écho à la doctrine Calvo²²⁴. La Charte réaffirme alors que : l'État-hôte est en droit de « réglementer les investissements étrangers [sous] sa juridiction », qu'il ne peut être « contraint d'accorder un traitement privilégié à [ces investissements] »²²⁵ et que la compensation à l'expropriation est à déterminer « compte tenu de ses lois », sans faire référence au droit international ou au standard minimum de traitement²²⁶.

²¹⁹ A.G.N.U., Résolution 3201 (S-VI), *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, adoptée le 1^{er} mai 1974.

²²⁰ *Ibid.*, §4(e) : « 4. Le nouvel ordre économique international devrait être fondé sur le plein respect des principes ci-après : (...) e) Souveraineté permanente intégrale de chaque État sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque État est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'État. Aucun État ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable ».

²²¹ A.G.N.U., Résolution 3281(XXIX), *Charte des droits et des devoirs économiques des États*, adoptée le 14 décembre 1974.

²²² CNUCED, *Actes de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement*, 3^{ème} session, Santiago, 13 avril-21 mai 1972, vol.I, *Rapport et Annexes*, TD/180(vol.I), Publications des Nations Unies, New York, 1973, pp.34(§184), 37(§210).

²²³ Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°24 – Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 14-31 décembre 1970, Lima, reproduite in. « Comisión del Acuerdo de Cartagena - Decisión N° 24 », *Revista del Banco de la República*, Colombia, vol.44(519), 1971, pp.26-37 : au regard des articles 50 et 51, les investisseurs étrangers ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux et tout différend relatif aux investissements est soumis à la compétence exclusive de la juridiction nationale de l'État hôte. V. également, BIGGS (G.), *op. cit.*, p.68.

²²⁴ MOURRA (M. H.), « The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes », in. MOURRA (M. H.), CARBONNEAU (T. E.) (eds), *Latin American Investment Treaty Arbitration-The Controversies and Conflicts*, éd. Kluwer Law International, 1^{ère} éd., The Netherlands, 2008, pp.11-12.

²²⁵ A.G.N.U., Résolution 3281(XXIX), *op. cit.*, art.2.2(a).

²²⁶ *Ibid.*, art.2.2(c).

Les débats au sein de l'O.N.U. reflètent dans une certaine mesure la position des pays d'Amérique latine et leur conception des relations entre investisseurs étrangers et États d'accueil. Pour mémoire, cette conception se concentre sur leurs droits souverains d'exproprier et de réglementer, plutôt que sur la définition internationale du traitement à accorder aux investisseurs étrangers et des recours juridiques dont ils devraient bénéficier – considérant que cela relève du domaine de leurs affaires intérieures. Malgré les résolutions adoptées en 1974, les divergences entre pays exportateurs et importateurs de capitaux n'ont toutefois jamais disparu²²⁷ et témoignent de ce que « (...) la prise de conscience, provoquée par la discussion autour du Nouvel ordre économique international, n'[était] pas une condition suffisante d'un changement profond des rapports internationaux. »²²⁸. Au contraire, le « consensus euro-américain » restait très ancré²²⁹.

Le contexte du Nouvel ordre économique international a été l'une des raisons qui a conduit les pays exportateurs de capitaux à promouvoir le développement d'un réseau d'AII, au sein duquel des protections substantielles étaient accordées aux investisseurs étrangers. En effet, le droit international coutumier était considéré comme inadéquat pour faire face aux difficultés particulières rencontrées par ces investisseurs²³⁰. Au surplus, il évoluait dans un sens favorable aux pays importateurs de capitaux sur des questions telles que celle de savoir si la "nationalisation" était une nouvelle catégorie, distincte des règles coutumières existantes en matière d'expropriation²³¹. Si les traités d'amitié, de commerce et de navigation puis les TBI signés depuis la fin des années 1950 – principalement entre pays européens exportateurs de capitaux et PED – considéraient la nationalisation et l'expropriation comme des catégories distinctes de dépossession, il n'en demeure pas moins qu'elles requéraient une compensation de la part de l'État. À quelques exceptions près, les États latino-américains ne considéraient pas que la compensation s'imposait en cas de nationalisation. Dès lors, peu de traités signés par les États latino-américains ont intégré une obligation de compensation et ils ont continué à défendre la primauté du traitement national à l'égard des investisseurs étrangers. Dès lors, le nombre

²²⁷ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), *op. cit.*, pp.681, 683, 684.

²²⁸ HOLLY (D. A.), *op. cit.*, p.514.

²²⁹ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment, op. cit.*, p.84.

²³⁰ KURTZ (J.), « The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration », *ICSID Review – F.I.L.J.*, vol.25(1), 2010, p.202.

²³¹ *Ibid.*, p.203.

total de TBI signés par ces États était inférieur à dix dans les années 1960 et 1970 et ne représentait qu'une quinzaine d'accords dans les années 1980²³².

B. Le refus de l'arbitrage international comme moyen de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États-hôtes

Parallèlement aux développements au sein de l'O.N.U., les pays exportateurs de capitaux et les institutions financières internationales finançant les projets de développement dans les pays importateurs de capitaux ont développé leurs propres stratégies.

Les TBI négociés par les pays exportateurs de capitaux prévoyaient le recours à l'arbitrage international comme méthode de résolution des différends entre investisseurs étrangers et États d'accueil. Cependant, les pays occidentaux industrialisés se sont heurtés aux positions rigides des États latino-américains. Ces derniers ne faisaient aucune concession en faveur du règlement des différends par voie d'arbitrage, jusqu'alors fondé sur des contrats, si l'exercice de leur pouvoir souverain était en jeu²³³. Par exemple, ils interdisaient le recours des ressortissants étrangers à l'arbitrage international pour permettre au tribunal de réviser leur conduite réglementaire²³⁴. Ils réitéraient la compétence exclusive de leurs juridictions pour résoudre les litiges dans lesquels leur intérêt public était en jeu²³⁵ ou, encore, ils précisaient les domaines dans lesquels le contrôle de leur activité réglementaire par le tribunal arbitral était exclu²³⁶. Cette position se retrouvait également à l'échelle régionale, dans le cadre de l'Organisation des États Américains, les États maintenant la validité de la clause Calvo²³⁷. Face à cela, les ressortissants étrangers exerçant des activités économiques dans les pays d'Amérique latine ont

²³² CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, p.15, figure 4. Pour les TBI signés par les pays d'Amérique latine entre 1959 et 1990, v. également la base de données de la CNUCED, *IIAs Navigator*.

²³³ LUQUE MACÍAS (M. J.), *Re-Politicising International Investment Law in Latin America...*, *op. cit.*, p.54.

²³⁴ V. les législations et les décisions juridiques relatives à l'arbitrage de l'Argentine, du Chili, du Pérou, du Venezuela, et du Paraguay cités in. GRIGERA NAÓN (H. A.), « Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update) », *University of Miami Inter-American Law Review*, vol.22(2/3), 1991, pp.211-212, note 29.

²³⁵ V. par ex., Constitución Política de la República del Ecuador, Constitución de 1978 codificada en 1993, *op. cit.*, art.16 ; Constitución de la República de Venezuela de 1961, 23 de enero 1961, art.127, disponible à : https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-venezuela-23-enero-1961/html/9aebeaa3-486c-4947-8259-1ee86fedcafl_2.html#I_20.

²³⁶ V. par ex. Código de Minería, n°15242, Uruguay, art.19, disponible à : <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-mineria/15242-1982>

²³⁷ Traité américain de règlement pacifique (« Pacte de Bogota »), signé à Bogota, le 30 avril 1948, *R.T.N.U.*, vol.30, p.55, art.VII.

essayé, en vain, de porter plainte devant les tribunaux de leur État d'origine²³⁸. Ils ont également contacté les bureaux de la Banque mondiale²³⁹ afin de solliciter l'aide de cette organisation pour le règlement de leurs différends²⁴⁰.

Cela a conduit la Banque mondiale, conjointement avec le Fonds monétaire international (ci-après « F.M.I. »)²⁴¹ à favoriser l'adoption en 1965 de la Convention de Washington, portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements²⁴². L'élaboration et l'adoption d'un Projet de convention afin de créer le CIRDI²⁴³ visaient à proposer une approche alternative aux fins de règlement des différends États-investisseurs. Elle reposait sur le postulat selon lequel la création de ce mécanisme d'arbitrage international contribuerait à améliorer le climat d'investissement des États participants et, par voie de conséquence, permettrait d'augmenter les flux de capitaux étrangers vers leurs territoires²⁴⁴. À cette fin, le Conseil des gouverneurs de la Banque mondiale a adopté une Résolution confiant aux administrateurs la finalisation du Projet lors de l'Assemblée annuelle tenue à Tokyo en 1964²⁴⁵.

Toutefois, cette Résolution s'est heurtée à une opposition considérable de la part des pays latino-américains, mais également des Philippines et de l'Irak, lesquels ont conjointement rejeté son adoption²⁴⁶, après avoir formulé une déclaration nommée le "non de Tokyo"²⁴⁷. Cette position collective fut délivrée par la délégation chilienne au nom de l'ensemble des États latino-américains²⁴⁸. Ils ont rejeté la proposition de créer un tel Centre, qui aurait permis aux

²³⁸ V. par ex, SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « Chilean Nationalization Cases Before German Courts », *A.J.I.L.*, vol.69(1), 1975, pp.110-119.

²³⁹ Accord relatif au Fonds monétaire international et Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, signés à Washington le 27 décembre 1945, entrés en vigueur le 27 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol.2, p.39.

²⁴⁰ « Excerpt from Address by World Bank President Eugene Black to the Annual Meeting of the Board of Governors, 19 September 1961, Vienna », in. ICSID, History of the ICSID Convention, Vol.II(1), ICSID Publication, Washington, 1968, 645p, p.3.

²⁴¹ Accord relatif au Fonds monétaire international et Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, *op.cit.*

²⁴² Convention de Washington, 1965.

²⁴³ « Resolution No. 174 of the Board of Governors: "Study of Settlement of Investment Disputes", 18 September 1962 », in. ICSID, History of the ICSID Convention, *op. cit.*, p.51.

²⁴⁴ « Paper Prepared by the General Counsel of the World Bank and Transmitted to the Members of the Committee of the Whole, 18 February 1963, SID/63-2 », in. ICSID, History of the ICSID Convention, *op. cit.*, p.73.

²⁴⁵ « Resolution No. 214 of the Board of Governors: "Settlement of Investment Disputes", 10 September 1964 », in. ICSID, History of the ICSID Convention, *op. cit.*, p.608.

²⁴⁶ *Idem.*, note 2.

²⁴⁷ PARRA (A. R.), *The History of ICSID*, O.U.P., First ed., 2012, p.68.

²⁴⁸ « Excerpt from the Statement by Felix Ruiz, Governor for Chile, Press Release No. 57, 9 September 1964, Tokyo », in. ICSID, History of the ICSID Convention, *op. cit.*, p.606 ; PARRA (A. R.), *op. cit.*, pp.67-68.

investisseurs étrangers de régler leurs litiges sans avoir nécessairement épuisé les voies de recours internes, ce qui s'opposait à leurs pratiques juridiques nationales – telle que la doctrine Calvo. Les États rappelaient que :

*« The legal and constitutional systems of all the Latin American countries (...) offer the foreign investor (...) the same rights and protection as their own nationals; they prohibit confiscation and discrimination and require that any expropriation on justifiable grounds of public interest shall be accompanied by fair compensation fixed, in the final resort, by the law courts. »*²⁴⁹.

Dès lors, la proposition de créer le CIRDI « *[i]s contrary to the accepted legal principles of [their] countries and, de facto, would confer a privilege on the foreign investor, placing the nationals of the country concerned in a position of inferiority* »²⁵⁰. En conséquence, la Convention de Washington, portant création du CIRDI, a été ouverte à la signature en mars 1965 mais seulement deux pays de la région l'ont initialement signée²⁵¹.

Le mouvement de dépolitisation du régime juridique encadrant les investissements étrangers s'est heurté au maintien des positions historiques de l'Amérique latine.

Le premier point de discordance concernait les normes juridiques applicables pour déterminer le paiement des indemnisations en cas d'expropriation d'IDE, en raison de l'exigence latino-américaine de préserver leur souveraineté sur les ressources naturelles. Le deuxième point concernait le recours à l'arbitrage international pour le RDIE si celui-ci impliquait une révision de leurs actes réglementaires. Ces oppositions témoignent de la tendance des États latino-américains à définir en premier lieu leurs droits souverains et, accessoirement, les conséquences juridiques de leur exercice sur la protection des droits de propriété étrangers. Toutefois, l'évolution de leurs conditions économiques les ont progressivement amenés à embrasser l'élan de dépolitisation du régime international des investissements.

²⁴⁹ « Excerpt from the Statement by Felix Ruiz, Governor for Chile, Press Release No. 57, 9 September 1964, Tokyo », reproduit in. PARRA (A. R.), *The History of ICSID*, op. cit., p.67.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ Le Salvador a ratifié la Convention en 1984 et l'Équateur en 1986. V. HAMILTON (J. C.), « Three Decades of Latin American Commercial Arbitration. Anniversary Contributions – International Litigation & Arbitration », *U.P.J.I.L.*, vol.30(4), 2009, (pp.1099-1119), pp.1100-1101.

§2. La participation à la dépolitisation du régime international des investissements

Afin de mettre en œuvre les politiques de développement encouragées par la CEPAL²⁵², les États latino-américains ont été contraints de contracter des emprunts²⁵³ et ont décidé de privilégier le recours aux banques privées et non aux crédits accordés par le FMI²⁵⁴. Néanmoins en raison de leur déficit commercial et de la récession mondiale affectant les États-Unis et les États européens, ils étaient dans l'incapacité de régler leurs dettes qui avaient quadruplé dès le début des années 1980²⁵⁵. Les inquiétudes de certains États latino-américains, quant aux effets de cette situation, les ont conduits à publier une déclaration officielle, nommée le « Consensus de Carthagène »²⁵⁶, adressée aux pays développés et aux banques internationales²⁵⁷. Les États ont réaffirmé leur engagement à honorer leurs obligations en matière de dettes et souligné la co-responsabilité de toutes les parties – créanciers et débiteurs – quant à celles-ci²⁵⁸. Dans ce contexte, le FMI et la Banque mondiale ont élaboré un plan de politique économique visant à restructurer leurs dettes financières, qualifié de « Consensus de Washington »²⁵⁹, auquel les États latino-américains se sont vus être assujettis (A).

²⁵² V. *supra*, note 191.

²⁵³ FIEZZONI (S. K.), « The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration », *Beijing Law Review*, vol.2(3), 2011, p.136 ; MOURRA (M. H.), *op. cit.*, p.5.

²⁵⁴ LUQUE MACÍAS (M. J.), *Re-Politicising International Investment Law in Latin America...*, *op. cit.*, p.59 ; OCAMPO (J. A.), « La Crisis Latinoamericana de la Deuda a la Luz de la Historia », in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, p.29.

²⁵⁵ OCAMPO (J. A.), *op. cit.*, pp.28, 33 ; FRENKEL (R.), « Las Perspectivas de América Latina en Materia de Endeudamiento Externo », in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, p.123. ; FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, p.136 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, pp.48-49 ; KURTZ (J.), « A General Investment Agreement... », *op. cit.*, p.720 ; PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.29 ; MOURRA (M. H.), *op. cit.*, p.15.

²⁵⁶ « Argentina-Bolivia-Brazil-Chile-Colombia-Dominican Republic-Ecuador-Mexico-Peru-Uruguay-Venezuela: Cartagena Communique on Foreign Debt and Economic Development (« The Consensus of Cartagena »), 22 June 1984 », *I.L.M.*, vol.23(5), 1984, pp.1169-1178.

²⁵⁷ The Consensus of Cartagena, §18(A-B).

²⁵⁸ *Ibid.*, §7.

²⁵⁹ Le terme « Consensus de Washington » est attribué à l'économiste J. Williamson qui l'a formulé à l'origine comme étant une liste de mesures politiques largement soutenues à Washington dont l'application était désirable en Amérique latine, v. WILLIAMSON (J.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, éd. Institute for International Economics, Washington, 1990, pp.7-20 (Chapitre 2 « What Washington Means by Policy Reform ? »). V. également DUFAU (J.-P.), REITZER (J.-L.), *Rapport d'information déposé (...) par la commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 5 octobre 2010, sur « la présence et les intérêts français en Amérique Latine »*, Assemblée Nationale, 2012, p.46 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.54 ; CHIODI (V.), AHUMADA (J. M.), *op. cit.*, pp.29-30. Pour une critique du "Consensus", v. par ex., STIGLITZ (J.), *Globalization and Its Discontents*, éd. W.W. Norton, New York, 2002, 304p.

Ce Consensus a également conduit à la signature massive des TBI à partir de la fin des années 1980²⁶⁰ et de fait, à la redéfinition de l'approche traditionnelle des pays d'Amérique latine quant à la protection juridique accordée aux droits de propriété étrangers. Cette tendance a également commencé à se manifester dans le cadre de la Communauté andine. Les États latino-américains ont adopté la Décision 220²⁶¹ dans le but d'assouplir les conditions établies dans la décision précédente²⁶², telles que l'autorisation de l'accès des investisseurs étrangers à tous les secteurs économiques des États membres²⁶³. De plus, elle maintenait une référence à la règle du traitement national applicable aux investisseurs étrangers²⁶⁴ mais excluait tout renvoi à cette norme dans le cadre de l'accès aux voies de recours²⁶⁵.

La nouvelle approche latino-américaine de la protection juridique des investissements étrangers impliquait également de renoncer à accorder aux investisseurs étrangers les mêmes droits substantiels et procéduraux qu'à leurs ressortissants. Les États d'accueil devaient ainsi respecter un ensemble de normes internationales spécialement conçues pour protéger les investissements et les investisseurs étrangers contre tout risque politique auquel ils peuvent être confrontés sur leur territoire **(B)**. Dès lors, le droit international est devenu la source juridique principale régissant le RDIE et l'arbitrage international, la méthode la plus appropriée pour se faire. Par conséquent, en acceptant de se soumettre à la juridiction des tribunaux arbitraux sur le fondement des TBI, les États latino-américains ont permis aux tribunaux *ad hoc* d'examiner leurs activités réglementaires, conformément aux normes internationales énoncées dans ces traités.

A. Le Consensus de Washington

Le développement du Nouvel ordre économique international et les mouvements de nationalisations postérieurs à la décolonisation dans les PED peuvent être considérés comme la démonstration d'une volonté active de participer à l'élaboration du droit international des

²⁶⁰ FRUTOS-PETERSON (C.), *op. cit.*, p.39 ; v. CNUCED, *Traités bilatéraux d'investissement 1959-1999*, *op. cit.*, p.15, figure 4.

²⁶¹ Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N° 220 – Sustitución de las Decisiones 24 y Conexas sobre el Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 11 mai 1987, Lima, reproduite en anglais in. « *Decision 220 Replacing Decision 24, The Common Foreign Investment and Technology Licensing Code (adopted 11 May 1987)* », *I.L.M.*, vol.27(4), 1988, pp.974-988.

²⁶² V. Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°24...* », *op. cit.*

²⁶³ *Decisión N° 220*, *op. cit.*, art.25-26.

²⁶⁴ *Ibid.*, art.33.

²⁶⁵ *Ibid.*, art.34.

investissements tout en défendant leurs propres intérêts²⁶⁶. Cependant, ces éléments, couplés à l'accumulation des dettes et des situations de défaut de paiement des États latino-américains, les ont conduits dans les années 1980 à s'éloigner des principes posés dans la décennie précédente²⁶⁷. De plus, ils ont paradoxalement donné des arguments aux pays exportateurs de capitaux pour légitimer les moyens employés afin de préserver les standards de protection des investissements qui avaient été développés auparavant²⁶⁸.

Ainsi, les États latino-américains ont été conduits à accepter dans les années 1990 le « Consensus de Washington » de la Banque mondiale. Ils s'engageaient économiquement et politiquement dans le libéralisme économique pour la libre-circulation des biens, services et investissements²⁶⁹. Ce consensus impliquait de conditionner les emprunts accordés à des programmes de privatisation et de ratifier des traités et conventions qui garantissaient la protection des investisseurs étrangers dans ces pays²⁷⁰. Il visait également à ce que les États adhèrent au CIRDI, assurant l'utilisation d'un forum neutre pour le RDIE²⁷¹.

L'insertion de dispositions interdisant le recours à la protection diplomatique²⁷² et prévoyant qu'un État peut exiger l'épuisement des voies de recours internes en échange de sa soumission à l'arbitrage CIRDI²⁷³ a facilité leur adhésion au Centre. Par conséquent, presque tous les États latino-américains qui s'étaient opposés à la création du CIRDI y ont finalement adhéré²⁷⁴, à l'exception du Brésil, du Belize et du Suriname²⁷⁵.

²⁶⁶ MILES (K.), *op. cit.*, p.9 ; POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.71.

²⁶⁷ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.46 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.177-178.

²⁶⁸ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.166-169 ; MILES (K.), *op. cit.*, p.10.

²⁶⁹ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.48 ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.177 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.24 ; MOURRA (M. H.), *op. cit.*, p.16.

²⁷⁰ FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, p.137 ; MOURRA (M. H.), *op. cit.*, p.5 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.54 ; BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, p.238.

²⁷¹ FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, pp.136-137 ; MOURRA (M. H.), *op. cit.*, p.15.

²⁷² Convention de Washington, 1965, art. 27.

²⁷³ *Ibid.*, art. 26. Cette disposition a été qualifiée de « *soft Calvo Clause* », v. MAIRAL (H. A.), « The Silence of the Argentine Courts », *Institute for International Law and Justice Papers*, 2007, disponible à : <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/HectorMairal.TheSilenceoftheArgentinecourts.pdf>, p.20.

²⁷⁴ La majorité a ratifié la Convention de Washington dans les années 1990, tels que : le Chili (1991) ; le Pérou et le Costa Rica (1993) ; l'Argentine (1994) ; la Bolivie, le Venezuela et le Nicaragua (1995) ; le Panama (1996) ; la Colombie (1997), v. CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 25 octobre 2022), CIRDI/3, disponible à : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%203/ICSID-3--FRE.pdf> ; GÓMEZ (K. F.), « Latin America and ICSID... », p.2.

²⁷⁵ Si le Brésil et le Suriname n'ont jamais signé la Convention de Washington, le Belize l'a signée en 1986 sans jamais la ratifier. Le Mexique l'a finalement signé et ratifié en 2018. V. CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 25 octobre 2022), CIRDI/3.

L'entrée en vigueur des premiers TBI a également permis à l'arbitrage international de s'imposer comme principal mécanisme de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États d'accueil relatifs à l'investissement. Cette situation a conduit à délaisser le recours aux tribunaux des États hôtes et à la protection diplomatique comme méthode traditionnelle de règlement de leurs différends. Au demeurant, les TBI ont maintenu l'arbitrage interétatique comme moyen de résolution de tout différend relatif à leur interprétation ou à leur application²⁷⁶. Ils ont également prévu que le règlement des différends entre investisseurs étrangers et États d'accueil se réalise par le biais de l'arbitrage international²⁷⁷. Ces clauses d'arbitrage insérées dans les TBI ont permis de faciliter l'accès des investisseurs, couverts par le traité, à l'arbitrage international. Elles constituent un consentement, à l'avance, de l'État-hôte à se soumettre à l'arbitrage international pour le règlement de tout différend survenant avec l'investisseur de l'autre État contractant. En outre, elles laissent à la discrétion de l'investisseur le choix de l'institution de sa réclamation, conformément aux règles d'arbitrage énumérées dans la clause, telles que celles de la Convention CIRDI²⁷⁸ ou du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (ci-après « CNUDCI »)²⁷⁹.

²⁷⁶ V. par ex, Accord de promotion et de protection des investissements entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de la République de Bolivie, signé à Séoul le 1^{er} avril 1996, entré en vigueur le 4 juin 1997, terminé le 4 juin 2019, art.13. Dans les rares cas où les États ont employé ce type de disposition conventionnelle, il s'agissait de pays latino-américains – demandeur ou défendeur – instituant un arbitrage interétatique portant sur des questions juridiques qu'un tribunal investisseur-État devait également traiter, v. CIRDI, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou* (ARB/03/4), sentence du 7 février 2005 ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *République de l'Équateur c. États-Unis d'Amérique* (n°2012-5), sentence du 29 septembre 2012 ; Affaire *République d'Italie c. République de Cuba*, sentence finale du tribunal *ad hoc* du 1^{er} janvier 2008. Pour une discussion détaillée de ces affaires, v. MILANO (E.), PRIETO MUÑOZ (J. G.), « Inter-State Arbitration, or Adjudication, and Foreign Investment in the Recent Latin American Experience », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.217-224.

²⁷⁷ V. par ex., Accord de promotion et de protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République de l'Équateur et le Gouvernement de la République Populaire de Chine, signé à Beijing le 21 mars 1994, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1997, dénoncé unilatéralement par l'Équateur le 19 mai 2018, art.8.

²⁷⁸ V. par ex, Accord de promotion et de protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement du Royaume du Danemark, signé à Copenhague le 28 mai 1993, entré en vigueur le 3 novembre 1995, art.9(2).

²⁷⁹ V. par ex, Accord de promotion et de protection des investissements entre le Gouvernement de la République d'Indonésie et le Gouvernement de la République de Cuba, signé à La Havane le 19 septembre 1997, entré en vigueur le 29 septembre 1999, art.VIII, §3(ii).

Le premier TBI mentionnant le RDIE sous l'égide du CIRDI est celui entre les Pays-Bas et l'Indonésie de 1968²⁸⁰. Néanmoins, le premier arbitrage fondé sur le consentement de l'État à l'arbitrage, sans qu'il n'y ait de contrat entre les parties, est celui de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*²⁸¹ en 1990 dans laquelle l'investisseur invoquait une violation au traité. Cette capacité de l'investisseur étranger à invoquer une procédure arbitrale contre l'État d'accueil de son investissement a conduit à une augmentation du nombre d'affaires dans les décennies suivantes²⁸².

De l'entrée en vigueur du CIRDI aux années 1990, les règles de protection de l'investissement étranger ont fondamentalement été transformées, conduisant à l'émergence du droit international des investissements moderne²⁸³. Au regard des positions critiques latino-américaines historiques, ce fut un changement majeur pour la région.

B. L'âge d'or des traités bilatéraux d'investissement

Plus de trente ans après le premier TBI, la fin de la Guerre Froide a marqué un tournant dans la profusion des traités en raison de l'évolution des conditions politique et économique mondiales²⁸⁴. Le libéralisme a pris un élan sans précédent, dans lequel l'investissement international était la condition *sine qua non* du bon développement économique nécessitant *de facto* l'envoi de signaux positifs aux investisseurs étrangers. Ces signaux ont été incarnés par la ratification de la Convention de Washington et d'un nombre considérable de TBI. Ces derniers se sont ainsi multipliés à l'échelle mondiale au fil des décennies : d'un seul traité en 1959, on en comptait 385 à la fin des années 1980 et 1857 à la fin de l'année 1999²⁸⁵.

En raison du Consensus de Washington, les États latino-américains ont pris part au mouvement de ratification massive de TBI²⁸⁶, garantissant des droits et protections aux investisseurs étrangers. À la fin des années 1990, les pays d'Amérique latine avaient négocié 205 TBI (sur

²⁸⁰ Accord de coopération économique entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie, signé à Jakarta le 7 juillet 1968, entré en vigueur le 17 juillet 1971, terminé le 1^{er} juillet 1995, art.11.

²⁸¹ CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence finale du 27 juin 1990.

²⁸² SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.26.

²⁸³ PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », op. cit., p.29.

²⁸⁴ JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), op. cit., p.685.

²⁸⁵ CNUCED, *Traités bilatéraux d'investissement 1959-1999*, op. cit., p.1, figure 1.

²⁸⁶ FRUTOS-PETERSON (C.), op. cit., p.39.

un total de 366) avec des pays exportateurs de capitaux²⁸⁷. L'Argentine et le Chili se distinguaient au niveau régional comme étant les pays ayant ratifié le plus grand nombre de TBI en vigueur²⁸⁸, à la différence du Brésil et de la Colombie qui n'ont ratifié aucun des traités négociés au cours de la décennie 1990²⁸⁹.

Les années 1990 marquent ainsi un renversement majeur du contexte des décennies précédentes en Amérique latine²⁹⁰. Le réseau de TBI s'est développé de façon exponentielle, libéralisant les flux d'investissements et devenant des instruments de globalisation²⁹¹. Cet "âge d'or" des TBI devait stimuler la croissance économique des PED²⁹², devenant alors une destination attractive pour les investisseurs étrangers. Cela ressort clairement du Préambule des Principes directeurs de la Banque mondiale, selon lequel :

« [un] accroissement des flux de l'investissement direct étranger profite largement à l'économie mondiale et à l'économie des pays en développement en particulier, en ce qu'il améliorera les perspectives économiques à long terme du pays d'accueil par le renforcement de la concurrence, par les transferts de capitaux, de technologie et de savoir faire et par l'élargissement de l'accès aux marchés en ce qu'il favorise l'expansion du commerce international »²⁹³.

Les AII ont permis de mettre fin aux lacunes du droit international coutumier en matière de protection des IDE. Ils sont devenus la source juridique principale des règles relatives à la responsabilité des États en cas d'atteintes aux droits des investisseurs étrangers. Au-delà des simples questions en matière de déni de justice, les AII ont explicitement établi les règles substantielles et procédurales qu'un État partie assume en faveur des ressortissants de l'autre État partie dans la poursuite de son développement économique.

²⁸⁷ CNUCED, *Traités bilatéraux d'investissement 1959-1999*, *op. cit.*, pp.15-16 et figure 4, p.15. Pour une observation de ce mouvement, entre le début des années 1990 et la moitié des années 2000, v. Annexes de la présente thèse, Figure 2.

²⁸⁸ *Ibid.*, pp.15-16, 26-27, 38-39.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 34, 41. Le Brésil a signé 14 TBI entre 1994 et 1999 sans en ratifier aucun ; pour une étude plus approfondie de l'expérience brésilienne, v. BARREIRO LEMOS (L.), CAMPELLO (D.), « The Non-Ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil: A Story of Conflict in a Land of Cooperation », *Review of International Political Economy*, vol.22(5), 2015, p.1055 ; BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, p.243-244.

²⁹⁰ POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.73 ; FACH GÓMEZ (K.), « *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* », *Law and Business Review of the Americas*, vol.17(2), 2011, (pp.195-230), p.196.

²⁹¹ VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, p.183 ; KURTZ (J.), « A General Investment Agreement... », *op. cit.*, pp.721-722 ; WÄLDE (T.), KOLO (A.), *op. cit.*, p.814.

²⁹² FACH GÓMEZ (K.), *op. cit.*, p.196 ; HAFTEL (Y.), THOMPSON (A.), « When Do States Renegotiate International Agreements: The Impact of Arbitration », *The Review of International Organizations*, 2018, vol.13(1), p.28.

²⁹³ Premier alinéa du préambule des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger tel que traduit in. CARREAU (D.), FLORY (T.), JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, vol.38, 1992, p.801.

Les standards contenus dans les AII ont été qualifiés de normes juridiques flexibles, leur application s'effectuant au cas par cas. Les traités se sont attachés à définir les investissements et investisseurs couverts par le traité et les conditions applicables à l'entrée des investissements étrangers. Ils ont également codifié un ensemble de normes juridiques selon lesquelles les États parties doivent traiter les investissements et investisseurs couverts par le traité. Ils leur ont accordé des engagements en matière de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, nécessitant une comparaison au traitement accordé aux autres investissements et investisseurs, nationaux ou étrangers²⁹⁴. De surcroît, ils contiennent des normes de protection dite absolues²⁹⁵. À titre d'exemple, on retiendra la pleine et entière protection et sécurité – selon laquelle l'État partie doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les investisseurs et investissements contre tout acte tiers susceptible de les affecter²⁹⁶, le traitement juste et équitable – par laquelle les États parties s'engagent à traiter les investissements étrangers de manière juste et équitable²⁹⁷, ainsi que la reconnaissance du droit des États à exproprier l'investissement étranger, conformément au droit international²⁹⁸.

Les TBI signés par les pays d'Amérique latine suivent de près le "*Dutch gold standard model BIT*"²⁹⁹, à savoir, des traités courts, avec des définitions larges des investisseurs et de l'investissement – généralement sous la forme d'une liste illustrative d'actifs – avec des normes de traitement comprenant la clause de la nation la plus favorisée, celle du traitement national et du traitement juste et équitable etc. Ces traités ne contiennent alors aucune exception en fonction des secteurs économiques d'activité, aucun mécanisme de filtrage et prévoient le recours à l'arbitrage investisseur-État pour régler les différends ainsi que l'indemnisation intégrale en cas d'expropriation.

²⁹⁴ SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, 3^{ème} éd., O.U.P., Oxford, 2021, p.336 ; A. De Nanteuil emploie les termes de « protection par renvoi » pour désigner cette catégorie de normes car « le traitement auquel l'investisseur étranger peut prétendre est celui qui est réservé à une autre catégorie d'opérateurs », v. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.305.

²⁹⁵ Ces normes sont dites absolues en ce que « elles se suffisent à elles-mêmes (...) sur le principe », v. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.333.

²⁹⁶ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp.384-388 ; SALACUSE (J. W.), op. cit., pp.275-288.

²⁹⁷ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp.344-358 ; SALACUSE (J. W.), op. cit., pp.289-324.

²⁹⁸ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp.358-384 ; SALACUSE (J. W.), op. cit., pp.380-432.

²⁹⁹ LAVRANOS (N.), « The New EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text? », Policy Brief, 2013, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=2241455>, p.1.

En somme, les dispositions des TBI étaient toutes similaires, présentant des définitions et des standards de protection aux libellés très larges et accordant peu d'espace au droit de réglementer de l'État hôte³⁰⁰.

Les Principes directeurs de la Banque mondiale³⁰¹, élaborés en 1992, témoignent des intentions politiques et économiques qui ont forgé les TBI des années 1990³⁰². Ces règles sont fondées sur « l'idée qu'il est nécessaire de traiter de la même manière les investisseurs placés dans des circonstances semblables et de les soumettre au jeu de la libre concurrence si l'on veut créer un climat favorable aux investissements. »³⁰³. Les atteintes à la propriété étrangère qualifiées d'expropriation ou de nationalisation étant à l'origine de la construction du droit des investissements, les traités comportent tous des dispositions relatives à la protection contre l'expropriation sans compensation et le droit de soumettre un différend fondé sur le traité à l'arbitrage³⁰⁴.

Les années 1990 ont également marqué les débuts de l'accroissement d'instruments régionaux relatifs aux investissements en Amérique latine.

En Amérique du Sud, deux organisations sous-régionales ont introduit des programmes d'investissement au début des années 1990 pour parvenir à un certain degré de cohérence avec leurs approches nationales en matière de protection des IDE au moyen de TBI. D'une part, la Communauté andine a adopté la Décision 291, afin d'aligner les règles régionales sur les

³⁰⁰ CNUCED, « Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties », *IIA Issues Note*, n°2, juin 2017, p.3.

³⁰¹ Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Direct Investment: Guidelines (vol.2)*, Publications de la Banque mondiale, Washington D.C., 1992, 50p.

³⁰² Ces règles, non contraignantes, font partie de l'évolution des standards internationaux de protection des investissements étrangers. Sans se substituer aux TBI, les tribunaux arbitraux s'y réfèrent fréquemment quant à l'interprétation des obligations des accords d'investissement, v. par ex, CIRDI, *Fedax c. Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997, §35 ; S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence du 14 mars 2003, §161.

³⁰³ Article I.3 des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger tel que traduit in. CARREAU (D.), FLORY (T.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p. 802 (Version officielle : Banque mondiale, *op. cit.*, p.36, I(3)).

³⁰⁴ La CNUCED relève sept dispositions essentielles que sont celles relatives : à la définition de l'investissement, à la définition de l'admission de l'investissement et le droit d'établissement, au traitement national, à la clause de la nation la plus favorisée, au traitement juste et équitable, à la compensation en cas d'expropriation ou de nationalisation, et à la résolution des différends, v. CNUCED, *World Investment Report 2003 – FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, Publications des Nations Unies, New York, 2003, pp.99-144.

politiques nationales de libéralisation des investissements³⁰⁵. D'autre part, le Marché commun du Sud (ci-après « MERCOSUR ») a été créé par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay dans le but de promouvoir le commerce et de faciliter la libre-circulation des biens, des capitaux et des personnes entre leurs membres³⁰⁶. Pour atteindre ces objectifs, ils ont adopté les protocoles de Colonia et de Buenos Aires afin de promouvoir et protéger les investissements provenant respectivement de leurs États membres et de pays tiers³⁰⁷.

Par ces accords régionaux, les États d'Amérique du Sud se sont uniquement engagés à accorder le traitement national aux IDE³⁰⁸. En réalité, ils présentaient de grandes variations quant à l'étendue de la protection des investisseurs étrangers. Les États membres de la Communauté andine conservaient une grande latitude pour prescrire les conditions dans lesquelles les investissements et investisseurs étrangers couverts par la Décision 291 pouvaient régler leurs différends, cela étant soumis aux législations nationales³⁰⁹. Les protocoles du MERCOSUR se rapprochaient quant à eux des TBI, bien que les concessions accordées aux ressortissants des États membres et à ceux de pays non-membres différaient³¹⁰. Toutefois, en raison du refus du Brésil de les ratifier, aucun des deux protocoles n'est entré en vigueur³¹¹.

Contrairement aux programmes d'investissement en Amérique du Sud, l'Accord de libre-échange Nord-américain (ci-après « ALENA »)³¹² a été le premier accord régional

³⁰⁵ Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°291 – Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 21 mars 1991, Lima, disponible à : <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/Dec291s.asp>, préambule.

³⁰⁶ *Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay* (« *Tratado de Asunción* »), signé le 26 mars 1991 à Asuncion, entré en vigueur le 29 novembre 1991, disponible à : http://www.sice.oas.org/trade/MRCSRS/treatyasun_s.asp#CAPITULO_VI.

³⁰⁷ *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR*, ouvert à la signature le 17 janvier 1994, disponible à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3585/download> ; *Protocolo de Buenos Aires sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR*, ouvert à la signature le 5 août 1994, disponible à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4779/download>. Ces deux protocoles ne sont jamais entrés en vigueur et ont été abrogés, v. SUÑE (N.), CARVALHO De VASCONCELOS (R.), « Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUR », *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1 (n°2), 2013, pp.209-210.

³⁰⁸ V. Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°291...* », *op. cit.*, art.2 ; *Protocolo de Colonia*, art.3(2) ; *Protocolo de Buenos Aires*, art.2, C, §2.

³⁰⁹ Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°291...* », *op. cit.*, art.10.

³¹⁰ Pour une analyse détaillée de ces deux protocoles, v. LERNER (D. F.), « The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR », in. FRANCA FILHO (M. T.), LIXINSKI (L.), OLMOS GIUPPONI (M. B) (eds), *The law of Mercosur*, éd. Hart, Portland, 2010, p.285 et s.

³¹¹ *Idem*.

³¹² Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA), conclu par le Canada, le Mexique et les États-Unis le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, disponible à :

d'investissement en vigueur à réglementer de manière globale l'investissement entre ses États membres. Le Chapitre 11 de l'ALENA, relatif à l'investissement, a adapté la structure des TBI aux besoins spécifiques de ce traité, en accordant aux investisseurs et investissements couverts la même protection substantielle et procédurale³¹³. Puis dans le cadre du Sommet des Amériques, les États-Unis ont encouragé le débat sur la mise en œuvre d'un Accord de libre-échange des Amériques (ci-après « ZLEA ») avec l'intention de réduire progressivement les restrictions au commerce et aux investissements³¹⁴. Les discussions sur les avant-projets de la ZLEA³¹⁵ ont alors révélé qu'il existait une variété d'approches en matière de normes de traitement des investissements en Amérique latine³¹⁶.

En raison de l'absence de consensus, la ZLEA n'a pas été approuvée³¹⁷. Les États latino-américains ont alors adopté différentes approches à la suite de cet échec. Certains ont privilégié les négociations d'accords bilatéraux en réformant leur contenu³¹⁸, d'autres ont favorisé la création d'un forum sous-régional pour débattre des implications du régime juridique du droit international des investissements sur leur souveraineté en matière de politique réglementaire³¹⁹, tandis que les autres n'ont suivi aucune de ces options.

<http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>. L'ALENA a été remplacé par l'Accord entre les États-Unis, le Mexique et le Canada (USMCA), signé le 30 novembre 2018, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2020, disponible à : http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_e.asp.

³¹³ Le chapitre 11 de l'ALENA relatif à l'investissement contient les normes du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, les standards de la pleine et entière protection et sécurité, et du traitement juste et équitable, v. ALENA, art.1103, 1105. Il protège également les investissements et investisseurs étrangers contre l'expropriation illicite, v. ALENA, art.1110. Enfin, il prévoit le recours à l'arbitrage international pour le RDIE, v. ALENA, art.1120.

³¹⁴ V. Sommet des Amériques, *Premier Sommet des Amériques – Déclaration de Principes*, signée par les chefs d'États et de gouvernements participant lors du premier Sommet des Amériques, 9-11 décembre 1994, Miami, disponible en version française à : http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_dec_fr.pdf ; Sommet des Amériques, *Premier Sommet des Amériques – Plan d'Action*, 9-11 décembre 1994, Miami, disponible en version française à : http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_fr.pdf.

³¹⁵ V. les trois projets d'Accord pour une ZLEA (FTTA/ALCA), 2001-2003, disponibles à : http://www.sice.oas.org/tpd/ftaa/ftaa_e.asp#DraftTexts.

³¹⁶ Certains États considéraient que la ZLEA permettrait à tous les États participants d'être sur un même pied d'égalité, v. ALCA – Comité de Negociaciones Comerciales, « *Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Canadá, México, Chile, República Dominicana, Panamá, Colombia, Perú Y Bolivia – Visión del ALCA* », Público FTAAL.TNC/w/219, 4 de octubre de 2003, disponible à : http://www.ftaa-alca.org/TNC/tnw219_s.asp. D'autres remettaient en question le caractère exhaustif des dispositions des projets et appelaient à l'adoption d'accords complémentaires sur le traitement national, v. ALCA – Comité de Negociaciones Comerciales, « *Uruguay – Visión del ALCA* », Público FTAAL.TNC/w/221, 4 de octubre de 2003, disponible à : http://www.ftaa-alca.org/TNC/tnw221_s.asp, nt. §k.

³¹⁷ Sommet des Amériques, *Quatrième Sommet des Amériques – Déclaration de Mar del Plata, "Créer des emplois pour faire face à la pauvreté et renforcer la gouvernance démocratique"*, 5 novembre 2005, Mar del Plata, disponible en version française à : http://www.summit-americas.org/iv_summit/iv_summit_dec_fr.pdf, §19.

³¹⁸ V. Chapitre 3 et s. de la présente thèse.

³¹⁹ V. Chapitre 2 de la présente thèse.

Conclusion du Chapitre 1

Le tournant des années 1990 constitué par la fin de la Guerre Froide a conduit les États latino-américains à ratifier la Convention CIRDI et un nombre croissant de TBI. Les États latino-américains ont finalement accepté d'assumer et d'étendre la responsabilité juridique internationale de leurs actes ou omissions réglementaires qui porteraient atteinte aux obligations conventionnelles consenties en faveur des investissements et des investisseurs étrangers.

Les AII contiennent des normes de traitement de l'investissement étranger, de nature relative ou absolue et aux termes plus larges, qui seront appliquées au cas par cas par le tribunal arbitral compétent. Les AII codifient également l'un des droits économiques qui découle de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles, au sens de la Charte de 1974, soit le droit d'expropriation. Ces accords conclus dans cet "âge d'or" énumèrent pour la première fois les conditions dans lesquelles l'exercice du droit d'expropriation est mis en œuvre, directement ou indirectement par les États, mais également les conditions de sa licéité en vertu du droit international. Pour leur plus grande part, les réclamations portées par les investisseurs étrangers sur le fondement des AII portaient sur les normes du traitement juste et équitable et de l'expropriation.

Au-delà de la codification par les AII, le second tournant majeur est marqué par l'édification de l'arbitrage international en tant que méthode maîtresse du RDIE au titre des AII. Cela a emporté des transformations significatives en Amérique latine, considérant l'utilisation généralisée de la clause Calvo dans les systèmes juridiques de la région et le refus historique des États latino-américains de permettre à d'autres instances que leurs juridictions nationales de réviser leur pratique réglementaire vis-à-vis des activités d'investissements étrangers.

Malgré ces évolutions majeures, la position critique des pays d'Amérique latine à l'endroit des instruments internationaux de protection des investissements n'a pas disparu avec le Consensus de Washington. La restriction indûment disproportionnée de l'autonomie réglementaire des États hôtes, par le biais d'une interprétation et d'une application extensives de ces traités, a commencé à soulever de grandes inquiétudes en termes de légitimité³²⁰ et a conduit, depuis le

³²⁰ V. par ex., FRANCK (S. D.), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol.73(4), 2005, p.1523 ;

milieu des années 2000, aux prémices d'un mouvement de re-politisation du droit international des investissements dans la région.

BURKE-WHITE (W. W.), « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol.3(1), 2008, p.202 ; BROWER (C. N.), SCHILL (S.), « Is Arbitration a Threat of a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? », *Chicago Journal of International Law*, vol.9(2), 2009, p.472.

CHAPITRE 2

LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Au vu des tensions notables qui ont traversé le droit international des investissements à ses débuts, en particulier dans les années 1970, il aurait été légitime de penser qu'elles seraient désormais oubliées. En réalité, si la dépolitisation du régime international des investissements s'est consolidée par le développement des AII et l'institutionnalisation du RDIE, reste que ce droit fait fréquemment l'objet de critiques inexorables. En effet, le droit international des investissements traverse depuis plusieurs années une crise existentielle, liée à sa nature hybride³²¹. Le Tribunal dans l'affaire *Methanex*, attentif à cette particularité, relevait que : « *There is undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties.* »³²². De fait, le droit international des investissements à montrer ses limites, notamment au regard de l'arbitrage d'investissement lequel s'apparente à celui de l'arbitrage commercial et se conjugue difficilement avec le caractère public des intérêts qui y sont en jeu.

La prolifération des AII au nom de l'idéologie néo-libérale a laissé sa place à celle des différends réglementaires puisque « *[i]n the late 1990s, investors “discover” ISDS* »³²³. Les États latino-américains, particulièrement impactés par l'arbitrage d'investissement dans les années 2000, ont pris conscience que la clause d'arbitrage investisseur-État intégrée dans la plupart des traités qu'ils avaient ratifiés a permis aux investisseurs de contester des

³²¹ Ou *sui generis* pour certains, v. ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms : Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *A.J.I.L.*, 2013, vol.107(1), p.49 ; ALVAREZ (J. E.), « Is Investor-State Arbitration “Public”? », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7(3), pp.534-576 ; ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.553 ; WAGNER (M.), « Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law », *U.P.J.I.L.*, 2014, vol.36(1), p.15.

³²² S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, décision sur l'admission d'*amici curiae* du 15 janvier 2001, §49 ; v. également CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République d'Argentine* (ARB/03/19), ordonnance relative aux *amici curiae* du 19 mai 2005, §19.

³²³ CNUCED, *World Investment Report* 2015, *op. cit.*, p.123

réglementations étatiques adoptées en vue de protéger des considérations extra-économiques, en raison de normes de protection de l'investissement particulièrement ambiguës. Celles-ci ont alors été interprétées par des tribunaux arbitraux disposant d'une large marge de manœuvre, modifiant l'étendue de la responsabilité assumée par les États³²⁴. Si les risques liés à la ratification de traités avaient été complètement ignorés par le passé, le développement du contentieux relatif aux investissements a conduit à une profonde remise en question de l'objet même du droit international des investissements (**Section 1**). Les États latino-américains ont également fait montre d'une profonde défiance à l'endroit de l'arbitrage d'investissement et plus particulièrement du CIRDI. L'Amérique latine, jusqu'alors perçue comme un bassin de résistance vis-à-vis de l'arbitrage d'investissement, s'est alors muée en un mouvement de résistances animé par une opposition à la Banque mondiale mais aussi par une logique de reconstruction dans la différence (**Section 2**).

Section 1. Les critiques à l'encontre du régime international de protection de l'investissement

Les revendications du Nouvel ordre économique international paraissaient éloignées du régime international de protection des investissements étrangers jusqu'au tournant du millénaire. L'idéologie néo-libérale, qui prônait le rôle positif des IDE dans le développement économique des États, a foncièrement été remise en cause. La conclusion de nombreux AII aux dispositions substantielles vagues et permettant aux investisseurs de contester des mesures adoptées en cas de crise financière, ou par exemple, en vue de préserver l'environnement, a laissé place à un débat sur la prise en compte de l'intérêt public. Les préoccupations exprimées par les PED dans les années 1970 se sont alors manifestées au sein de tous les États. Les prémisses d'un changement de paradigme en droit international des investissements ont ainsi émergé, reposant sur une réorientation du régime. De fait, son interférence dans les affaires internes de l'État (§2) ne trouvait plus de justification au regard de dogmes économiques et politiques dépassés (§1).

³²⁴ PRIETO MUÑOZ (J. G.), « International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, p.132.

§1. La remise en cause idéologique du droit international des investissements

Le droit international des investissements est fondé sur certains dogmes, économiques et politiques, qui ont rassemblé une grande partie des États lors du Consensus de Washington mais qui ont été profondément remis en cause dans les décennies suivantes et jusqu'à aujourd'hui. La contestation du régime international de protection de l'investissement et de ses instruments, considérés comme étant des outils mettant en péril la protection de l'intérêt public des États (B), dépasse désormais la critique des présupposés sur lesquels il s'est fondé (A).

A. La critique du néo-libéralisme

En raison des crises économiques traversées par les pays d'Amérique latine entre la fin des années 1990 et celle des années 2000, une remise en question de la capacité du système capitaliste mondialisé et financiarisé à assurer un développement économique stable aux PED, et à prendre en compte des facteurs humains et environnementaux, a été amorcée. Tandis que les instruments juridiques internationaux mis en place au cours des dernières décennies ont été largement influencés par l'idéologie néo-libérale de l'économie et des IDE, cette idéologie semble se fissurer.

À l'âge d'or des AII, l'idéologie associant investissements internationaux et développement économique faisait l'unanimité. Les PED, comme ceux d'Amérique latine, qui cherchaient à prendre part à une économie de marché mondiale, ont adhéré au système instauré par la Banque mondiale. Même s'il est vrai que les IDE peuvent contribuer au développement économique³²⁵, après un certain temps, le succès de l'intégration à un tel système a été évalué et les résultats ne se sont pas avérés être à la hauteur des attentes des pays latino-américains, voire pires³²⁶.

³²⁵ BROWER (C. N.), SCHILL (S. W.), « Is Arbitration a Threat... », *op. cit.*, pp.496-497 : « (...) both capital-importing and capital-exporting countries derive benefits from increased flows of foreign investment. Apart from the transfer of technology connected to foreign investment, the creation of employment, additional tax revenue, etc., investment treaties create a legal infrastructure for the functioning of a global market economy by protecting property rights, offering contract protection, establishing nondiscrimination as a prerequisite for competition through national and most-favored-nation treatment, and making effective dispute-settlement mechanisms. Perfect market conditions presupposed, this leads to the efficient allocation of capital, economic growth, and development, and benefits both capital-exporting and capital-importing countries through an increase in overall well-being. » (notes omises).

³²⁶ V. AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », Soixante-seizième session, Note du Secrétaire général, A/76/238, 27 juillet 2021, p.3 : « Il ne suffit toutefois pas d'attirer

À titre d'exemple : « *Bolivia's experience has shown that attracting foreign investment does not by itself generate the expected development for host states and that, rather, it consists in a mechanism for financing and transferring resources from the South to the North.* »³²⁷.

D'une part, déterminer le développement économique d'un État uniquement au regard de sa croissance économique et de son produit intérieur brut serait réducteur. En effet, la croissance n'est pas nécessairement synonyme de développement. Afin de lutter contre les dérives d'une recherche effrénée de la croissance économique, considérer les facteurs humains et environnementaux est apparu comme étant nécessaire et a donné lieu au concept de « développement durable »³²⁸. D'autre part, le Consensus de Washington, qui prônait un développement basé essentiellement sur les IDE, a rapidement montré des signes de faiblesse et de court-termisme. Les années 1990 en Amérique latine ont ainsi été marquées par diverses crises financières (Mexique, Argentine, Brésil, Uruguay)³²⁹, une désindustrialisation prématurée³³⁰ et une réorientation vers l'exploitation des ressources naturelles³³¹. Du fait de l'impact de la crise généralisée des économies émergentes, initiée en Asie Orientale en 1997, la région a connu une nouvelle crise de la dette entre 1998 et 2003, appelée la "demi-décennie perdue"³³². Cette crise d'une ampleur colossale ne sera surmontée que par l'explosion des prix

l'investissement pour susciter un développement inclusif et durable, ou pour réaliser les droits humains (...). Il semble également que d'importants investissements étrangers dans différentes régions du monde n'aient pas réellement fait évoluer la situation quant à la résolution des inégalités économiques généralisées. » ; MAMANI PRIETO (W. A.), « La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos », *A.M.D.I.*, vol.XIII, 2013, p.555.

³²⁷ MENACHO DIEDERICH (P.), « Conciliation and Arbitration Law: Times of Change in Investment Protection in Bolivia », *Investment Treaty News*, IISD, Analyse du 26 novembre 2015, disponible à : https://www.iisd.org/itn/es/2015/11/26/conciliation-and-arbitration-law-times-of-change-in-investment-protection-in-bolivia/#_edn6.

³²⁸ AGNU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26 (Vol.I), Principe 3. Le développement durable peut se définir comme « un mode de développement qui vise à satisfaire les besoins des générations présentes sans compromettre les capacités des générations futures à répondre aux leurs ». V. SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, p.336. V. également, Association de Droit International, *Déclaration de New Dehli sur les principes du droit international relatif au développement durable*, Résolution 3/2002, 70^{ème} Conférence, 2002 ; AGNU, Résolution 41/128, *Déclaration sur le droit au développement*, adoptée le 4 décembre 1986. V. pour commentaires, NEWCOMBE (A.), « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *J.W.I.T.*, vol.8(3), 2007, pp.357-407.

³²⁹ Ces pays ont traversé des crises de balance des paiements, financière et monétaire, v. FRENKEL (R.), *op. cit.*, pp.124-133. Pour une analyse détaillée des crises économiques latino-américaines entre 1990 et 2010, v. Cuadro A.1 « América Latina: Cronología resumida de episodios críticos, 1973-2010 », in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir.), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, pp.156-168.

³³⁰ V. RODRIK (D.), « Premature Deindustrialization », *Journal of Economic Growth*, vol.21(1), 2016, pp.1-33.

³³¹ CHIODI (V.), AHUMADA (J. M.), *op. cit.*, p.29 ; SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.41.

³³² OCAMPO (J. A.), *op. cit.*, p.19.

des matières premières due à la demande chinoise et à la dynamique financière spéculative³³³. Ces nouvelles crises ont ainsi révélé les effets négatifs d'un développement reposant, sans doute de manière démesurée, sur les apports extérieurs d'investissement, desquels peut notamment découler un problème de balance des paiements en cas de retrait soudain des capitaux étrangers³³⁴.

En outre, le modèle de concurrence libre et parfaite a été remis en cause suite au constat de l'apparition d'une discrimination inversée, les investisseurs nationaux jouissant de moins d'avantages que les investisseurs étrangers³³⁵. En effet, les pays souhaitant attirer les IDE « *are creating a sort of reverse discrimination against their own local companies* »³³⁶. Cette discrimination résultait de l'accès à l'arbitrage international offert aux investisseurs étrangers et de l'application des standards hautement protecteurs de l'investissement des AII, leur permettant d'obtenir une indemnisation.

Ainsi, les fondements idéologiques du droit international des investissements sont contestés et, au-delà, le dogme selon lequel la ratification d'AII permet de façon certaine d'attirer des IDE. En effet, les États ont fait des AII l'une de leurs stratégies aux fins d'attirer ces investissements bien qu'aucun élément factuel ne permette d'établir un lien de causalité certain entre ces accords et le flux d'IDE³³⁷. Par ailleurs, si certaines études ont examiné la contribution prétendue des IDE au développement des États d'accueil, leurs conclusions sont nuancées³³⁸. Dès la fin des

³³³ CHIODI (V.), AHUMADA (J. M.), *op. cit.*, p.30.

³³⁴ OCAMPO (J. A.), *op. cit.*, p.30. V. également, SORNARAJAH (M.), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », in. ROGERS (C. A.), ALFORD (R. P.), *The Future of Investment Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.273-296.

³³⁵ SUBEDI (S.), *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, pp.182-183 ; BEEN (V.), BEAUVAIS (J. C.), « The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », *New York University Law Review*, vol.78(1), 2003, p.129 ; MONTT (S.), « What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation », *IILJ Papers*, 2007, disponible à : https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/06/SantiagoMontt.GAL_.pdf, pp.41-42 ; ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, pp.573-574.

³³⁶ OMC, Rapport du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, *Communication de la Communauté européenne et États membres, Document de réflexion sur la non-discrimination*, 27 juin 2002, WT/WGTI/W/122, p.2, §4.

³³⁷ BONNITCHA (J.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), WAIBEL (M.), *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, O.U.P, 2017, pp.155-166. En effet, les résultats observés dépendent grandement de la méthodologie utilisée et la plupart des études indiquent que l'impact des TBI sur les IDE est minime, voire nul. Par ailleurs, il est très difficile d'isoler les impacts des traités d'investissement de ceux des réformes économiques et politiques nationales plus larges. V. BONNITCHA (J.), « Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the Evidence », *IISD Report*, Winnipeg, 2017, 19p.

³³⁸ V. not., HALLWARD-DRIEMEIER (M.), *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper, n°3121, Washington, 2003, 36p.

années 2000, la CNUCED notait que l'impact des AII sur l'attrait des IDE et leur contribution au développement étaient fortement critiqués³³⁹. En conséquence, la conclusion de TBI a connu un ralentissement³⁴⁰ qui s'est poursuivi dans la décennie suivante³⁴¹. Cette tendance s'est également observée en Amérique latine : entre la fin des années 1990 et 2005, seulement 146 traités ont été conclus pour chuter au nombre de 52 sur la période 2005-2009 et, par exemple, au nombre de 15 sur la période 2014-2017³⁴².

Au-delà de la remise en cause des présupposés économiques du régime international des investissements, l'opinion publique a commencé à percevoir certaines sentences arbitrales comme des effets secondaires indésirables de la mondialisation néo-libérale. Le passage aux années 2000 témoigne ainsi d'un « *societal backlash against neo-liberalism* »³⁴³ qui explique que le droit international des investissements fasse actuellement l'objet d'un désaveu. Ce constat est confirmé par les critiques émises à l'encontre de ce droit et notamment de sa prétendue incapacité à conjuguer la protection des intérêts des investisseurs étrangers et celle de l'intérêt public des politiques mises en œuvre par les États d'accueil.

; NEUMAYER (E.), SPESS (L.), « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? », *World Development*, vol.33(10), 2005, pp.1567-1585 ; SALACUSE (W.), SULLIVAN (P.), *op. cit.*, pp.67-136 ; GALLAGHER (K. P.), BIRCH (M. B. L.), « Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America », *J.W.I.T.*, vol.7(6), 2006, pp.961-974 ; ROSE-ACKERMAN (S.), TOBIN (J. L.), « Do BITs Benefit Developing Countries? », in. ROGERS (C. A.), ALFORD (R. P.), *The Future of Investment Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.131-144 ; SAUVANT (K. P.), SACHS (L. E.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, O.U.P., Oxford, 2009, lxii-732p. ; PIROTTE (A.), TITI (C.), *L'impact des traités d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers – Une nouvelle approche par la prise en compte des règles de droit des traités*, Rapport final de recherche, Mission de recherche Droit & Justice – CRED – CREDIMI, 2020, 110 p.

³³⁹ UNCTAD, *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, éd. Publications des Nations Unies, New York/Genève, 2008, p.39. V. également, BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, p.242.

³⁴⁰ Par exemple, il y avait presque 2 500 TBI conclus dans le monde fin 2005, v. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, *op. cit.*, p.1. ; puis 2 676 en 2008, v. UNCTAD, « Recent Developments in International Investment Agreement: 2008-June 2009 », *IIA Monitor*, n°3, 2009, p.2.

³⁴¹ En 2014 ils étaient au nombre de 2 923, v. UNCTAD, « Recent Trends in IIA and ISDS », *IIA Issues Note*, n°1, 2015, p.2 ; puis de 2 946 en 2017, v. UNCTAD, « Recent Developments in the International Investment Regime », *IIA Issues Note*, n°1, 2018, p.2 ; v. figure 1, p.2 pour un graphique représentant le nombre de TBI signés entre 1980 et 2017 ; et de 2 871 en 2021, v. UNCTAD, « The International Investment Treaty Regime and Climate Action », *IIA Issues Note*, n°3, 2022, p.2

³⁴² V. la base de données de la CNUCED, *IIA navigator*. V. principalement, Annexes de la présente thèse, figure 2.

³⁴³ SPEARS (S.), « The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements », *J.I.E.L.*, 2010, vol.13(4), p.1041. V. également, KAPSTEIN (E. B.), « Workers and the World Economy », *Foreign Affairs*, vol.75(3), 1996, pp.16-37 ; RODRIK (D.), « Has Globalization Gone Too Far? », *Challenge*, vol.41(2), 1998, pp.81-94.

B. L'opposition entre l'intérêt public des États et les droits des investisseurs

Dans l'absolu, le droit international des investissements n'est ni favorable aux investisseurs étrangers, ni favorable aux États d'accueil. Il n'est que l'outil de la volonté des États qui l'élaborent et comme le relève Jan Paulsson : « *[t]he raison d'être of a reliable legal infrastructure is purely instrumental. A good tool used to implement misguided policies yields poor results, but there is no reason to blame the tool* »³⁴⁴. L'objectif principal du système international relatif aux investissements, élaboré par les États, est avant tout celui de leur protection. Toutefois, « l'État [ayant] aussi des responsabilités plus vastes »³⁴⁵, notamment à l'égard de sa population et de l'intérêt public, l'asymétrie du système a suscité de nombreuses critiques.

En premier lieu, les AII accordent un ensemble de droits aux investisseurs étrangers sans leur imposer généralement d'obligations, qui sont, elles, à la charge des États d'accueil. Dès lors, ces accords ont été progressivement perçus comme déséquilibrés :

« Les instruments qui protègent les investisseurs contre les mesures que pourraient prendre les pays en développement sont plus nombreux que les instruments qui protègent les pays en développement contre le comportement ou les agissements des investissements. C'est-à-dire que ce débat s'est achevé à l'avantage des investisseurs »³⁴⁶.

Ensuite, les droits accordés aux investisseurs étrangers ne sont pas limités au regard de l'intérêt public, ce qui suscite une critique quant à « *the perceived unevenness created by a regime that protects property, investment, and foreign investors without sufficient regard to other non-investment-related interests of host states.* »³⁴⁷. Pourtant, les investissements ont une portée profondément politique. Premièrement, ils impliquent un arbitrage de la part des États entre une politique économique en faveur des IDE et l'intérêt public – résultant des préoccupations liées

³⁴⁴ PAULSSON (J.), « What Authority do International Arbitrators have over States », in. VAN DEN BERG (A. J.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, p.139.

³⁴⁵ AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde... », *op. cit.*, p.189.

³⁴⁶ JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, vol.250, 1994, p.75. V. également, AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, *op. cit.*, p.7.

³⁴⁷ BROWER (C. N.), SCHILL (S. W.), « Is Arbitration a Threat... », *op. cit.*, p.474.

à l'environnement³⁴⁸, la santé³⁴⁹, la culture³⁵⁰ ou les droits de l'Homme³⁵¹. Deuxièmement, en cas de sentence défavorable, à la suite d'un arbitrage aux fins de résoudre un différend entre un investisseur et l'État, les dédommagements financiers seront réglés par les fonds publics de ce dernier³⁵².

Enfin, les investisseurs, et eux seuls, ont la possibilité de déclencher unilatéralement une procédure arbitrale contre les États-hôtes, par le jeu de la clause de RDIE contenue dans les AII. Ils sont alors en mesure de demander aux États de rendre des comptes sur la façon dont ces derniers mettent en œuvre leur souveraineté, sur le fondement de traités d'investissements – et non d'engagements que les États auraient pris directement envers eux – devant des tribunaux arbitraux internationaux – et non les juridictions nationales.

Par conséquent, les obligations des AII, qui visaient initialement à réduire le risque d'investir à l'étranger, sont devenues, en raison de leur champ d'application très large, des outils au service de la contestation d'un large éventail d'activités gouvernementales de l'État-hôte³⁵³. Ces derniers ne sont pas libres de réglementer tous les domaines qui pourraient avoir un impact sur les investissements. Cette absence de liberté est apparue clairement à la suite de la vague de contestations des investisseurs étrangers des mesures d'application générale adoptées par l'État-hôte, telles que des lois, des réglementations ou des actes exécutifs³⁵⁴, devant des tribunaux arbitraux internationaux.

³⁴⁸ V., par ex., CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000 ; CIRDI, *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000 ; S.A. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, sentence finale du 30 décembre 2002 ; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003 ; S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005.

³⁴⁹ V. par ex., CIRDI, *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

³⁵⁰ V. par ex., CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007 ; S.A. CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, sentence du 8 juin 2009.

³⁵¹ V. par ex., CIRDI, *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque* (ARB/06/5), sentence du 15 avril 2009, §78.

³⁵² Sur les montants des sentences, v. par exemple l'étude menée sur le cas de l'Amérique latine et des Caraïbes, entre 1996 et 2017, in. OLIVET (C.), MÜLLER (B.), GHIOTTO (L.), « Impacts of Investment Arbitration Against Latin America and the Caribbean », *Transnational Institute*, Amsterdam, 2017, pp.5-6, disponible à : https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_en_numerosen2017.pdf.

³⁵³ CHOUDHURY (B.), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.41(3), 2008, p.782 ; LESTER (S.), MERCURIO (B.), « Safeguarding Policy Space in Investment Agreements », *IIEL Issue Brief*, 2017, disponible à : <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/articles/lester-mercurio-iiel-issue-brief-december-2017.pdf>, p.2 ; BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, p.242.

³⁵⁴ KORZUN (V.), « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.50(2), 2017, p.359.

Ces "différends réglementaires" sont particulièrement controversés :

« *The concern is that international investment agreements and the ISDS regime have empowered foreign corporations to interfere with a state's ability to regulate for the benefit of the public at large.* »³⁵⁵.

Ce faisant, l'État défendeur se trouve dans une position où un tribunal arbitral examinera la mesure contestée au risque de minimiser, voire d'ignorer, ses implications d'intérêt public³⁵⁶.

En particulier, la médiatisation de certaines affaires a révélé, aux yeux de l'opinion publique, la réalité des arbitrages internationaux d'investissement, par exemple dans le contexte de la protection de la santé publique. Si ces affaires ne sont pas nombreuses³⁵⁷, les affaires *Philip Morris*³⁵⁸, qui concernaient les réglementations d'emballage unique adoptées en vue de lutter contre les effets du tabagisme sur la santé, ou encore l'affaire *Glamis Gold*³⁵⁹, qui visait des mesures de protection de la culture et de la santé des populations autochtones, ont montré que les investisseurs étrangers pouvaient remettre en question des mesures adoptées par les États en vue d'objectifs légitimes d'intérêt public³⁶⁰.

La remise en question des mesures étatiques s'est d'autant plus révélée flagrante dans le contexte de la protection de l'environnement. En effet, la contestation des mesures environnementales représente actuellement environ 15% de l'ensemble des RDIE connus,

³⁵⁵ KORZUN (V.), *op. cit.*, p.360. V. également en ce sens, VAN HARTEN (G.), LOUGHLIN (M.), « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *European Journal of International Law*, vol.17(1), 2006, p.124 ; GERTZ (G.), JANDHYALA (S.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), « Legalization, Diplomacy, and Development: Do Investment Treaties De-politicize Investment Disputes? », *World Development*, vol.107, 2018, p.248 ; OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, Direction des Affaires Financières et des Entreprises - Documents de travail sur l'investissement international n° 2004/4, Paris, Éditions OCDE, p.2 : « on craint de plus en plus que des concepts comme celui de l'expropriation indirecte soient applicables à des mesures réglementaires visant à protéger l'environnement, la santé et d'autres aspects de l'intérêt public. ».

³⁵⁶ V. VAN HARTEN (G.), LOUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.126.

³⁵⁷ Elles représentent moins d'1% de l'ensemble des RDIE connus, fondés sur des AII, v. CNUCED, « International Investment Policies and Public Health », *IIA Issues Note*, n°2, 2021, p.5.

³⁵⁸ S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Philip Morris Asia Limited c. le Commonwealth d'Australie* (n°2012-12), décision sur la compétence et l'admissibilité du 17 décembre 2015 ; CIRDI, *Philip Morris Brands SÁRL, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay* (ARB/10/7), sentence du 8 juillet 2016.

³⁵⁹ S.A. CNUDCI, *Glamis Gold c. États-Unis*, sentence du 8 juin 2009.

³⁶⁰ KORZUN (V.), *op. cit.*, pp.356-357 ; v. également, STUMBERG (R.), « Safeguards for Tobacco Control: Options for the TPPA », *American Journal of Law & Medecine*, vol.39(2-3), 2013, pp.395-397, qui décrit la stratégie déployée par Philip Morris pour s'attaquer à l'Uruguay dans le but de dissuader d'autres États d'adopter des législations similaires.

fondés sur des traités d'investissement³⁶¹. Ces mesures portaient, par exemple, dans l'affaire *Metalclad*, sur la protection d'une réserve écologique située à proximité d'une usine de traitement de déchets dangereux³⁶², dans l'affaire *Ethyl*, sur l'interdiction de la commercialisation d'un additif pour carburant en vue de protéger la santé humaine et l'environnement³⁶³, dans l'affaire *Azurix*, sur la protection de la santé humaine contre la contamination de l'eau potable³⁶⁴, dans l'affaire *Methanex*, sur la protection de la santé humaine et de la qualité de l'environnement contre la menace de l'utilisation d'un produit chimique³⁶⁵. Dans d'autres affaires, ces mesures portaient sur la protection des écosystèmes et de la biodiversité contre des projets touristiques ou miniers³⁶⁶.

Les tribunaux arbitraux internationaux ont ainsi été amenés à interpréter et à appliquer les standards de l'expropriation, du traitement juste et équitable ou encore du traitement national, invoqués par les investisseurs pour contester ces mesures dans lesquelles l'intérêt général était en jeu. Ces différends ont pu entraîner des répercussions financières conséquentes sur les États défendeurs³⁶⁷. L'examen de la relation entre le droit international des investissements et l'environnement a ainsi conduit à deux constats : celui de la corrélation entre l'accroissement des IDE et l'accélération de la dégradation de l'environnement et de l'épuisement des ressources naturelles³⁶⁸, mais également celui de l'indifférence du régime international de l'investissement envers l'impact des activités économiques sur l'environnement et les communautés locales³⁶⁹. En outre, ces différends réglementaires sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif sur la réglementation à l'échelle mondiale, dans la mesure où la crainte d'un RDIE pourrait inciter les gouvernements à s'abstenir d'adopter une mesure réglementaire en vue de protéger l'intérêt public³⁷⁰.

³⁶¹ CNUCED, « Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action », *IIA Issues Note*, n°4, 2022, p.1 (figure 1) et pp.8-21 (Annex 1-3).

³⁶² CIRDI, *Metalclad c. Mexique*, §§35, 59, 114

³⁶³ S.A. CNUDCI, *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, sentence sur la compétence du 24 juin 1998.

³⁶⁴ CIRDI, *Azurix Corp. c. République d'Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006, §§124-126, 130.

³⁶⁵ S.A. CNUDCI, *Methanex c. États-Unis*, sentence finale du 3 août 2005.

³⁶⁶ Par ex., CIRDI, *Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, sentence du 17 février 2000.

³⁶⁷ KORZUN (V.), *op. cit.*, p.370. V. également, OLIVET (C.), MÜLLER (B.), GHIOTTO (L.), *op. cit.*, pp.5-6.

³⁶⁸ MILES (K.), *op. cit.*, pp.129-130.

³⁶⁹ K. Miles examine à ce titre plusieurs différends sur fond de contamination des terres et rivières, de forêts tropicales ravagées, de dommages sur la santé humaine, de violation des droits de l'Homme etc, v. MILES (K.), *op. cit.*, pp.133-150.

³⁷⁰ V. *infra*, note 391.

La CNUCED a alors constaté, dès 2010, que le défi majeur de la nouvelle génération d’AII et du droit international des investissements, serait de prendre en considération la protection des investisseurs et de permettre aux États de mettre en œuvre leurs politiques dans l’intérêt public³⁷¹. En effet :

*« At a time of pressing social and environmental challenges, harnessing economic growth for sustainable and inclusive development is more important than ever. Investment is a primary driver of such growth. Mobilizing investment and ensuring that it contributes to sustainable development objectives is therefore a priority for all countries and for developing countries in particular. »*³⁷².

Les inquiétudes engendrées par ces différends réglementaires et les critiques relatives aux interprétations arbitrales des standards de protection de l’investissement relativement flous³⁷³ ont eu un écho particulier en Amérique latine³⁷⁴. En raison des positions historiques de la région vis-à-vis du RDIE mais aussi de l’affaiblissement du droit de réglementer dans l’intérêt public dû à ce type de contentieux, le droit international des investissements a été progressivement considéré comme une atteinte à la souveraineté de l’État.

§2. Les interférences dans les affaires internes de l’État

La multiplication des critiques envers le régime international des investissements a conduit les États à percevoir le régime des AII et de l’arbitrage d’investissement comme des atteintes à leur souveraineté (A), leur faisant courir le risque d’un ralentissement, voire d’un gel, de leur activité réglementaire dans l’intérêt public (B).

A. Un abandon de la souveraineté de l’État ?

Les arbitrages internationaux d’investissement ont connu une croissance exponentielle en raison des ratifications massives d’AII³⁷⁵. En conséquence, les pouvoirs des tribunaux arbitraux

³⁷¹ CNUCED, *World Investment Report 2010 – Investing in a Low-Carbon Economy*, Publications des Nations Unies, New York, 2010, pp.86-87.

³⁷² CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, op. cit., p.10.

³⁷³ BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.), op. cit., p.32.

³⁷⁴ V. HIPPOLYTE (A. R.), « ICSID’s Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries. Lessons from Latin America », *International Community Law Review*, 2017, vol.19(4-5), pp.401-442.

³⁷⁵ CNUCED, *World Investment Report 2006 – FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2006, p.29.

se sont étendus et ces derniers ont été amenés à trancher des différends réglementaires³⁷⁶. La capacité des arbitres internationaux, issus du droit privé, à contrecarrer l'autorité décisionnelle d'un État, a fait craindre aux États une atteinte à leur souveraineté. En effet, les différends réglementaires impliquent des questions d'intérêt public. Cette notion peut être envisagée en termes d'intérêt de l'État et de ses citoyens mais également d'intérêt commun de l'humanité³⁷⁷, dans le cas de préoccupations relatives à l'environnement ou aux droits de l'Homme. Toutefois, les États ont observé que légiférer dans l'intérêt public ne les protégeaient pas de décisions arbitrales qualifiant leurs réglementations d'interférence dans un investissement étranger. Bien que l'investissement soit au centre de leurs politiques publiques, le régime international d'investissement est apparu comme difficilement conciliable avec les notions d'indépendance et de souveraineté.

Au préalable, les États se sont efforcés de trouver une solution dans leur droit national, afin d'éviter de se soumettre aux sentences fondées sur les AII. Ce fut le cas, par exemple, de l'Argentine qui, face à l'ensemble des affaires auxquelles elle était confrontée à la suite des mesures entreprises pour faire face à sa crise économique au début des années 2000³⁷⁸, a invoqué sa Constitution pour échapper à ses obligations³⁷⁹. Néanmoins, le droit international prévoit que le droit interne ne peut justifier la non-exécution d'un traité³⁸⁰. Si cet argument constitutionnel est resté sans effet, il n'en demeure pas moins qu'il est à l'origine du modèle de TBI proposé par la Colombie en 2008 et des modifications des constitutions équatorienne et bolivienne qui seront invoquées comme justification au rejet de l'arbitrage international à la même époque³⁸¹.

Toutefois, l'invocation par l'Argentine de sa Constitution n'est pas insignifiante. Elle met en lumière l'opinion de certains États, notamment latino-américains, qui considèrent que le régime

³⁷⁶ V. PETERSON (L. E.), GRAY (K. R.), *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Research Paper, IISD Publications, 2003, 44p.

³⁷⁷ V. DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.69 ; BASLAR (K.), *The Concept Of The Common Heritage Of Mankind In International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998, pp.38-39.

³⁷⁸ V. *infra*, notes 426-427.

³⁷⁹ V. par exemple, BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, pp.249-250 ; GRANT (K.), « ICSID's Reinforcement ? : UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol.52(3), pp.1132-1133.

³⁸⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *R.T.N.U.*, vol.1155, p.331, (Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969), art.27.

³⁸¹ V. *infra*, note 482 et s.

international des investissements, formé par un vaste réseau d'AII et la Convention de Washington, constitue un abandon de leur souveraineté.

Bien que la Cour permanente de Justice internationale ait affirmé, dès sa première affaire, que « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État »³⁸², l'argument peut s'entendre en droit international des investissements. Premièrement, les conditions des négociations des AII manquent bien souvent de transparence. Malgré les processus de ratification qui impliquent le vote des parlements nationaux ou le recours au référendum, les citoyens ont généralement le sentiment de n'avoir accès à aucune information relative aux enjeux des négociations. Deuxièmement, l'égalité souveraine des États quant à la négociation des AII mérite d'être nuancée. Le contenu des accords négociés reflétait étroitement les modèles de traités des pays développés. De fait, comme le note le Professeur Patrick Juillard : « les pays développés envoyaient leur modèle conventionnel aux pays en développement et quelques jours après, les pays en développement renvoyaient le tout au quai d'Orsay, après les avoir signés »³⁸³.

Convaincus par l'idée que les traités d'investissement attireraient les IDE sans peser outre mesure sur leur marge de manœuvre réglementaire, de nombreux PED se sont contentés de signer ces modèles de traités, sans négocier préalablement leurs conditions. Les États importateurs de capitaux ne réalisaient pas à cette époque les implications juridiques de ces traités³⁸⁴ et ce serait donc l'asymétrie des connaissances et des biais cognitifs, plus qu'un rapport de force déséquilibré ou une contrainte économique, qui aurait impacté les négociations³⁸⁵, conduisant à cette perte de souveraineté³⁸⁶.

³⁸² CPJI, Affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (Grande Bretagne c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923, Série A, n°1, p.25.

³⁸³ AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde... », *op. cit.*, p. 191.

³⁸⁴ V. SKOVGAARD POULSEN (L. N.), AISBETT (E.), « When the Claim Hits : Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics*, vol.65(2), 2013, pp.279-285 ; HAFTEL (Y.), THOMPSON (A.), *op. cit.*, pp.28-29 ; à propos de l'expropriation indirecte : BONOMO (S.), *op. cit.*, p.135.

³⁸⁵ V. SKOVGAARD POULSEN (L. N.), « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quarterly*, vol.58(1), 2014, pp.1-14.

³⁸⁶ V. GARCIA (C. G.), « All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration », *Florida Journal of International Law*, vol.16(2), 2004, pp.301-369.

La CNUCED relevait en 2007 qu'il s'agissait principalement d'une question de "capacité" pour les PED :

« [A] developing country may find that it lacks the resources to negotiate the agreements it wishes to negotiate. Alternatively, it may choose to participate in negotiations, but without having the knowledge needed to obtain concessions it otherwise could have obtained, or without fully understanding the consequences of the agreement it ultimately concludes, or without having the ability to honour the agreement once it is concluded. »³⁸⁷.

La critique du régime international des investissements au regard de l'atteinte à la souveraineté n'est pas l'apanage des PED. Certaines affaires relatives à des différends réglementaires, fortement médiatisées, ont conduit, y compris au sein des pays développés, à l'ouverture du débat public. Ce débat s'oriente graduellement sur l'interférence du régime avec la marge de manœuvre réglementaire des États d'accueil des investissements.

B. L'inquiétude de la « frilosité réglementaire »

Les années 2000 ont été marquées par une critique manifeste du régime international relatif aux investissements en ce qu'il représenterait une menace pour la souveraineté de l'État et une limite à l'espace réglementaire des gouvernements des États d'accueil³⁸⁸. De fait, l'interaction entre la libéralisation des IDE et les objectifs d'intérêt public des États a conduit des investisseurs étrangers à contester des réglementations en matière d'environnement ou de santé publique, dans le contexte d'industries minière, pharmaceutique et de tabac³⁸⁹. Ces affaires, parfois controversées, ont donné naissance au discours sur les "paradis de la pollution", la fuite des capitaux et la frilosité réglementaire³⁹⁰. La crainte d'une diminution des flux d'IDE, d'un accroissement des sorties de capitaux étrangers, et d'un RDIE conduirait au recul de l'adoption de normes par les États-hôtes, notamment en matière environnementale, voire à "geler" leur action réglementaire³⁹¹.

³⁸⁷ CNUCED, « Development Implications of International Investment Agreements », *IIA Monitor*, n°2, 2007, p.8.

³⁸⁸ LESTER (S.), MERCURIO (B.), *op. cit.*, p.1.

³⁸⁹ V. *supra*, notes 358-366.

³⁹⁰ MILES (K.), *op. cit.*, pp.178-181 (K. Miles résume les travaux de certains auteurs sur cela).

³⁹¹ CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, Note du Secrétariat, Quarante-sixième session, Vienne, 9-13 octobre 2023, A/CN.9/WG.III/WP.232, §30.

La frilosité réglementaire, ou “*regulatory chill*”³⁹², se définit comme suit : « *a State actor will fail to enact or enforce bona fide regulatory measures because of a perceived or actual threat of investment arbitration.* »³⁹³. La frilosité réglementaire conduit à impacter négativement la volonté et la capacité des gouvernements à répondre aux exigences politiques d’intérêt public. Il s’agit d’un « *chilling effect on public action to address community concerns* »³⁹⁴. Si cette inquiétude n’est pas nouvelle, elle s’est intensifiée au fil de l’augmentation du nombre de RDIE et elle a joué un rôle majeur dans ce qui a été appelé un « *public backlash against IIAs* »³⁹⁵.

La frilosité réglementaire découlerait, d’une part, de la crainte d’une fuite des capitaux étrangers et, d’une perte de compétitivité sur les marchés³⁹⁶. En pratique, il est difficile de confirmer ce lien de causalité puisque l’hypothèse repose sur une absence d’activité réglementaire³⁹⁷. Néanmoins, certains auteurs ont conclu qu’il existerait des preuves de l’existence du phénomène³⁹⁸. Par exemple, l’Union européenne et les États-Unis ont été dissuadés d’adopter

³⁹² SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1039 ; ALSCHNER (W.), « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *Yale Journal of International Law*, vol.42(1), 2017, p.7. Sur la frilosité réglementaire, v. par ex., TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement », *Transnational Environmental Law*, vol.7(2), 2018, pp.229-250 ; SCHILL (S. W.), « Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation To Mitigate Climate Change? », *Journal of International Arbitration*, vol.24(5), 2007, pp.469-477.

³⁹³ TIETJE (C.), BAETENS (F.), « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, Doc n°MINBUZA-2014.78850, 2014, disponible à : https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjj27kof_j9vvik7mlc3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf, p.40 et plus largement pp.39-48, sur ce phénomène, les trois catégories susmentionnées et, les arguments pour ou contre son existence.

³⁹⁴ COTULA (L.), SCHRÖDER (M.), *Community Perspectives in Investor-State Arbitration*, International Institute for Environment and Development, Royaume-Uni, 2017, p.27, disponible à : <http://pubs.iied.org/12603IIED/> ; v. également, CORDES (K.), JOHNSON (L.), SZOKE-BURKE (S.), « Land Deal Dilemmas: Grievances, Human Rights, and Investor Protections », *Columbia Center on Sustainable Investment*, 2016, 50p, disponible à : https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/61.

³⁹⁵ LESTER (S.), MERCURIO (B.), *op. cit.*, p.2 ; V. également, VANDEVELDE (K. J.), *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, O.U.P., New York, 2010, pp.69-74 ; KAUSHAL (A.), « Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », *Harvard International Law Journal*, vol.50(2), 2009, pp.491-534 ; WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K.-H.), BALCHIN (C.), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, liv+614p.

³⁹⁶ V. ESTY (D. C.), GERADIN (D.), « Environmental Protection and International Competitiveness », *Journal of World Trade*, vol.32(3), 1998, pp.19-21 ; CLAPP (J.), « What the Pollution Haven Debate Overlooks », *Global Environmental Politics*, vol.2(2), 2002, pp.16-17 ; BROWN (J. G.), « International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? », *Western Journal of Legal Studies*, vol.3(1), Article 3, p.18.

³⁹⁷ CLAPP (J.), *op. cit.*, p.17 ; BROWN (J. G.), *op. cit.*, p.9.

³⁹⁸ V. CLAPP (J.), *op. cit.*, pp.16-17 ; ESTY (D. C.), GERADIN (D.), *op. cit.*, pp.19-21 ; VAN HARTEN (G.), SCOTT (D. N.), « Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada », *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, vol.12(6), Research Paper N°26, 2016, pp.1-2. V. également, WILLIAMS (Z. P.), « Investor-State Arbitration in Domestic Mining Conflicts », *Global Environmental Politics*, vol.16(4), 2016, pp.32-49, not. p.47 ; TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science », 2010, Forthcoming in. BROWN (C.), MILES (K.) (eds.),

des mesures de réformes fiscales écologiques élaborées en vue de réduire la consommation d'énergie et les émissions de gaz à effet de serre face aux risques de perte de capitaux et de compétitivité soulevés par des lobbyistes de l'industrie³⁹⁹. Par ailleurs, les États seraient réticents à adopter des réglementations environnementales ou sociales en raison des menaces de contestations des investisseurs étrangers par le biais du RDIE⁴⁰⁰. L'argument est persuasif compte tenu des coûts engagés par les États pour leur défense dans l'arbitrage international d'investissement et du spectre des dommages et intérêts lesquels peuvent s'avérer excessivement élevés, notamment pour des PED⁴⁰¹. Le Professeur Philippe Sands, dans une opinion dissidente sur la demande de soumission écrite d'un *amicus curiae* dans l'affaire *Odyssey*, notait :

*« It is now well-recognised that investment treaty arbitration can have a significant impact on domestic regulatory regimes, even where compensation is the only remedy awarded. It is therefore entirely possible that a finding that the Respondent has breached the treaty could lead to regulatory changes (...). The Majority's decision fails to recognise or take account of the broader impacts of investment treaty arbitration. »*⁴⁰².

Par ailleurs, les États-hôtes peuvent être confrontés à de multiples arbitrages contestant une seule et même mesure⁴⁰³. Ainsi, la menace d'un recours au RDIE a été utilisée par des investisseurs étrangers contre l'adoption d'une nouvelle réglementation : « *[p]ractic*

Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, C.U.P., 2011, 28p, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=2065706>.

³⁹⁹ V. ESTY (D. C.), GERADIN (D.), *op. cit.*, pp.19-21

⁴⁰⁰ TIENHAARA (K.), « What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries », *Journal of World Trade*, vol.6(4), 2006, pp.80, 85-87 ; PETERSON (L. E.), « All Road Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties », in. ZARSKY (L.), *International Investment for Sustainable Development*, Routledge, London, 2004, 1st ed., p.139 ; CLAPP (J.), *op. cit.*, p.17 ; MILES (K.), *op. cit.*, p.127. V. également, TIENHAARA (K.), COTULA (L.), « Raising the Cost of Climate Action? Investor-State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets », *International Institute for Environment and Development*, Research Report, 2020, London, 58p ; GAUKRODGER (D.), *The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: A Scoping Paper*, OECD Working Papers on International Investment 2017/2, 2007, 38p, not. pp.23-25 ; BROWN (J. G.), *op. cit.*, pp.11, 18 ; TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration... », *op. cit.*, p.27.

⁴⁰¹ TIENHAARA (K.), « What You Don't Know Can Hurt You... », *op. cit.*, pp.80, 85-87 ; PETERSON (L. E.), « All Road Lead Out of Rome... », *op. cit.*, p.139 ; SIMMA (B.), « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », *I.C.L.Q.*, vol.60(3), 2011, p.580 ; MANN (H.), « The Right of States to Regulate and International Investment Law: A Comment », in. UNCTAD, *The development dimension of FDI : policy and rule-making perspectives*, United Nations Publication, New York, 2003, p.221. Dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*, l'État défendeur a d'ailleurs reçu un soutien financier d'une organisation philanthropique, v. CIRDI, *Philip Morris Brands SÁRL, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay* (ARB/10/7), sentence du 8 juillet 2016, §141, note 132. V. également, BONNITCHA (J.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), WAIBEL (M.), *op. cit.*, p.87 : le coût moyen de l'arbitrage d'investissement est supérieur à 10 millions de dollars.

⁴⁰² CIRDI, *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. États-Unis du Mexique* (UNCT/20/1), Ordonnance de procédure n°6 du 20 décembre 2021, Opinion dissidente du Professeur Philippe Sands, §2.

⁴⁰³ V. *infra*, note 428 (affaires Argentines à la suite de la crise financière).

lawyers do admit that they hear rumours of investors applying informal pressure upon host states – while brandishing an investment treaty as a potential legal stick. »⁴⁰⁴. À ce titre, les affaires *Philip Morris* et *Ethyl* sont des exemples de l'existence du phénomène de la frilosité réglementaire⁴⁰⁵. En matière environnementale, cette problématique devient plus pressante au regard de la lutte contre le changement climatique qui requiert inévitablement l'adoption de mesures aux échelles nationales et internationales⁴⁰⁶. Au-delà du poids des conséquences des sentences arbitrales, le lien entre la frilosité réglementaire et le RDIE provient de l'incohérence des raisonnements et des conclusions variables des tribunaux arbitraux internationaux⁴⁰⁷. En effet, ces derniers sont amenés à interpréter un ensemble disparate d'AII dont les garanties substantielles sont formulées en des termes généraux, sans être contraints par une doctrine formelle de précédent⁴⁰⁸ et, sont parfois suspectés de faire preuve de favoritisme à l'égard des investisseurs⁴⁰⁹.

En conséquence, les États, ainsi que certaines institutions internationales et des universitaires, se sont interrogés sur la question de l'espace réglementaire de l'État-hôte qui, en vue de protéger l'intérêt public, se heurte au champ d'application des obligations des AII et à l'instrumentalisation du RDIE⁴¹⁰. Par le jeu de l'interprétation et de l'application par les arbitres internationaux des standards soulevés par les investisseurs, contestant ces réglementations, les AII sont devenus, non seulement les "boucliers" des investisseurs mais également, leurs "épées"⁴¹¹.

⁴⁰⁴ PETERSON (L. E.), « All Road Lead Out of Rome... », *op. cit.*, p.139. V. également, AGNU, *Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, A/70/285, 5 août 2015, §§44-46.

⁴⁰⁵ V. MILES (K.), *op. cit.*, pp.183-187. V. également, KELSEY (J.), « Regulatory Chill: Learnings from New Zealand's Plain Packaging Tobacco Law », *QUT Law Review*, vol. 17(2), 2017, pp.22-26, disponible à : <https://doi.org/10.5204/qutlr.v17i2.701> ; STUMBERG (R.), *op. cit.*, pp.395-397 (qui décrit la stratégie déployée par Philip Morris pour s'attaquer à l'Uruguay).

⁴⁰⁶ MILES (K.), *op. cit.*, p.128.

⁴⁰⁷ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1040 ; FRANCK (S.), « The Legitimacy Crisis... », *op. cit.*, p.1522.

⁴⁰⁸ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1040.

⁴⁰⁹ V. par ex., WAINCYMER (J.), « Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation », in. DUPUY (M.), FRANCIONI (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.306-307.

⁴¹⁰ V. par ex., UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2000, xiii+175p ; BEEN (V.), BEAUVAIS (J. C.), *op. cit.*, pp.30-143 ; MILES (K.), *op. cit.*, pp.128, 178-187 ; SALACUSE (W.), SULLIVAN (P.), *op. cit.*, p.77 ; CNUCED, *World Investment Report 2010*, *op. cit.*, pp.81-90 ; COTULA (L.), « The New Enclosures? Polanyi, International Investment Law, and the Global Land Rush », *Third World Quarterly*, vol.34(9), 2013, pp.1605-1629 ; BOS (K.), GUPTA (J.), « Climate Change: The Risks of Stranded Fossil Fuel Assets and Resources to the Developing World », *Third World Quarterly*, vol.39(3), 2018, pp.436-453.

⁴¹¹ CHOUDHURY (B.), « Recapturing Public Power... », *op. cit.*, p.779.

Le droit international des investissements est désormais vivement critiqué, qu'il s'agisse des AII ou du RDIE. Il apparaît comme étant un régime déséquilibré au détriment de la liberté réglementaire de l'État-hôte dans l'intérêt public et « *a system of inappropriate private, behind-closed-doors arbitration of what are essentially public interest disputes.* »⁴¹². Ces critiques ont eu un écho particulier en Amérique latine, en raison de la tradition historique de résistance des pays de la région vis-à-vis de l'arbitrage en matière d'investissement et du constat de l'affaiblissement de leur liberté réglementaire en vue de protéger des intérêts extra-économiques. De ce fait, ils ont répondu à cette crise de légitimité de différentes manières. Certains ont modifié leurs AII afin de mieux équilibrer les intérêts des investisseurs et les leurs, quand d'autres, très critiques à l'égard de l'arbitrage international d'investissement, ont dénoncé ces accords et parfois même la Convention de Washington.

Section 2. L'Amérique latine, un foyer de résistance à l'arbitrage international relatif aux investissements

La crise de légitimité du droit international des investissements transparait également de la remise en cause de l'arbitrage international d'investissement et en particulier, du CIRDI. Le manque de cohérence des sentences arbitrales, associé aux préoccupations d'intérêt public ont progressivement conduit à de nombreux appels à l'abolition du système du RDIE en matière d'investissement⁴¹³. La critique envers ce dernier n'est pas sans lien avec les racines idéologiques du régime international des investissements :

*« This neo-liberal package significantly influenced attitudes to investment law. It is possible to detect trends which show that arbitrators sought to interpret the texts of treaties in such a manner as to further neo-liberal prescriptions rather than give effect to the intention of the parties to the treaty. »*⁴¹⁴.

⁴¹² PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? », *op. cit.*, p.16.

⁴¹³ V. *Public Statement on the International Investment Regime*, 31 août 2010, 8p. (déclaration signée par plus de trente universitaires lors d'une visite du Professeur M. Sornarajah à l'*Osgoode Hall Law School* de l'Université de York à Toronto), disponible à : https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/Public_Statement.pdf

⁴¹⁴ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.24.

Ces critiques sont allées jusqu'à soutenir que « *the system is rigged* »⁴¹⁵ et que le CIRDI « *represents the inequities of an international system biased against the developing countries.* »⁴¹⁶. À juste titre, les arbitrages consécutifs aux mesures adoptées en cas de crises économiques, ont suscité de vives inquiétudes et d'importantes critiques à l'endroit du régime du RDIE en Amérique latine, notamment contre le CIRDI, qui est devenu le forum le plus sollicité pour régler ces litiges dans la région (§1). Les années 2000 ont été marquées par la rupture des États latino-américains avec le CIRDI puisque, connus pour leur désaffection à l'égard du système instauré par la Banque mondiale, ils ont commencé à afficher plus distinctement leur hostilité envers le Centre.

Toutefois, qualifier le mouvement latino-américain de « rejet » du système serait réducteur. Le mouvement de dénonciation ne s'est pas élargi à l'ensemble des États mais, surtout, procède d'une réaction fondée sur une tradition juridique propre à la région. Les rapports de l'Amérique latine avec la protection des investissements étrangers montrent avant tout, historiquement, que « *the trends are cyclical, with the failure of one policy leading to the acceptance of the other* »⁴¹⁷. Par ailleurs, les États latino-américains n'ont pas cherché à rejeter en bloc le RDIE, mais un Centre d'arbitrage jugé trop proche de la Banque mondiale, et ont tenté, par le biais de leurs organisations régionales, de créer un Centre qui leur serait propre. Les résistances latino-américaines à l'arbitrage international d'investissement, fondé sur une logique néo-libérale, attestent des approches plurielles mais convergentes des pays de la région, qui cherchent à réorienter le régime international d'investissement (§2).

⁴¹⁵ FRANCK (S. D.), « The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards », *Virginia Journal of International Law*, vol.51(4), 2011, p.844, note 83. V. également, FOSTER (G. K.), « Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities and Some Proposals for its Reform », *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol.25(3), 2008, p.704 : « *In recent years, ICSID and the ICSID Convention have increasingly become targets of criticism by countries facing liability under ICSID awards, who have accused ICSID of being biased in favor of investors, and have described the Convention as a threat to their sovereignty.* » ; PARK (W. W.), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *San Diego Law Review*, vol.46(3), 2009, p.657-661 (qui discute le biais supposé "pro-investisseur").

⁴¹⁶ FRANCK (S. D.), « The ICSID Effect?... », *op. cit.*, p.844, note 84. V. également, TIETJE (C.), NOWROT (K.), WACKERNAGEL (C.), « Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID », *Transnational Dispute Management*, vol.6(1), 2009, 37p.

⁴¹⁷ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.54.

§1. Le désaveu de l'arbitrage international d'investissement

L'instabilité financière des États latino-américains, à la suite des crises économiques des années 2000, et l'évolution de leurs politiques économiques ont contribué à fragiliser la confiance qu'ils pouvaient avoir dans le droit international des investissements (A). La multiplication des procédures arbitrales initiées par les investisseurs étrangers en réponse à ces changements économiques les ont conduits à réaliser que le régime international des investissements leur imposait de soumettre leurs politiques au contrôle d'un juge privé. Au-delà des critiques formulées à l'encontre des AII, c'est désormais la légitimité de l'arbitrage investisseur-État qui allait être remis en question (B).

A. Les crises économiques, vecteur de la défiance envers l'arbitrage international d'investissement

Le tournant du millénaire a connu une augmentation considérable du RDIE, fondé sur les AII signés dans la décennie précédente⁴¹⁸, qui a fortement concerné l'Amérique latine⁴¹⁹. À cela s'ajoute les montants des indemnisations devant être assumées par l'État perdant, qui ont représenté un impact financier difficile pour leur développement économique⁴²⁰. La croissance de l'arbitrage d'investissement en Amérique latine prend sa source dans la crise financière argentine et les nationalisations conduites par plusieurs États⁴²¹, ce qui a eu un impact important sur la défiance envers le système de protection des investissements internationaux⁴²².

⁴¹⁸ UNCTAD, *International Investment Rule-Making...*, *op. cit.*, pp.33-34, v. not. Figure 7. ; CNUCED, « Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2010, p.3, figure 1.

⁴¹⁹ V. Annexes de la présente thèse, Figure 1.

⁴²⁰ FERNÁNDEZ MASÍÁ (E.), « El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica », *Transnational Dispute Management*, vol.6(4), 2009, pp.6-7 ; KHOR (M.), « Des États d'Amérique latine se regroupent pour s'attaquer ensemble aux problèmes liés aux accords d'investissement », *South Bulletin*, 2013, n° 74. V. également, UNCTAD, *International Investment Rule-Making...*, *op. cit.*, p.40.

⁴²¹ FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, p.137 ; FACH GÓMEZ (K.), *op. cit.*, p.197.

⁴²² V. par ex., KENTIN (E.), « Economic Crisis and Investment Arbitration: The Argentine Cases », in. KAHN (P.), WÄLDE (T. W.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2007, pp.629-667 ; MOLA (L.), « International Investment Arbitration and Serious Economic Crises : Lessons Learned in the Argentinean Crisis of 2000-2001 », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.370-399.

Dans le cadre du Consensus de Washington, l'Argentine a mené une réforme importante de son économie, adoptant un programme de privatisation et des mesures de stabilisation afin de réduire l'inflation, telle que l'adoption de la parité du peso avec le dollar états-unien⁴²³. Elle a également ratifié la Convention CIRDI au début des années 1990 et a ratifié cinquante-trois AII à la fin de cette décennie, ce qui atteste de son rôle prépondérant dans la protection des investissements étrangers en Amérique latine⁴²⁴. Toutefois, l'Argentine a connu une grave crise financière en 2001⁴²⁵ qui l'a conduite à dévaluer sa monnaie et à mettre fin à la parité du peso avec le dollar⁴²⁶, dans une tentative de stabilisation de son économie⁴²⁷. Or, les contrats de concessions des investisseurs avec l'Argentine étaient formulés au taux de change précédent, ce qui les a amenés à entamer des procédures arbitrales pour obtenir réparation. De sorte que, à la fin des années 2000, l'Argentine avait été confrontée à cinquante et une affaires, la majorité d'entre-elles consécutives à ces mesures d'urgence⁴²⁸. Elle reste à ce jour le pays ayant connu le plus d'arbitrages dans le cadre du CIRDI⁴²⁹.

La situation argentine eut un impact significatif sur les politiques économiques menées par les États voisins mais avant tout, sur la perception du droit international des investissements dans la région. Les États latino-américains ont pris conscience du fait que : « *the adoption of*

⁴²³ V. KENTIN (E.), *op. cit.*, p.631 ; ESCOBAR (A. A.), « Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, LGDJ, Anthemis, Paris, 2006, pp.221-225 ; BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, p.248.

⁴²⁴ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2, United Nations Publications, 2000, Genève, pp. 26-27. V. également, ESCOBAR (A. A.), *op. cit.*, p.220.

⁴²⁵ V. KENTIN (E.), *op. cit.*, pp.631-632 ; ESCOBAR (A. A.), *op. cit.*, p.221.

⁴²⁶ V. en particulier, la loi 25.561, « *Ley de Emergencia Publica y de Reforma del Regimen Cambiario* », B.O. du 7 janvier 2002 et le décret 214/2002, « *Reordenamiento del Sistema Financiero, Nuevas Medidas Economicas – Pesificación* », B.O. du 4 février 2002.

⁴²⁷ L'Argentine avait également décidé du gel des comptes bancaires pour prévenir la fuite des capitaux à l'étranger, v. le décret 1570/2001, « *Entidades Financieras. Nuevas Medidas Economicas* », B.O. du 3 décembre 2001 (mesure communément nommée le "*corralito*", v. CIRDI, *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011, §91 ; CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. République d'Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §63 ; S. A. CNUDCI, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale du 24 décembre 2007, §§56, 70 et s. ; v. également, Cuadro A.1 "América Latina: Cronología resumida de episodios críticos, 1973-2010", in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir.), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, p.163.

⁴²⁸ V. CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2011, p.2 ; ALVAREZ (J. E.), KHAMSI (K.), « The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Regime », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009*, O.U.P., New York, 2009, p.379 ; BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, pp.248-249.

⁴²⁹ CNUCED, « Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020 », *IIA Issues Note*, n°4, 2020, p.2 ; v. Annexes de la présente thèse, Figure 3.

neo-liberal policies in some Latin American states led to economic crises »⁴³⁰. L'évolution de la politique économique des pays d'Amérique latine s'est alors traduite par une reprise du contrôle des États sur leurs économies, en procédant notamment à des nationalisations par le biais de renégociations contractuelles ou de prises de contrôle sur les sociétés étrangères⁴³¹. Ce fut le cas du gouvernement vénézuélien d'Hugo Chávez dans les secteurs du pétrole, de l'acier ou encore des télécommunications⁴³², ou encore du gouvernement bolivien d'Evo Morales dans le secteur des hydrocarbures⁴³³. Il s'avère que les nouvelles politiques économiques latino-américaines sont entrées en conflit avec le système international de protection des investissements étrangers dans les années qui suivirent : dix nouvelles affaires ont été initiées contre le Venezuela⁴³⁴ et le défaut de paiement de la dette en Argentine a entraîné une plainte jointe de milliers de détenteurs de bons italiens⁴³⁵.

Au-delà des critiques liées aux AII, les nombreux arbitrages consécutifs à la crise argentine et aux réorientations des politiques économiques latino-américaines ont eu de lourdes conséquences financières pour les États défendeurs. Ils ont contribué à renforcer le mouvement de désaveu du droit international des investissements, les États désirant être libres d'adopter les réglementations qu'ils jugent nécessaires, en particulier en temps de crise. La multiplication de ces affaires arbitrales a conduit les États à remettre en question l'arbitrage comme méthode appropriée pour résoudre leurs différends avec les investisseurs étrangers.

B. Les critiques à l'encontre de l'arbitrage international d'investissement

Au-delà des critiques relatives aux accords d'investissement, la "crise de légitimité"⁴³⁶ qui traverse le droit international des investissements se caractérise également par une profonde

⁴³⁰ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p.54 ; v. également MOURRA (M.H.), « The Conflicts... », p.16

⁴³¹ SUBEDI (S.), op. cit., pp.191-192.

⁴³² RIPINSKY (S.), « Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve », *Investment Treaty News*, IISD, vol.2(3), 2012, p.11.

⁴³³ Decreto Supremo N°28701 de nacionalización de hidrocarburos « Héroes del Chaco », 1 de mayo de 2006, Gaceta Oficial de Bolivia n°2883.

⁴³⁴ CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2012, p.2.

⁴³⁵ V. CIRDI, *Abaclat and Others c. République d'Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011. V. également, CNUCED, « Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements », *IIA Issues Note*, n° 2, 2011, p.3.

⁴³⁶ V. par ex., SORNARAJAH (M.), « A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, O.U.P., New York, 2008, pp.41-45 ; AFILALO (A.), « Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11 », *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol.25(2), 2005, p.282 ; BROWER (C. N.),

remise en cause de l'arbitrage international⁴³⁷. Celui-ci est sujet à de nombreuses oppositions, qui portent principalement sur le caractère imprévisible, incohérent et fluctuant de la jurisprudence⁴³⁸ et l'inexistence d'un réel système d'appel⁴³⁹. De fait, les tribunaux arbitraux coexistent sans hiérarchie et leurs sentences ne sont soumises à aucune forme de contrôle par un corps qui les superviserait et les uniformiserait, développant ainsi une jurisprudence au sens propre. De plus, il est reproché à l'arbitrage d'investissement son manque de transparence et de diversité dans la prise de décision⁴⁴⁰ ainsi que la longueur et le coût de son processus⁴⁴¹. Enfin, le mode de désignation des arbitres et les éventuels conflits d'intérêts sont également au cœur de cette remise en cause. L'ensemble de ces points affectent tant la légitimité d'une sentence particulière que l'orientation du droit promue par les arbitres. Le droit des investissements se

BROWER II (C. H.), SHARPE (J.), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *Arbitration International*, vol.19(4), 2003, p.415 ; FRANCK (S.), « The Legitimacy Crisis... », *op. cit.*, p. 1521.

⁴³⁷ BROWER (C. N.), SCHILL (S. W.), « Is Arbitration a Threat... », *op. cit.*, p.473 ; TIETJE (C.), BAETENS (F.), *op. cit.*, pp.39-48. V. entre autres, PAULSSON (J.) « Arbitration Without Privity », *ICSID Review – FILJ*, vol.10(2), 1995, pp.232-257 ; FRANCK (S.), « The Legitimacy Crisis... », *op. cit.*, pp.1521-1625 ; BURKE-WHITE (W. W.), « The Argentine Financial Crisis... », *op. cit.*, pp.199-234 ; WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K.-H.), BALCHIN (C.), *op. cit.* ; ALVAREZ (J. E.), KHAMSI (K.), *op. cit.*, pp.379-478.

⁴³⁸ V. FRANCK (S.), « The Legitimacy Crisis... », *op. cit.*, p.1584 : « Without the clarity and consistency of both the rules of law and their application, there is a detrimental impact upon those governed by the rules and their willingness and ability to adhere to such rules, which can lead to a crisis of legitimacy. Legitimacy depends in large part upon factors such as determinacy and coherence, which can in turn beget predictability and reliability. Related concepts such as justice, fairness, accountability, representation, correct use of procedure, and opportunities for review also impact conceptions of legitimacy. When these factors are absent, individuals, companies and governments cannot anticipate how to comply with the law and plan their conduct accordingly, thereby undermining legitimacy. » (notes omises). V. également, ECHAIDE (J.), *op. cit.*, p.394. V. entre autres, KAUFMANN-KOHLER (G.), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse », *Arbitration International*, vol.23(3), 2007, pp.357-378 ; SCHULTZ (T.), « Against Consistency in Investment Arbitration », in. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.) (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, O.U.P., New York, 2014, pp.297-316 ; ZIADE (N.), « Is ICSID heading in the wrong direction? », *Global Arbitration Review*, 2015, disponible à : <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/33574/is-icsid-heading-wrong-direction> ; DEL-GLIGOR (K.), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence : A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2017, xxiv+590p.

⁴³⁹ V. WILLIAMS (D.), « International Commercial Arbitration and Globalization: Review and Recourse against Awards rendered under Investment Treaties », *J.W.I.T.*, vol.4(2), 2003, pp.256-257, 273 ; FELDMAN (M.), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *ICSID Review – FILJ*, vol.32(3), 2017, pp.528-544.

⁴⁴⁰ V. LEVINE (E.), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *Berkeley Journal of International Law*, vol.29(1), 2011, pp.201, 206, 213, 223 ; FRANCK (S. D.), FREDA (J.), LAVIN (K.), LEHMAN (T. A.), VAN AAKEN (A.), « The Diversity Challenge : Exploring the 'Invisible College' of International Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.53(3), 2015, pp.433, 496 ; NOTTAGE (L. R.), UBILAYA (A.), « Costs, Outcomes and Transparency in ISDS Arbitrations: Evidence for an Investment Treaty Parliamentary Inquiry », *International Arbitration Law Review*, vol.21(4), 2018, Sydney Law School Research Paper No. 18/46, pp.11-13, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3227401>.

⁴⁴¹ V. par ex., FRANCK (S. D.), « Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration », *Washington University Law Review*, vol.88(4), 2011, pp.769-852 ; VAN DEN BERG (A. J.), « Time and Costs: Issues and Initiatives from an Arbitrator's Perspective », *ICSID Review – FILJ*, vol.28(1), 2013, pp.218-222 ; PUIG (S.), « Contextualizing Cost Shifting: A Multimethod Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 58(2), 2019, pp.261-308.

construisant par l'interaction entre les AII et les sentences arbitrales, les oppositions à l'arbitrage d'investissement soulèvent alors la question de son évolution.

Bien que l'institutionnalisation de l'arbitrage international d'investissement ait participé à la dépolitisation des différends⁴⁴², le recours à l'arbitrage demeure une décision profondément politique. L'opinion publique a dénoncé à ce titre « le fait qu'une justice privée, présentée comme étant sans contrôle et partielle puisse contredire des choix souverains opérés par les États au cours de procédures dont les coûts seraient prohibitifs. »⁴⁴³. Cette controverse se fonde sur le contraste entre la justice rendue par des juges nommés par l'État ou élus, et le système arbitral du CIRDI. La représentativité démocratique et le devoir de rendre des comptes aux citoyens n'ont pas leur place au sein de l'arbitrage international et, plus encore, les décisions arbitrales peuvent venir contester les jugements des tribunaux nationaux⁴⁴⁴. En outre, à la différence des membres d'une cour ou d'un tribunal permanent, le mode de désignation des arbitres par les parties au litige ne semble pas aussi neutre⁴⁴⁵, ce qui suscite un vaste débat sur l'opportunité de renoncer à l'arbitrage *ad hoc* pour un système juridictionnel permanent⁴⁴⁶. Par ailleurs, la confidentialité des procédures amplifie la perception de l'arbitrage comme étant une justice privée. Si elle est nécessaire en matière d'arbitrage commercial international, il est plus difficile de la justifier lorsqu'un intérêt public est en jeu. L'ensemble de ces particularités qui tiennent à l'arbitrage international expliquent l'incompréhension et l'indignation d'une partie de l'opinion publique.

⁴⁴² V. SHIHATA (I. F. I.), *op. cit.*, p.4 et s.

⁴⁴³ CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international*, 2017, n°1, p.82.

⁴⁴⁴ V. par ex., CIRDI, *Loewen Group c. États-Unis*, sentence du 26 juin 2003. Plus récemment, v. CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica* (ARB/14/5), sentence du 3 juin 2021 ; CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp c. République de Colombie* (ARB/16/41), décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021.

⁴⁴⁵ BROWER (C. N.), SCHILL (S. W.), « Is Arbitration a Threat... », *op. cit.*, p.476 : « (...) the relatively recent critique of whether arbitration, as compared to a permanent court with tenured judges, vitiates the legitimacy of international investment law. ».

⁴⁴⁶ V. VAN HARTEN (G.), « A Case for an International Investment Court », *Society of International Economic Law*, Working Paper N°22/08, 2008, 32+13p ; LAVRANOS (N.), « The ICS and MIC Projects: A Critical Review of the Issues of Arbitrator Selection, Control Mechanisms, and Recognition and Enforcement », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, Springer, Singapore, pp.841-863 ; PELLET (A.), « Appel ou annulation des sentences CIRDI ? Retour sur un débat sans conclusion », in. POIRAT (F.), MAISON (R.), MATRINGE (J.) (dirs.), *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Pedone, Paris, 2015, pp.355-365 ; REINISCH (A.), « The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *Centre for International Governance Innovation*, Investor-State Arbitration Series, Paper n°2, 2016, p.25 et s.

Au centre de la critique de l'arbitrage international se trouve également le risque de conflits d'intérêts des arbitres⁴⁴⁷, ce qui anime la défiance à leur égard. Deux catégories de conflits d'intérêts sont régulièrement soulevées. Premièrement, celle des multiples casquettes portées par les arbitres. En effet, ils sont très souvent conseils des entreprises ou des États et dans le même temps des universitaires influents⁴⁴⁸. Par ailleurs, ils peuvent être amenés à faire partie d'un tribunal arbitral sur une affaire puis d'un comité d'annulation sur une tout autre affaire, faisant courir le risque, dans l'hypothèse où leurs faits seraient similaires, que la première influence la seconde⁴⁴⁹. Deuxièmement, celle du lien plus ou moins direct que les arbitres peuvent entretenir avec une des parties à l'affaire. Il s'agit du conflit d'intérêt le plus préjudiciable à la légitimité de l'arbitrage d'investissement. C'est pour cette raison que le Règlement d'arbitrage du CIRDI impose que tout conflit d'intérêt potentiel doit être préalablement rapporté par les arbitres qui seraient concernés⁴⁵⁰. Toutefois, l'affaire *Vivendi* a révélé qu'une entorse à la règle de déclaration préalable d'un potentiel conflit d'intérêts était toujours possible, sans que la sentence soit annulée pour cette raison⁴⁵¹. Au-delà de l'obligation spécifique de déclaration, la garantie d'impartialité des arbitres ne peut être remise en question

⁴⁴⁷ V. par ex., MALINTOPPI (L.), « Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators », in. MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.789-829.

⁴⁴⁸ V. CARON (D.), « ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear », *Proceedings of the 104th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2010, p.432 : « this is one of the hottest issues in investment arbitration. There is huge polarization between those who believe that a good arbitrator is one who can wear different hats, changing them readily, and those who feel that you should have a completely separate arbitrator bar. (...) So the real key is not, "what are the roles you've played," it's not about the roles you played yesterday. The key is, "in this particular situation, is there conflict?" That's how we look at it. ». Le Directeur général de l'Agence nationale pour la défense juridique de l'État colombien, Luis Guillermo Vélez, relève également que les arbitres « portent tous une "quadruple casquette" (arbitre, conseiller juridique d'une partie en conflit, conseiller juridique d'un tiers bailleur de fonds et expert) », v. Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : De la protection bilatérale à... ?*, op. cit., p.27.

⁴⁴⁹ Le cas de l'arbitre A. J. Van Den Berg, membre du Tribunal dans l'affaire CIRDI, *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine* (ARB/01/3), puis président du Comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire CIRDI, *Togo Electricité et GDF-Suez Energie Services c. République du Togo* (ARB/06/7) a suscité à cet égard une vive critique, v. par exemple, ZIADÉ (N.), op. cit.

⁴⁵⁰ CIRDI, Règlement d'arbitrage du CIRDI, art.19(3)(b).

⁴⁵¹ CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République d'Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 10 août 2010. L'Argentine demanda alors l'annulation de la sentence, en faisant valoir, en particulier, la présence d'un conflit d'intérêt concernant l'un des arbitres du second tribunal, Gabrielle Kaufmann-Kohler. En parallèle de sa qualité d'arbitre dans l'affaire, celle-ci siégeait également au conseil d'administration de la banque suisse UBS, qui se trouvait être à l'époque l'un des principaux actionnaires de Vivendi. Ce conflit d'intérêts n'était pas connu des parties ou des arbitres au moment de l'examen de l'affaire par le second tribunal et n'a donc pas été mentionné dans la déclaration faite par Gabrielle Kaufmann-Kohler. Le Comité *ad hoc* a certes admis l'incompatibilité des fonctions d'arbitres et d'administrateur de banque (§§218, 232) mais refusa d'annuler la sentence et conclut que le conflit d'intérêt n'était pas suffisant pour annuler la décision, mettant en avant le fait que l'arbitre prétendait de bonne foi ne pas avoir eu connaissance des liens entre UBS et Vivendi au moment des faits.

que s'il est démontré un « défaut manifeste des qualités requises »⁴⁵², ce qui est un seuil incontestablement élevé à atteindre⁴⁵³.

Enfin, il est reproché aux arbitres de faire preuve de favoritisme à l'endroit des investisseurs. Bien que les États remportent davantage de succès que ces derniers devant le CIRDI⁴⁵⁴, la critique persiste. Le système d'arbitrage international serait structurellement favorable aux intérêts privés, au détriment des intérêts des PED⁴⁵⁵ et des préoccupations d'intérêt public telles que la santé publique, l'environnement et les droits de l'Homme⁴⁵⁶. De fait, lorsqu'un arbitrage est fondé sur un AII, bien souvent signé dans les années 1990 et 2000, les arbitres sont amenés à interpréter des dispositions substantielles qui sont très vagues. Disposant ainsi d'une grande marge de manœuvre, il est certain qu'une « interprétation trop laxiste (...) introduit plutôt un facteur d'instabilité qu'une protection accrue des investisseurs. »⁴⁵⁷. Par conséquent, l'arbitrage international n'est défavorable aux intérêts publics des États qu'à hauteur de la marge de manœuvre dont ils disposent et de la direction qui leur est donnée par les AII⁴⁵⁸.

⁴⁵² CIRDI, Convention de Washington, art.57.

⁴⁵³ FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, p.136.

⁴⁵⁴ V. CNUCED, *World Investment Report 2012 – Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, p.96, note 32. V. également les publications du CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, disponibles à : <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/affaires-du-cirdi-statistiques>.

⁴⁵⁵ BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.), *op. cit.*, p.6. V. également, entre autres, FRANCK (S. D.), « Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law », *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol. 19(2), 2007, pp.337-373 ; VAN HARTEN (G.), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol.50(1), 2012, pp.211-268 ; BREKOULAKIS (S.), « Systemic Bias and the Institution of International Arbitration : A New Approach to Arbitral Decision-Making », *Journal of International Dispute Settlement*, vol.4(3), 2013, pp.553-585 ; SCHULTZ (T.), DUPONT (C.), « Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Study », *European Journal of International Law*, vol.25(4), 2014, p.1147-1168, not. p.1157 et s ; VAN HARTEN (G.), « Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol.53(2), 2016, pp.540-586 ; STONE SWEET (A.), CHUNG (M. Y.), SALTZMAN (A.), « Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor-State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol.8(4), 2017, pp.579-609 ; BEHN (D.), BERGE (T. L.), LANGFORD (M.), « Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 38(3), 2018, pp.333-389 ; VAN HARTEN (G.), « Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010 », *European Journal of International Law*, vol.29(2), 2018, pp.507-549 ; *Public Statement on the International Investment Regime*, 31 août 2010, *op. cit.*, §5. ; GRANT (K.), *op. cit.*, pp.1121-1122.

⁴⁵⁶ V. ALVAREZ (J. E.), « The Return of the State », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20(2), 2011, p.223-264 ; TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration... », *op. cit.*, 28p.

⁴⁵⁷ AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), *op. cit.*, p.194.

⁴⁵⁸ PAULSSON (J.), « What Authority... », *op. cit.*, p.164.

Le désaveu de l'arbitrage international a conduit la CNUDCI à charger son Groupe de travail III de se pencher sur une éventuelle réforme du RDIE dès 2017⁴⁵⁹. Le Groupe a pour tâche d'identifier les préoccupations relatives au RDIE, d'examiner si la réforme est souhaitable et dans l'affirmative, d'élaborer des recommandations en ce sens. Toutefois, au-delà des critiques formulées à l'encontre de l'arbitrage d'investissement, c'est surtout le CIRDI qui est devenu la "bête noire" des États latino-américains, notamment en raison de son étroite relation avec la Banque mondiale⁴⁶⁰. Pourtant, l'Amérique latine ne saurait être réduite au mouvement qui a conduit certains États à dénoncer la Convention de Washington, l'arbitrage d'investissement se trouvant également être concerné par l'idéal bolivarien d'unité régionale.

§2. La mosaïque des réactions des États latino-américains à la crise de légitimité de l'arbitrage international d'investissement

L'Amérique latine reste aujourd'hui la région qui connaît le plus grand nombre d'arbitrages d'investissement, l'Argentine étant l'État défendeur le plus fréquent⁴⁶¹. Ce scénario a suscité des inquiétudes et des critiques concernant le régime du RDIE dans la région. Le scepticisme de certains États a particulièrement visé le CIRDI, qui est devenu le forum le plus usité pour traiter le règlement des différends en matière d'investissement en Amérique latine⁴⁶². Les nombreux changements politiques des années 2000⁴⁶³ ont également conduit ces États à revendiquer leur souveraineté nationale face au RDIE. En parallèle, le processus d'intégration régionale latino-américain qui avait débuté avec l'Association latino-américaine de libre-échange, la Communauté andine et le MERCOSUR, s'est agrémenté de nouvelles instances régionales telles que : l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique

⁴⁵⁹ AGNU, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Cinquantième session, 3-21 juillet 2017, A/72/17*, Vienne, 2017, §264.

⁴⁶⁰ FIEZZONI (S. K.), *op. cit.*, p.135 ; GRANT (K.), *op. cit.*, p.1121. V. également, FOURET (J.), « The World Bank and ICSID: Family or Incestuous Ties? », *International Organizations Law Review*, vol.4(1), 2007, pp.121-144 (qui clarifie les conflits d'intérêts potentiels entre la Banque mondiale et le CIRDI et, identifie les problèmes structurels et philosophiques associés).

⁴⁶¹ V. Annexes de la présente thèse, Figure 3 ; UNCTAD, « Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018 », *op. cit.*, p.2, Figure 2.

⁴⁶² POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.76. V. également, GRANT (K.), *op. cit.*, pp.1115-1150.

⁴⁶³ L'arrivée au pouvoir de certains dirigeants comme Evo Morales en Bolivie, Ollanta Humala au Pérou, Rafael Correa en Équateur, et la présence d'autres dirigeants comme Hugo Chávez au Venezuela et Luiz Inácio Lula da Silva au Brésil ont marqué « une évolution politique profonde » en Amérique latine, v. DUFAU (J.-P.), REITZER (J.-L.), *Rapport d'information...*, *op. cit.*, pp.37-38.

(ci-après « ALBA-TCP »)⁴⁶⁴ – qui cherchait à concurrencer le projet de ZLEA – et l’Union des Nations sud-américaines (ci-après « UNASUR »)⁴⁶⁵ qui avait pour objectif de passer à « un processus d’intégration globale »⁴⁶⁶.

Ces facteurs ont conduit à ce que, « contrairement à l’opinion répandue selon laquelle le CIRDI bénéficie d’un appui généralisé, de nombreux États latino-américains [décident] de prendre leur distance avec celui-ci »⁴⁶⁷. Plus largement, ces États se sont éloignés du régime international de protection des investissements, en prenant la décision de dénoncer la Convention de Washington et certains de leurs TBI⁴⁶⁸. C’est au sein de l’ALBA-TCP qu’une véritable résistance a été engagée contre ce régime⁴⁶⁹, la Bolivie⁴⁷⁰, l’Équateur⁴⁷¹, puis le Venezuela⁴⁷² dénonçant tour à tour la Convention en 2007, 2009 et 2012. Plus de quarante ans après le "non

⁴⁶⁴ L’ALBA a été initiée en 2004 dans la région latino-caribéenne, lors du troisième sommet de l’Association des États des Caraïbes (AEC), qui s’est tenu à l’Île de Margarita, au Venezuela, du 11 au 12 décembre 2001, v. MORENO (C.), « Integración Latinoamericana: ALCA vs. ALBA », *Presente y Pasado. Revista de Historia*, Año 12, N°23, 2007, p.164. À la suite de l’intégration de la Bolivie dans l’Alliance en 2006, ce forum politique a inclus un Traité Commercial des Peuples (TCP), v. POLANCO LAZO (R.), « Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention? », *TDM*, vol.11(1), 2014, p.10. Après l’intégration du Nicaragua (en janvier 2007), du Honduras (en août 2008), de l’Équateur (en juin 2009), de Saint Vincent et les Grenadines (en juin 2009) et Antigua-et-Barbuda (en juin 2009), la structure régionale a modifié son nom en ALBA-TCP (Alliance Bolivarienne pour les Peuples de notre Amérique – Traité Commercial des Peuples).

⁴⁶⁵ Traité constitutif de l’Union des nations de l’Amérique du Sud, adopté à Brasilia le 23 mai 2008, entré en vigueur le 11 mars 2011, *R.T.N.U.*, vol. 2742, p.287.

⁴⁶⁶ DUFAY (J.-P.), REITZER (J.-L.), *Rapport d’information...*, *op. cit.*, p.42.

⁴⁶⁷ KHOR (M.), *op. cit.*

⁴⁶⁸ V. entre autres, GAILLARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol.237, n°122, 2007, 3p ; MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l’arbitrage*, 2007, n°2, pp.351-358 ; NOLAN (M. D.), SOURGENS (F. G.), « The Interplay Between State Consent to ICSID and Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study », *T.D.M.*, 2007, 51p ; FOURET (J.), « Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration ? », *Journal of International Arbitration*, Vol.25(1), 2008, pp.71-87 ; GARIBALDI (O.-M.), « On the denunciation of the ICSID Convention Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contracts Analogy », in. BINDER (C.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, O.U.P., New York, 2009, pp.251-278 ; VINCENELLI (I. A.), « The Uncertain Future of ICSID in Latin America », *Law and Business Review of the Americas*, vol.16(3), 2010, pp.409-456 ; SCHREUER (C.), « Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration » in. WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K. -H.), BALCHIN (C.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, pp.353-368 ; MEZGRAVIS (A. A.), GONZÁLEZ (C.), « Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked », *T.D.M.*, vol.9(7), 2012, 25p ; CNUCED, « Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims », *IIA Issues Note*, n°2, 2010, 10p.

⁴⁶⁹ GAILLARD (E.), *op. cit.*, p.1 ; TIETJE (C.), NOWROT (K.), WACKERNAGEL (C.), *op. cit.*, p.5.

⁴⁷⁰ V. CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention (au 25 octobre 2022), CIRDI/3. La notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la Bolivie fut reçue par le dépositaire le 2 mai 2007. En vertu de l’article 71 de la Convention, la dénonciation a pris effet six mois après réception de ladite notification soit le 3 novembre 2007.

⁴⁷¹ *Idem*. La notification par écrit de la dénonciation de la Convention par l’Équateur fut reçue le 6 juillet 2009. La dénonciation prit effet le 7 janvier 2010.

⁴⁷² *Idem*. La notification par écrit de la dénonciation de la Convention par la République Bolivarienne du Venezuela fut reçue le 24 janvier 2012. La dénonciation prit effet le 25 juillet 2012.

de Tokyo", considérant leur souveraineté et leur développement économique menacés⁴⁷³, ces trois États ont décidé de mettre un terme à leur adhésion au CIRDI et de dénoncer leurs TBI⁴⁷⁴ (A). Parallèlement, ils ont développé au sein de l'UNASUR une approche alternative pour le RDIE, qui permet de confirmer que leur défiance se situe à l'endroit du CIRDI et non de l'arbitrage en lui-même (B). L'élan latino-américain a alors été qualifié de : « Nouvel ordre économique régional » pour les Amériques⁴⁷⁵.

A. L'ALBA-TCP, le foyer de la résistance au CIRDI

La Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont décidé d'abandonner progressivement le régime international des investissements notamment au nom de la sauvegarde de leur « droit de réglementer ». Leur décision de dénoncer la Convention de Washington n'est pas surprenante au regard du nombre de réclamations auxquelles ils ont dû répondre devant les tribunaux arbitraux CIRDI. La Bolivie, avec l'Argentine, a été l'un des premiers pays latino-américains confronté à une affaire très médiatisée, relative aux services de distribution d'eau potable assurés par des investisseurs étrangers, qui a mis en lumière les implications de l'arbitrage international⁴⁷⁶. L'Équateur et le Venezuela, quant à eux, appartenaient en 2010 au groupe de pays ayant connu le plus d'arbitrages internationaux fondés sur des AII⁴⁷⁷. Les raisons communes derrière la dénonciation de la Convention de Washington (1) et de certains TBI incluent ainsi l'interprétation et l'application trop larges des dispositions des AII par les tribunaux arbitraux et les dispositions de leurs droits nationaux interdisant de soumettre les différends relatifs aux investissements à l'arbitrage. Néanmoins, ces États ont dénoncé leurs TBI à des rythmes variables et parfois même, changé de direction (2).

⁴⁷³ KHOR (M.), *op. cit.* ; v. également, MANCIAUX (S.), « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2012, n°1, p.216.

⁴⁷⁴ La majorité des traités dénoncés contenant une clause de survie de cinq, dix, quinze ans ou plus, il convient de rappeler que cela permet aux opérateurs, dont l'investissement a été réalisé avant la notification de dénonciation, de conserver un accès au RDIE sur le fondement du traité.

⁴⁷⁵ TIETJE (C.), NOWROT (K.), WACKERNAGEL (C.), *op. cit.*, p.5.

⁴⁷⁶ V. CIRDI, *Agua del Tunari S.A. c. République de Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005.

⁴⁷⁷ CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2010, p.13.

1. Les sorties du CIRDI

Dans un premier temps, la Bolivie a justifié sa décision de sortir du CIRDI au regard des problèmes qui affecteraient le système du RDIE, tels que le parti pris des arbitres, le manque de transparence et de mécanisme d'appel, ainsi que les coûts élevés des transactions et des compensations⁴⁷⁸. Ces critiques ont été renforcées par l'affaire *Aguas del Tunari*⁴⁷⁹, qui a fini par jeter le discrédit sur le CIRDI⁴⁸⁰. Le Président Evo Morales reprochait alors au CIRDI d'avoir contribué à façonner un droit des investissements en faveur des sociétés privées :

*« We emphatically reject the legal, media and diplomatic pressure of some multinationals that (...) resist the sovereign rulings of countries, making threats and initiating suits in international arbitration »*⁴⁸¹.

La Bolivie a, par la suite, justifié la dénonciation de la Convention de Washington au regard de sa Constitution de 2009⁴⁸², qui interdit aux sociétés étrangères engagées dans des activités extractives dans le secteur pétrolier et gazier de porter des réclamations internationales devant les tribunaux arbitraux internationaux⁴⁸³.

L'Équateur, au contraire, a suivi une approche différente. Initialement, il a simplement retiré son accord pour le RDIE dans les contrats avec les compagnies pétrolières opérant en Équateur pour l'exploration et l'exploitation du pétrole dans la région amazonienne du pays⁴⁸⁴. Le pays a, par la suite, été confronté à un ensemble d'affaires avec les compagnies Perenco, Burlington,

⁴⁷⁸ ARISMENDI (E.), « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el Centro de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) », *Publication de l'OHADAC*, 2010, 5p, disponible à : <https://www.ohadac.com/bibliographie/10/experiencia-boliviana-en-el-ciadi-en-el-centro-de-arreglos-de-diferencias-relativas-a-inversiones.html?lang=es> ; CABRERA DIAZ (F.), « Bolivia Expounds on Reasons for Withdrawing from ICSID Arbitration System », *IISD – Investment Treaty News*, 2007, pp.14-16, disponible à : https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itn_may27_2007.pdf

⁴⁷⁹ CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, décision sur la compétence du 21 octobre 2005.

⁴⁸⁰ FOURET (J.), « Denunciation of the Washington Convention... », *op. cit.*, p.72.

⁴⁸¹ Déclaration du Président Evo Morales du 9 mai 2007, telle que citée in. SUBEDI (S.), *op. cit.*, p.175.

⁴⁸² LUQUE MACÍAS (M. J.), « Current Approaches to the International Investment Law Regime in South America », in. HERRMANN (C.), KRAJEWSKI (M.), TERHECHTE (J. P.) (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2014*, Springer, Berlin, 2014, p.290.

⁴⁸³ Bolivia, Constitución política del Estado, La Paz, 7 de febrero de 2009, art.366. La formulation de l'article 135 de la Constitution précédente, du 2 février 1967, était similaire.

⁴⁸⁴ V. Ley 42-2006 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial del 25 de abril de 2006. Cette loi permet à l'État de partager les excédents par l'augmentation du prix du pétrole par rapport au tarif fixé dans les contrats, jusqu'à 50%, en accord avec ce qui prévu à l'origine dans l'article 2 de son règlement d'application (réformée par : Decreto Ejecutivo No 662, Registro Oficial del 18 de octubre de 2007.).

Petrobas etc.⁴⁸⁵ ce qui a participé à sa volonté de dénoncer la Convention de Washington. Puis, la nouvelle Constitution, promulguée en 2008, a interdit le règlement des différends en matière d'investissement devant les tribunaux arbitraux internationaux⁴⁸⁶, ce qui l'a conduit à dénoncer la Convention. Cela n'est pas surprenant car, dès sa candidature à l'élection présidentielle, Rafael Correa avait annoncé qu'il remettrait en cause les politiques néo-libérales et le CIRDI en lequel il n'avait "aucune confiance"⁴⁸⁷.

Enfin, au Venezuela, la requête en arbitrage déposée par EXXON Mobil a conduit l'Assemblée nationale à demander la dénonciation de la Convention de Washington au Président Hugo Chávez. De plus, le pays avait connu pas moins de vingt-trois arbitrages en matière d'investissement, dont dix avaient été entamés en 2011⁴⁸⁸, ce qui n'a pas été étranger à sa décision l'année suivante. Le Venezuela a ainsi dénoncé la Convention de Washington au motif qu'il y avait adhéré en 1993 : « *by order of a provisional government weak and lacking popular legitimacy, pressured by transnational economic sectors involved in the dismantling of Venezuela's national sovereignty* »⁴⁸⁹. Il a, lui aussi, justifié sa décision au regard de sa Constitution de 1999, qui exclut expressément les réclamations étrangères dans les contrats d'intérêt public⁴⁹⁰. Le *Tribunal Supremo de Justicia* a confirmé cette interprétation et souligné que la Constitution ne permettait aucune exception à l'immunité de juridiction de l'État⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ GARCÍA CARRIÓN (D.), « Ecuador, ¿Qué Pasó entre la Salida y el Retorno del CIADI ? », in. HERNÁNDEZ TERÁN (M.) (dir.), *El retorno del Ecuador al CIADI y la Corte Constitucional (Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)*, Universida Católica de Santiago de Guayaquil éd., Ecuador, 2022, p.125.

⁴⁸⁶ Constitución de la Republica del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449, art.422.

⁴⁸⁷ V. VINCENTELLI (I. A.), *op. cit.*, p.422, note 69 (citant Gabriela Molina, *Ecuador Wary of World Bank Arbitration in Occidental Case*, USA TODAY, May 11, 2008).

⁴⁸⁸ CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2012, p.2

⁴⁸⁹ Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, « Gobierno Venezolano denuncia ante el Banco Mundial Convenio con el CIADI », *Comunicado*, Caracas, 25 de enero de 2012, disponible à : <http://www.correodelorinoco.gob.ve/politica/gobierno-venezolano-denuncia-ante-banco-mundial-convenio-ciadi>, (« (...) *por decisión de un gobierno provisional débil y desprovisto de legitimidad popular, presionado por sectores económicos transnacionales que participaban del desmantelamiento de la soberanía nacional venezolana.* »), tel que traduit in. POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.77.

⁴⁹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860, art. 151 (la formulation de cet article était identique à celle de l'article 127 de l'ancienne Constitution de 1961). V. également, GIL OSUNA (B.), « Arbitraje de inversiones y su incidencia en la legislación venezolana », *Commercium*, núm. 2(2), 2012, p.58.

⁴⁹¹ V. SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des article 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela*, résolution du 11 février 2009, aff. N°08-0306, « II. Motivaciones para decidir ».

Les États membres de l'ALBA-TCP ont réaffirmé leur position lors du Sommet de Guayaquil :

Nous assistons actuellement à l'apparition de nouvelles formes d'exploitation, par le biais d'imposition d'outils tels les traités bilatéraux de protection des investissements et du fonctionnement des instances internationales d'arbitrage comme le CIRDI, lesquels font passer les intérêts du capital avant les intérêts de la société, de la nature et de l'institution démocratique (...). C'est à travers ces nouveaux mécanismes de domination que l'on met en danger la stabilité de nos pays – y compris leur solvabilité économique – à partir de procédures judiciaires très clairement entachées de nullité, pour abus et collusion d'intérêts. Sans aucun doute, les cas de Oxy et Chevron en Équateur constituent des exemples parfaits de ces pratiques (...). [Traduction libre]⁴⁹².

Les raisons qui ont motivé les dénonciations de la Convention de Washington sont les mêmes que celles qui ont été invoquées par ces trois États pour résilier certains de leurs TBI. Pour autant, ils ont adopté des stratégies variables, certains ne maintenant pas la politique de dénonciation des TBI au fil du temps.

2. Les dénonciations des traités bilatéraux d'investissement

La Bolivie et le Venezuela ont mis fin à leurs TBI respectifs avec les Pays-Bas. La Bolivie a poursuivi progressivement la résiliation d'autres accords à partir de 2012⁴⁹³ tandis que le Venezuela a continué à négocier des TBI sans en dénoncer d'autres⁴⁹⁴.

⁴⁹² ALBA-TCP, *Declaración del ALBA desde el Pacífico*, XII Cumbre del ALBA-TCP, Guayaquil, 30 de julio de 2013, pp.1-2 : « [A]ctualmente asistimos a la aparición de nuevas formas de explotación, por la vía de la imposición de herramientas como los tratados bilaterales de protección de inversiones y del funcionamiento de instancias internacionales de arbitraje como el CIADI, los cuales anteponen los intereses del capital a los intereses de la sociedad, de la naturaleza, y de la propia institucionalidad democrática (...). Es a través de estos nuevos mecanismos de dominación que se pone en riesgo la estabilidad de nuestros países -incluso hasta su solvencia económica- a partir de procesos judiciales claramente viciados de nulidad, por abuso y colusión de intereses. Sin duda, los casos de Oxy y Chevron en el Ecuador constituyen claros ejemplos de estas prácticas (...). ». V. également, ALBA-TCP, *Anexo 2.3. Resolución especial sobre arbitraje y transnacionales*, XII Cumbre del ALBA-TCP, Guayaquil, 30 de julio de 2013.

⁴⁹³ La Bolivie a dénoncé unilatéralement l'ensemble de ses TBI (19 traités) à la suite de la première dénonciation de 2009 du TBI avec les Pays-Bas. Cela comprend les traités avec l'Italie, les États-Unis et l'Espagne en 2012 ; avec la France, l'Autriche, la Suède et le Paraguay en 2013 ; avec le Danemark, l'Union économique belgo-luxembourgeoise, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Argentine et la Chine en 2014 ; avec la Roumanie en 2017 ; avec l'Équateur et Cuba en 2018 ; avec la Suisse en 2019 ; et avec le Chili en 2020. V. base de données de la CNUCED, *IIA Navigator*.

⁴⁹⁴ Le Venezuela a dénoncé unilatéralement son TBI avec les Pays-Bas en 2008. La même année, il signait des TBI avec la Russie et le Viet Nam, qui prévoient le recours à l'arbitrage pour le RDIE, en dehors de l'égide du CIRDI, v. POLANCO LAZO (R.), « Is There a Life... », *op. cit.*, p.21. Le Venezuela a également signé un TBI avec la Colombie en 2023. V. base de données de la CNUCED, *IIA Navigator*.

La Bolivie a mis un terme à ses traités, dénonçant :

la situation juridique créée par les traités bilatéraux d'investissement, qui accordent la possibilité à un investisseur étranger de soustraire ses différends, d'intérêt et d'ordre public, au cadre institutionnel et légal, ainsi qu'à l'autorité compétente ou juridictionnelle du pays dans lequel il a réalisé son investissement, en soumettant lesdits litiges à des forums alternatifs de règlement à caractère délocalisé, dans lesquels ceux qui connaissent ces différends (tribunaux arbitraux) disposent d'un important pouvoir discrétionnaire pour les résoudre et sont soumis à des normes abstraites, insuffisantes et fragmentées. [Traduction libre]⁴⁹⁵.

L'Équateur a également mis un terme à certains de ses TBI à la suite de la réforme de sa Constitution⁴⁹⁶, les clauses de RDIE des traités y étant contraires. Dans le même temps, l'État équatorien a lancé un processus d'audit de ses traités en vigueur en 2013, à travers la création de la « *Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones* » (ci-après « CAITISA »)⁴⁹⁷. Cette commission a rendu un rapport détaillé, remis en mai 2017 au Président de l'Équateur⁴⁹⁸. Elle a conclu que les TBI n'étaient pas nécessairement des moteurs d'IDE, ne contribuant pas en conséquence au développement du pays⁴⁹⁹. La CAITISA a donc recommandé de résilier des TBI encore en vigueur⁵⁰⁰, de modifier certaines dispositions de fond dans les contrats internationaux d'investissement⁵⁰¹ et elle a proposé un modèle alternatif de traité d'investissement⁵⁰². Au niveau procédural, la CAITISA a proposé de retirer l'arbitrage pour le RDIE dans les nouveaux instruments d'investissement et de privilégier le recours aux juridictions nationales⁵⁰³. Enfin, elle a formulé un ensemble de propositions en vue de réformer

⁴⁹⁵ Déclaration de Pablo Menacho Diederich, Procureur général de l'État bolivien, nommé en 2017, disponible à : <https://www.procuraduria.gob.bo/page/471-x00x-subprocuradurias-x00x-510> : « *la situación jurídica creada por los tratados bilaterales de inversión, que otorga la posibilidad a un inversionista extranjero de sustraer sus controversias de interés y orden público, del marco constitucional y legal, así como de la autoridad competente o jurisdiccional, del país donde realizó la inversión, sometiendo dichas controversias a foros alternativos de arreglo con carácter deslocalizados, en los que quienes conocen dichas controversias (tribunales arbitrales) cuentan, para su resolución, con un amplio margen de discrecionalidad y están sujetos a normas abstractas, insuficientes y fragmentarias* ».

⁴⁹⁶ L'Équateur a ainsi dénoncé plusieurs de ses TBI en 2008, avec la République Dominicaine, Le Salvador, le Nicaragua, le Paraguay, Cuba, la Roumanie, l'Uruguay, le Honduras et le Guatemala. Le TBI avec la Finlande a été dénoncé en 2010. V. base de données de la CNUCED, *IIA Navigator*.

⁴⁹⁷ La CAITISA a été créée par décret du Gouvernement équatorien, v. Presidencia de la Republica, Decreto 1506, Registro Oficial No. 958, 21 de mayo de 2013, art 2.

⁴⁹⁸ CAITISA, *Informe Ejecutivo - Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones en Ecuador*, ed. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, 2017, 108p. https://www.tni.org/files/auditoria_integral_ciudadana_2015.pdf

⁴⁹⁹ *Ibid.*, pp.93-96.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p.99.

⁵⁰¹ *Ibid.*, pp.99-100.

⁵⁰² *Ibid.*, pp.100-104.

⁵⁰³ *Ibid.*, p.104.

le système d'arbitrage international, notamment à travers les travaux de la CNUDCI et, au niveau régional, par le biais du Centre de règlement des différends de l'UNASUR⁵⁰⁴ qui serait ainsi : « *fuera de la órbita de influencia del BM, EE.UU. y UE.* (en dehors de la zone d'influence de la Banque mondiale, des États-Unis et de l'Union européenne [traduction libre]) »⁵⁰⁵. Sur la base des conclusions de cette commission, l'Équateur a mis un terme à l'ensemble de ses TBI restant en vigueur⁵⁰⁶.

Toutefois, la position de l'Équateur quant aux AII et au CIRDI a évolué en 2021. Un peu plus de dix ans après la dénonciation de la Convention de Washington, l'Équateur a décidé de ratifier, de nouveau, cette Convention⁵⁰⁷. L'arrivée au pouvoir du Président Guillermo Lasso, qui a promu lors de sa campagne des mesures visant à encourager les IDE quelques mois auparavant⁵⁰⁸ n'y est sans doute pas étranger. Bien qu'il soit difficile de prédire si d'autres pays latino-américains suivront la trace de l'Équateur, pour le moment, il semble peu probable que le Brésil, la Bolivie et le Venezuela adhèrent ou réadhèrent au CIRDI.

De prime abord, le mouvement latino-américain de dénonciations a pu être perçu comme un rejet de l'arbitrage d'investissement mais il s'agissait avant tout d'une résistance à un système dans lequel ils n'avaient plus confiance. Le fait de poser un regard critique sur l'arbitrage ne les a pas empêchés de discuter d'une approche alternative au CIRDI.

B. Le projet de création d'un centre régional d'arbitrage, une approche alternative au CIRDI

L'UNASUR est le fruit de plusieurs années d'efforts en vue de créer un organisme régional sud-américain. En 2000, les présidents sud-américains⁵⁰⁹ ont annoncé leur volonté de constituer un espace sud-américain « de démocratie, paix, coopération solidaire, intégration et

⁵⁰⁴ V. *infra*, note 517.

⁵⁰⁵ CAITISA, *Informe Ejecutivo...*, *op. cit.*, p.106.

⁵⁰⁶ L'Équateur a dénoncé unilatéralement ses TBI avec le Pérou en 2017 ; avec la Suisse, la France, la Bolivie, le Canada, le Chili, la Chine, le Venezuela, l'Argentine, l'Allemagne, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis en 2018 ; avec l'Italie en 2020 ; avec les Pays-Bas en 2021 ; et avec l'Espagne en 2022. V. base de données de la CNUCED, *IIA Navigator*.

⁵⁰⁷ L'Équateur a ratifié la Convention de Washington le 16 juillet 2021 et celle-ci a pris effet le 3 septembre 2021.

⁵⁰⁸ V. Boletín Oficial No 079, Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de Ecuador, 21 de junio de 2021, disponible à : <https://www.comunicacion.gob.ec/el-ecuador-del-encuentro-da-pasos-firmes-para-la-atraccion-de-inversiones-y-confianza-internacional/>.

⁵⁰⁹ Brésil, Argentine, Bolivie, Chili, Colombie, Équateur, Guyana, Paraguay, Pérou, Suriname, Uruguay et Venezuela.

développement économique et social partagés »⁵¹⁰. Les rapprochements entre les deux principaux blocs économiques de la région ont permis que cette idée devienne réalité. La Communauté andine et le MERCOSUR ont conclu un accord en 2004 afin de créer une zone de libre-échange⁵¹¹, avec le soutien de l'ALADI. Cet accord a été le point de départ de négociations diplomatiques aboutissant à la création de la Communauté sud-américaine des Nations lors du troisième sommet des Présidents sud-américains⁵¹². Dès lors, le projet initié aux débuts du XXI^{ème} siècle prend forme et les déclarations présidentielles lors des sommets de la Communauté sud-américaine des Nations⁵¹³, inspirent les rédacteurs du traité fondateur de l'UNASUR⁵¹⁴. Cette organisation, qui voit le jour en 2008 et est instaurée en lieu et place de la Communauté sud-américaine des Nations⁵¹⁵, doit permettre de passer à « un processus d'intégration globale »⁵¹⁶.

Dès 2010, l'Équateur formule une proposition pour la création d'un Centre d'arbitrage des différends relatifs aux investissements⁵¹⁷. Celui-ci est conçu comme une alternative au CIRDI et à la CPA dont l'incapacité des tribunaux *ad hoc* administrés par ces centres à respecter leurs exigences réglementaires dans le RDIE a suscité des inquiétudes.

⁵¹⁰ « Comunicado de Brasilia », Brasil, 31 de agosto y 1º de septiembre de 2000, Documentos, COSIPLAN, §1, disponible à : http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/comunicado_brasilia_esp.pdf. Ce souhait est réaffirmé lors du deuxième sommet en Équateur le 27 juillet 2002, v. « Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo », Ecuador, 26 y 27 de julio de 2002, Documentos, COSIPLAN, §2, disponible à : http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_consenso_de_guayaquil.pdf.

⁵¹¹ Acuerdo de complementación económica, Mercosur-CAN, adopté le 18 octobre 2004, entré en vigueur le 01 avril 2005.

⁵¹² « Declaración del Cusco sobre la comunidad suramericana de naciones », Cusco, 8 de diciembre de 2004, Documentos, COSIPLAN, disponible à : http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/oe_cusco04_declaracion_del_cusco.pdf.

⁵¹³ « Declaración presidencial y agenda prioritaria », Brasilia, 30 de septiembre de 2005, Documentos, COSIPLAN, disponible à : http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_brasilia05_csn_declaracion_presidencial_y_agenda_prioritaria.pdf ; « Declaración de Cochabamba », Cochabamba, 8 y 9 de diciembre de 2006, Documentos, COSIPLAN, disponible à : http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/rp_cochabamba06_csn_declaracion_de_cochabamba.pdf.

⁵¹⁴ PASQUALINI-SALERNO (V.), « L'union sud-américaine des nations (UNASUR), *Revue internationale de droit comparé*, vol.62, n°4, 2010, p.1043.

⁵¹⁵ Traité constitutif de l'Union des nations de l'Amérique du Sud, v. *supra*, note 465.

⁵¹⁶ DUFAU (J.-P.), REITZER (J.-L.), *op. cit.*, p.42. V. également, NOLTE (D.), COMINI (N. M.), « UNASUR : Regional Pluralism as a Strategic Outcome », *Contexto Internacional*, vol.38(2), 2016, pp.545-565.

⁵¹⁷ V. BAS VILIZZIO (M.), *op. cit.*, pp.246-247 ; DORCE (M. J.), « América Latina, el ALBA-TCP y el Arbitraje Transnacional en Materia de Inversiones: la Fundación de un Mosaico de Resistencia », *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, Vol.5(5), 2022, pp.10-11, disponible à : <https://doi.org/10.24215/2618303Xe032> ; GRANT (K.), *op. cit.*, pp.1138-1139.

Les États-membres s'entendent sur les lacunes du système international de RDIE et s'accordent à :

*« To support the constitution and implementation of regional organisms for settling investment disputes, to ensure fair and balanced rules when settling disputes between corporations and States. Encourage UNASUR in the approval of a regional mechanism currently under negotiation and promote the inclusion of other Latin American States in this mechanism. »*⁵¹⁸.

La proposition équatorienne a été le document de base des délibérations entre les États-membres de l'organisation puis, un groupe d'experts a été chargé de poursuivre l'élaboration d'un Projet de traité constitutif du Centre d'arbitrage UNASUR. Le Projet a été dévoilé en 2014 et modifié en 2016⁵¹⁹.

À partir des rares informations disponibles concernant les dispositions du Projet de traité portant création du Centre UNASUR, il ressort que les différences avec le CIRDI tournent essentiellement autour de la désignation des arbitres, de leur personnalité et de leur champ de compétences requis pour être nommés. Pour le reste, en-dehors de quelques modifications techniques dont la portée est significative au regard du fonctionnement classique du droit des investissements, le Centre UNASUR ne s'éloigne pas fondamentalement du fonctionnement du CIRDI. Par exemple, le projet renforce les garanties de neutralité des arbitres en limitant l'expérience professionnelle requise à celle du domaine juridique, excluant ainsi, comme c'est le cas au CIRDI, le domaine économique⁵²⁰. Ou encore, en abaissant le seuil requis pour la récusation d'un arbitre au seul défaut de qualité, et non pas de "défaut manifeste"⁵²¹. Bien évidemment, le cœur du Projet est l'introduction d'un double degré de juridiction⁵²² et la création d'une Cour permanente⁵²³.

⁵¹⁸ Declaration of the 1st Ministerial Meeting of the Latin American States Affected by Transnational Interests, Guayaquil, Ecuador, 22 April 2013, §2, disponible à : https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_eng.pdf

⁵¹⁹ Pour une traduction, non officielle du Projet, v. SARMIENTO (M.-G.), « The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR », 14 décembre 2015, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=2703651>. V. également, entre autres, SARMIENTO (M.-G.), « The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel? », *J.W.I.T.*, vol.17(4), 2016, pp.658–680 ; LUQUE MACÍAS (M. J.), « Inter-State Investment Dispute Settlement in Latin America: Is There Space for Transparency? », *J.W.I.T.*, vol.17(4), pp.634-657 ; ECHAIDE (J.), *op. cit.*, pp.369-403.

⁵²⁰ Art.34(3) du Projet Unasur.

⁵²¹ Proposition de l'Argentine à l'article 34(3) bis du Projet.

⁵²² Art 31 du Projet, mécanisme d'appel qui inclurait l'erreur de droit comme motif d'appel.

⁵²³ Art.32, 32bis et 32 ter du Projet. Elle serait composée de douze personnes chacune nommée par un État-membre. Elles doivent être impartiales et indépendantes, avec une expérience professionnelle reconnue dans le champ du droit international et seront soumises au respect d'un Code de conduite.

La nature du contentieux conduisant à des enjeux financier élevés, « *an additional scope of review may prove to be necessary and valuable to enhance the legitimacy of investment awards* »⁵²⁴. Le mécanisme d'appel permettrait d'améliorer la qualité et l'exactitude des sentences, tout en prévenant les erreurs manifestes des tribunaux arbitraux⁵²⁵. Le projet formule ainsi un ensemble de réponses aux critiques adressées à l'arbitrage d'investissement sous l'égide du CIRDI⁵²⁶.

Le projet du Centre UNASUR est aujourd'hui la proposition la plus aboutie en Amérique latine mais en raison des désaccords parmi les membres de l'UNASUR⁵²⁷ sa création n'est pas d'actualité⁵²⁸. Pourtant, le retour de Luiz Inácio Lula da Silva à la présidence du Brésil alimente la probabilité d'une relance de l'organisation et de son projet de Centre d'arbitrage, après une demi-décennie d'inactivité et le départ de sept gouvernements de l'organisation entre 2018 et 2020. Le retour de l'UNASUR sur la scène du droit international des investissements n'est pas impossible car si la majorité des États avaient annoncé quitter l'organisation, rares sont ceux qui ont mené la procédure de dénonciation jusqu'à son terme⁵²⁹.

Les approches latino-américaines face au régime international des investissements ne permettent pas de témoigner d'un mouvement régional unique et uniforme autour d'une seule et même initiative. Néanmoins, elles témoignent d'une cohérence régionale : celle de chercher à soutenir la résolution des différends sans mettre en péril leur souveraineté et leur droit de régler⁵³⁰. À ce titre, les approches préventives, en matière de règlement des différends

⁵²⁴ PÁEZ-SALGADO (D.), PÉREZ-LOZADA (F.), « New Investment Arbitration Center in Latin America: UNASUR, A Hybrid Example of Success or Failure? », *Kluwer Arbitration Blog*, 27 Mai 2016, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/27/unasur/>.

⁵²⁵ Si la question de la procédure d'appel fait débat dans le droit des investissements car il apparaît contradictoire qu'une décision arbitrale, définitive et obligatoire y soit soumise, reste qu'une sentence est un acte juridique, soumise à des conditions de validité, v. DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.983.

⁵²⁶ V. GRANT (K.), *op. cit.*, pp.1142-1144.

⁵²⁷ V. FACH GÓMEZ (K.), TITI (C.), « UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement », *IISD Investment Treaty News*, vol.7(3), 2016, pp.3-6.

⁵²⁸ GRANT (K.), *op. cit.*, pp.1144-1145. V. également, MIJARES (V.), NOLTE (D.), « Regionalismo Posthegemónico en Crisis. ¿Por Qué la Unasur se Desintegra? », *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol.18(3), 2018, pp.105-112.

⁵²⁹ V. LONG (G.), SUÑE (N.), « Vers une nouvelle Unasur : les voix de la réactivation de l'intégration sud-américaine », *Note de l'IRIS*, 2022, 10p, disponible à : <https://cepr.net/wp-content/uploads/2022/10/UNASUR-Fr.pdf>.

⁵³⁰ V. not., FACH GÓMEZ (K.), TITI (C.), « International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America », *J.W.I.T.*, vol.17(4), 2016, pp.515-535.

relatifs à l'investissement encouragées par la Colombie⁵³¹, le Pérou⁵³² ou encore le Brésil⁵³³ en sont des exemples⁵³⁴.

⁵³¹ V. la « Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado », en charge de l'orientation et de la formulation de recommandations pour le traitement des différends relatifs aux investissements privés internationaux, v. <http://www.defensajuridica.gov.co/Paginas/Default.aspx>. Pour une analyse de la stratégie colombienne, v. CASTRO PEÑA (M.), « El Estado Colombiano Ante Un Arbitraje Internacional de Inversión (Colombia Before an International Investment Arbitration) », *Revista Derecho del Estado*, Colombia, 2017, vol.38, pp.23-66.

⁵³² V. le « Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión », https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=3970&Itemid=100906&lang=es. Pour un commentaire du système de coordination et de défense du Pérou, v. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp.442-443.

⁵³³ Les ACFI brésiliens ne comportent pas de clause de RDIE mais prévoient des mécanismes institutionnels de prévention des différends entre États et, le cas échéant, de résolution facilitée des différends à un stade précoce, v. *infra*, notes 741-744.

⁵³⁴ Pour une présentation des approches nationales en Amérique latine, v. par ex., MILCAR (J. D.), « L'Amérique latine, l'ALBA-TCP et l'arbitrage transnational en matière d'investissement : la fondation d'une mosaïque de résistance », *Revista Electronica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 2022, vol.5(5), n°032, 22p, disponible à : <https://doi.org/10.24215/2618303Xe032>.

Conclusion du Chapitre 2

Les critiques et inquiétudes croissantes à l'égard du RDIE, intrinsèquement liées au régime juridique des AII, ont conduit certains États à prendre leurs distances avec le système CIRDI et à mettre un terme à leurs TBI. La crise de légitimité dont a souffert le droit international des investissements a eu l'avantage d'amorcer des réflexions quant à son évolution et son éventuelle refonte. Les États mais également les arbitres ont pris conscience des enjeux essentiels du contenu normatif des AII et de la définition des politiques internationales en matière d'investissement. Le reproche le plus redondant à l'égard du système international de protection des investissements tient à son déséquilibre.

Walid Ben Hamida résume ainsi la position de certains commentateurs :

« On s'interroge si « le système actuel du contentieux transnational relatif aux investissements est déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger au détriment de l'État d'accueil »⁵³⁵. Un auteur relève que l'État est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational⁵³⁶. Un autre affirme que les conventions bilatérales d'investissement sont des conventions par essence inégalitaires⁵³⁷. Un troisième n'hésite pas à énoncer que la protection juridictionnelle dont bénéficient les investisseurs privés dans les traités d'investissement entraîne une « érosion considérable de la souveraineté de l'État »⁵³⁸. Enfin, il a été souligné que les traités d'investissement constituent une charte des droits exclusifs des investisseurs privés sans obligations,

⁵³⁵ AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil », in. LEBEN (C.), (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, LGDJ, Paris, 2006, pp.185-202.

⁵³⁶ FOUCHARD (P.), « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in. *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Frison-Roche, Paris, 1999, pp.381-395, p.391.

⁵³⁷ V. l'intervention de Patrick Juillard in. AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde... », *op. cit.*, p. 191.

⁵³⁸ SORNARAJAH (M.), « Right to Regulate and Safeguards », in. CNUCED, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp.205-209, p.209. Il affirme : « Since protection has been the main thrust of the dispute settlement provisions, there has been a definite movement towards the creation of an automatic and unilateral right of recourse to arbitration created in the foreign investor. The right has led to concerns that there is a considerable erosion of sovereignty involved as a result of such provision ».

charges ou responsabilités, inapte à prendre en considération la promotion des objectifs de développement ou la protection de l'intérêt général.⁵³⁹ »⁵⁴⁰.

De fait, les AII visent exclusivement la protection des investisseurs et le RDIE est un mode de règlement des différends dans lequel ils sont mis sur un pied d'égalité avec l'État-hôte. Par ailleurs, les tribunaux arbitraux interprètent les AII en étant guidés par un principe d'égalité *a priori* entre les intérêts des investisseurs et ceux des États⁵⁴¹. Toutefois, les États ont progressivement pris conscience que cet état du droit des investissements pouvait leur être préjudiciable, comme en atteste les approches des pays d'Amérique latine.

Le mouvement latino-américain révèle, d'une part, que les revendications des pays d'Amérique latine sont d'avantage éclairées par le fait de céder à des tribunaux arbitraux internationaux l'examen de leur conduite réglementaire que par un rejet à proprement parler de l'arbitrage des différends entre investisseurs étrangers et États d'accueil. D'autre part, le processus de dénonciation et de révision des TBI révèle la détermination de ces États à repenser les instruments juridiques relatifs aux investissements en vue de tenir compte de considérations extra-économiques. Les États de la région latino-américaine n'adoptent pas d'approche unique face au régime international des investissements mais leurs démarches témoignent d'une opposition partagée à l'encontre de certaines normes, définies et interprétées de manière large⁵⁴². Le plus fondamental reste ainsi les dispositions substantielles des traités qui sont discutées lors des arbitrages d'investissement.

⁵³⁹ MANN (H.), *op. cit.*, p. 212. Selon cet auteur, « *The IIAS have become a charter of rights for foreign investors, with no concomitant responsibilities or liabilities, no direct legal links to promoting development objectives, and no protection for public welfare in the face of environmentally or socially destabilizing foreign investment* ». Il ajoute : « *international investment law is a system of corporate rights without responsibility or liability* » (p.215). Pour une étude critique du droit actuel des investissements, v. ANDERSON (S.), GRUSKY (S.), *Challenging Corporate Investor Rule : How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties Have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It*, Institute for Policy Studies: Food & Water Watch, Washington, 2007, ix-35 p.

⁵⁴⁰ BEN HAMIDA (W.), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *J.D.I.*, n°4, 2008, p.1.

⁵⁴¹ ALSCHNER (W.), HUI (K.), « Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », in. SACHS (L.), COLEMAN (J.), JOHNSON (L.) (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2018*, O.U.P, New-York, 2019 (Forthcoming), *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, n°2018-22, p.9, disponible à : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3237053>.

⁵⁴² POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.97.

Conclusion du Titre 1

Les États latino-américains ont traditionnellement politisé les instruments juridiques internationaux de protection des investissements, à travers l'expression de leurs droits souverains. Entre leur indépendance et les années 1930, le paradigme employé par ces États était celui de leur compétence souveraine sur la protection juridique substantielle et procédurale à accorder aux ressortissants étrangers. Les pays exportateurs de capitaux ont tenté d'imposer des normes internationales de traitement minimum à l'égard des propriétés étrangères et de déroger aux recours internes pour le règlement des différends éventuels. Les États latino-américains, armés de leurs traditions juridiques à l'image de la doctrine Calvo, estimaient au contraire que seul leur droit national avait vocation à s'appliquer et que leurs juridictions nationales étaient seules compétentes pour trancher tout différend. Le déni de justice par les tribunaux nationaux était ainsi le seul acte souverain que les pays d'Amérique latine étaient prêts à concéder à l'arbitrage par l'intermédiaire des Commissions mixtes.

Puis, la question de la responsabilité de l'État pour les dommages pécuniaires infligés à ces ressortissants s'est progressivement déportée sur celle de l'expropriation des droits de propriété étrangère et son indemnisation. Les pays d'Amérique latine ont alors fait valoir leur droit souverain d'exproprier pour des raisons d'intérêt général sur le fondement du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ils se sont montrés hostiles au développement de l'institutionnalisation de l'arbitrage international entre investisseurs étrangers et États-hôtes. Néanmoins, les idéologies économiques et politiques guidant les pays exportateurs de capitaux ont conduit les États latino-américains à la dépolitisation du régime international des investissements. Les années 1990 ont marqué un tournant pour ces États. Ils ont consolidé la protection des investissements sur leurs territoires par la conclusion massive de traités bilatéraux d'investissement et par l'adhésion à la Convention de Washington. Toutefois, le régime néo-libéral ainsi institué n'a pas été à la hauteur des attentes de ces États. Pis encore, les clauses de RDIE, insérées dans les accords d'investissements, les ont amenés à connaître un grand nombre de procédures, visant désormais leurs réglementations générales destinées à la protection d'intérêts publics et pouvant les affecter en pleine crise économique.

En effet, « *[a]s states look back over decades of treaty practice, the expected benefits have not clearly materialized, whereas the costs have been unexpectedly high.* »⁵⁴³.

Dès lors, à l'orée du millénaire, les États latino-américains, tout comme d'autres PED et même, parfois, en accord avec certains pays exportateurs de capitaux, ont alors profondément remis en question le régime international des investissements. Le fondement dogmatique de ce régime et l'impact annoncé des AII sur les flux d'IDE ont été vivement critiqués. Le déséquilibre inhérent au régime, mis en place par l'ancienne génération d'accords, l'a été d'autant plus, les intérêts des États n'étant pas pris en considération. Le poids financier des arbitrages d'investissement et les interprétations incohérentes des tribunaux arbitraux ont conduit à la crainte d'une frilosité réglementaire. Leur défiance à l'égard de l'arbitrage d'investissement est progressivement devenue une fronde à l'égard du CIRDI, ce qui a conduit certains États latino-américains à s'en départir mais également à proposer des mécanismes alternatifs visant à prévenir et à résoudre les différends entre investisseurs et États d'accueil dans la région.

Le droit international des investissements moderne, qui a continué d'être influencé par les conceptualisations du XIX^{ème} siècle⁵⁴⁴, a ainsi traversé une crise profonde de légitimité, conduisant à envisager sa réorientation à l'aune du développement durable. Elle est à l'origine de l'émergence de nouveaux AII qui visent à réorienter le droit international des investissements en vue de tenir compte de considérations extra-économiques. L'expérience latino-américaine se trouve, de nouveau, au centre de certains débats et témoigne de la convergence des pays de la région quant à ce nouveau tournant. Le mouvement initié par certains États latino-américains à l'encontre du CIRDI a marqué l'un des aspects de la tendance, plus large, de la re-politisation des instruments juridiques internationaux protégeant l'investissement.

La tendance latino-américaine s'inscrit dans un mouvement généralisé de réaffirmation de l'intervention de l'État dans l'économie⁵⁴⁵, spécifiquement dans les pays qui connaissent des

⁵⁴³ JOHNSON (L.), SACHS (L.), GÜVEN (B.), COLEMAN (J.) (dir), *Costs and Benefits of Investment Treaties. Practical Considerations for States*, Columbia Center on Sustainable Investment, Policy paper, New York, 2018, p.15.

⁵⁴⁴ MILES (K.), *op. cit.*, p.346.

⁵⁴⁵ CNUCED, *World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2011, p.94 et s.

changements de régimes politiques⁵⁴⁶, ce qui conduit à revoir les aspects clés du régime du droit international des investissements. Depuis quelques années, de nombreux États, notamment en Amérique latine, retravaillent leurs modèles de TBI et négocient de nouveaux accords, afin de les rendre plus clairs et de protéger leur droit de réglementer.

⁵⁴⁶ RIPINSKY (S.), *op. cit.*, p.12.

TITRE 2

LA RÉORIENTATION DU RÉGIME INTERNATIONAL DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PAR L’AFFIRMATION DE DROITS EN FAVEUR DE L’ÉTAT

Les critiques adressées au régime international des investissements témoignent d’une remise en question d’un cadre dépassé en raison de son manque de considération pour des intérêts extra-économiques. La crise de légitimité a contribué « *to pressure to reform international investment law (...), [which] would result in (...) a potential means through which to break imperialist patterns within investment frameworks (...).* »⁵⁴⁷.

La multiplication des différends réglementaires, en prise avec des standards tels que celui lié à l’expropriation indirecte, a mis en lumière le fait que le maintien du paradigme traditionnel du droit international de l’investissement devenait difficilement valable. En effet, le contentieux lié aux expropriations indirectes, a été le champ d’expression privilégié de l’antagonisme entre les intérêts des investisseurs et ceux des États, adoptant des réglementations générales en vue de protéger l’environnement ou la santé publique. Or, lorsqu’une mesure est adoptée avec des garanties démocratiques considérables, soutenir que les États ne devraient pas se voir accorder une marge de manœuvre, au regard de son interférence avec les droits de propriété des investisseurs étrangers, devenait difficilement audible.

L’évolution de la nature des différends entre investisseurs et États a particulièrement conduit à une évolution du discours sur l’importance des préoccupations d’intérêt public⁵⁴⁸. Elle a également démontré que la déférence, dont pouvait témoigner certains tribunaux arbitraux à l’égard de la liberté réglementaire de l’État, était insuffisante. Les désillusions des PED, face à

⁵⁴⁷ MILES (K.), *op. cit.*, p.347.

⁵⁴⁸ WAGNER (M.), *op. cit.*, pp.82-85.

des décisions arbitrales qui priorisent les droits des investisseurs⁵⁴⁹, les ont amenés à reconsidérer le contenu de leurs traités d'investissement. De fait, les interprétations arbitrales reposent sur des traités signés dans les années 1990, qui se concentrent exclusivement sur la protection de l'investissement et de l'investisseur étranger.

Le droit des investissements étant un droit « *in constant flux, reflecting the clashes of the various interests at play* »⁵⁵⁰, un mouvement de réorientation du régime international des investissements s'est ainsi amorcé. Des initiatives de réformes s'observent dès les années 2010, au sein de la CNUCED et à l'échelle nationale par l'adoption ou la révision des modèles conventionnels de traités d'investissement. Celles-ci visent à répondre aux critiques et inquiétudes qui se sont manifestées au cours de la décennie précédente et principalement à celle du risque de frilosité réglementaire (**Chapitre 3**).

Le droit de réglementer a alors été considéré comme l'un des enjeux majeurs de cette réforme et se trouve au centre de la re-politisation des instruments internationaux relatifs aux investissements en Amérique latine. Les traités signés depuis les années 2010 témoignent de la volonté de préserver conventionnellement le droit de réglementer de l'État, en vue d'intérêts publics, par l'intégration plus fréquente et plus élargie de dispositions qui y sont relatives.

Le droit de réglementer, appréhendé dans le contexte particulier des investissements, s'écarte alors de son acception au sens du droit international général et peut s'exprimer par diverses formes. La tendance latino-américaine témoigne en particulier du fait que les exceptions conventionnelles, qui permettent de garantir qu'il soit préservé, s'intègrent alors dans un régime général de protection qu'il convient de délimiter (**Chapitre 4**).

⁵⁴⁹ HO (J.), « Hustling in International Economic Law », *AfronomicsLaw*, 2020, disponible à : <https://www.afronomicslaw.org/2020/02/21/hustling-in-international-economic-law/>

⁵⁵⁰ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.473.

CHAPITRE 3

LE CHANGEMENT DE PARADIGME DU RÉGIME INTERNATIONAL DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

Les questions relatives au déséquilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des États, et au risque de frilosité réglementaire, se sont notamment illustrées dans le contentieux de l'expropriation indirecte. En effet, les différends réglementaires traduisent les difficultés liées à l'adoption de mesures gouvernementales dont l'objet n'est pas d'exproprier mais dont l'effet se traduit par un impact considérable sur les droits de propriété de l'investisseur étranger. L'antagonisme entre les impératifs de protection des intérêts des investisseurs et de ceux des États ont ainsi conduit au développement de doctrines cherchant à délimiter, dans le cadre de ces différends, ce qui peut être qualifié de réglementation légitime n'emportant pas indemnisation de ce qui relève du champ de l'expropriation indirecte. L'examen de certaines affaires permet d'affirmer que l'imprécision des obligations substantielles des AII accordent, *de facto*, une marge de manœuvre relativement significative aux tribunaux arbitraux. Ces derniers peuvent faire preuve d'un certain degré de déférence envers le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public, mais cela ne saurait garantir aux États la protection, ou tout du moins la prise en compte, de leur droit de réglementer (**Section 1**).

La protection du droit de réglementer de l'État dans le régime des investissements nécessite alors une réforme des dispositions substantielles des AII. Aux interrogations quant à l'étendue de la réforme précèdent celles relatives au modèle d'intégration indiqué. Dès les années 2010, une nouvelle génération d'AII commence à émerger en vue de réorienter le régime international de protection des investissements. Encouragée par les travaux de la CNUCED, la réforme s'inscrit dans une tendance des PED, notamment ceux d'Amérique latine, à adopter et à réviser leurs propres modèles conventionnels (**Section 2**). Les nouveaux traités témoignent d'une cohérence dans la réorientation à l'égard de la liberté réglementaire de l'État d'accueil des investissements.

Section 1. La prise en considération insuffisante des intérêts de l'État par les tribunaux arbitraux

La crise de légitimité traversée par le régime international des investissements illustre les critiques adressées à l'endroit du RDIE, notamment du fait qu'il protégerait outre mesure les droits des investisseurs⁵⁵¹. Toutefois, comme le note Anthea Roberts, ce présupposé repose avant tout sur les AII de l'ancienne génération qui :

*« (...) established legally binding commitments and delegated enforcement power to tribunals, but a low level of precision, because the commitments themselves are broad and vague (...). The net result was a considerable shift of interpretive power away from the treaty parties and toward investment tribunals, leading to investment treaty law being developed through a body of de facto precedents. »*⁵⁵².

Le contentieux de l'expropriation indirecte a été le principal champ d'expression de la recherche d'équilibre entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux de l'État-hôte. La question de la prise en considération ou non du droit de réglementer de ce dernier au nom de l'intérêt général s'est particulièrement posée dans ce contexte⁵⁵³, en raison de l'augmentation des différends réglementaires⁵⁵⁴. Cette augmentation résulte du fait que l'imprécision des AII a suscité le développement d'une définition extensive de l'expropriation. Consécutivement, des réglementations générales, adoptées par l'État-hôte en vue de protéger l'intérêt public, ont pu être considérées comme entrant dans son champ d'application. La majorité des AII restant silencieux sur la façon d'équilibrer les intérêts concurrentiels que sont ceux des investisseurs et ceux de l'État-hôte, un pouvoir discrétionnaire a été dévolu aux arbitres. Dès lors, la complexité du phénomène des différends réglementaires a conduit au développement de différentes approches permettant d'appréhender la place accordée au droit de réglementer de l'État dans

⁵⁵¹ V. entre autres, HOBÉR (K.), « Investment Treaty Arbitration and Its Future – If Any », *Yearbook on Arbitration and Mediation*, 2015, vol.7, article 8, p.4 et s ; FRANCK (S.), « The Legitimacy Crisis... », *op. cit.*, pp.1521-1625 ; MARKERT (L.), « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investor's Rights and Regulatory Interests of Host States », in. BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HINDELANG (S.) (eds.), *European Yearbook of International Economic Law – International Investment Law and EU Law*, Springer, Berlin, 2011, pp.145-171 ; EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, pp.542-563.

⁵⁵² ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms... », *op. cit.*, pp.76-77.

⁵⁵³ V. entre autres, WAGNER (M.), *op. cit.*, pp.1-87 ; TANZI (A.), « On Balancing Foreign Investment Treaties with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, vol.11, pp.47-76 ; VADI (V.), GRUSZCZYNSKI (L.), « Standards of Review in International Investment Law and Arbitration: Multilevel Governance and the Commonweal », *J.I.E.L.*, 2013, vol.16(3), pp.613-633.

⁵⁵⁴ V. ESIS VILLARROEL (I. S.), ABREU (M. G. de.), « La Identificación de la Expropiación Indirecta : el Análisis de los Criterios de Privación de la Propiedad y del Tiempo Utilizados en la Práctica Arbitral Reciente », *A.C.D.I.*, Bogotá, vol.15, 2022, p.68.

l'intérêt public (§1). Si on peut s'interroger sur l'effectivité de certaines doctrines, reste que la déférence qui pourrait être accordée par certains tribunaux arbitraux au droit de réglementer de l'État souffre d'insécurité juridique et ne saurait garantir à ce dernier un espace réglementaire prévisible (§2).

§1. Les différends réglementaires et l'expropriation indirecte : au cœur d'un antagonisme entre protection de l'investissement et protection de l'intérêt général

Le contentieux de l'expropriation indirecte est au cœur de la question de la prise en considération du droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public. Si le droit des investissements n'interdit pas l'expropriation, il encadre au demeurant sa licéité. Or, l'élargissement du champ d'application du standard relatif à l'expropriation, et la multiplication des différends réglementaires qu'il induit, ont conduit à s'interroger sur la façon de tenir compte de l'objectif poursuivi par la mesure réglementaire dans l'opération d'identification de l'expropriation (A). Leur préférence a été principalement accordée à une doctrine ne plaçant l'intérêt général qu'au second plan (B).

A. La prise en compte de l'intérêt général dans le contexte de l'évolution de la définition de l'expropriation indirecte

La protection contre l'expropriation est au centre de la protection accordée aux investisseurs étrangers par les AII, sans doute, en raison des mesures autrefois adoptées par le Mexique au début du XX^{ème} siècle et par les PED à la suite de leurs mouvements d'indépendance⁵⁵⁵.

C'est surtout la diversité des mesures d'expropriation à l'heure de l'adoption de réglementations générales par les États, en vue de protéger l'intérêt public, qui a donné une nouvelle actualité à ces mesures.

Le terme d'expropriation, utilisé de façon générique, revêt une définition extensive. Il recouvre les mesures « ayant pour effet de priver, *de jure* ou *de facto*, le propriétaire des attributs

⁵⁵⁵ V. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.358 ; KAHN (Ph.), « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », *J.D.I.*, 1965, n°2, p.338.

essentiels du droit de propriété (*usus, abusus, fructus*) »⁵⁵⁶, ce qui permet d'étendre le régime de l'expropriation à des mesures qui n'impliquent pas de transfert du titre de propriété. L'expropriation est désormais polymorphe. Elle recouvre les mesures, qualifiées de mesures équivalentes à l'expropriation, d'expropriations rampantes ou encore d'expropriations indirectes, qui ont pour effet de priver l'investisseur, en tout ou en partie, de ses droits sur l'investissement⁵⁵⁷.

Dès lors, l'élasticité de la définition de l'expropriation indirecte contenue dans les AII de première génération a conduit les tribunaux arbitraux à faire disparaître la frontière entre les expropriations indirectes et le simple exercice par l'État de sa liberté réglementaire dans l'intérêt général⁵⁵⁸. Ce point a fortement contribué au déséquilibre entre les droits des investisseurs étrangers et ceux de l'État-hôte. L'opération de qualification de l'expropriation indirecte devenue décisive, les arbitres ont dû rechercher des critères de distinction et déterminer la façon dont le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt général pouvait être pris en considération.

Toute interprétation favorable au droit de réglementer de l'État n'étant légitime que dans la mesure où le but poursuivi par celui-ci l'est également⁵⁵⁹, cela implique de distinguer ce qui relève de l'intérêt général de ce qui ne le serait pas. La notion d'intérêt général, qui s'est construite historiquement au milieu du XVI^{ème} siècle⁵⁶⁰, renverrait à une finalité d'actions et de

⁵⁵⁶ BARBIER (S.), CUJO (E.), « La nationalisation et l'expropriation », in. DAILLIER (P.), LA PRADELLE (G., de), GHÉRARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, p.686.

⁵⁵⁷ CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, p.4 ; NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., pp.359-360.

⁵⁵⁸ De nombreuses études ont porté sur la question des mesures réglementaires et de l'expropriation indirecte, v. not. NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.*, 2002, t.106, n°1, pp.80-101 ; DOLZER (R.), « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review – FILJ*, 1986, vol.1(1), pp. 41-65 ; DOLZER (R.), « Indirect Expropriation: New developments ? », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2002, vol.11(1), pp.64-93 ; FORTIER (L. Y.), DRYMER (S.), « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or *Caveat Investor* », *ICSID Review – FILJ*, 2004, vol.19(2), pp.293-327 ; LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, LGDJ, Anthemis, Paris, 2006, pp.163-183 ; KUNOY (B.), « Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration », *J.W.I.T.*, 2005, vol.6(3), pp.467-491 ; NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *IISD – Best Practices Series*, Canada, 2012, 26p ; DUPUY (P.-M.), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, pp.375-413. Pour des thèses : ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, éd. M. Nijhoff, Pays-Bas, 2010, 530p ; NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Thèse de doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, 698p.

⁵⁵⁹ V. en ce sens, KRAUS (H.), « La morale internationale », *R.C.A.D.I.*, 1927 (I), vol.16, p.476.

⁵⁶⁰ BROCH (J.), « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n° 1, janvier-mars 2017, p.59.

besoins, destinés ou liés à une population ou encore à une communauté nationale, et même à la communauté internationale⁵⁶¹.

L'intérêt général constitue ainsi le fondement de l'action publique et, dans le même temps, la justifie. Le Professeur Yves Nouvel considère qu'il représente : « un équilibre des intérêts économiques, environnementaux et sociaux qui change en fonction de l'évolution des valeurs et des préférences de la société, [et] s'oppose à l'intérêt privé d'une personne ou d'un ensemble de personnes. »⁵⁶². En conséquence, tenir compte du droit de réglementer de l'État dans l'intérêt général suppose que les arbitres opèrent une hiérarchie entre les intérêts des investisseurs et ceux des États.

Cependant, appréhender l'intérêt général en droit n'est pas évident. Il s'agirait même d'un « piège intellectuel »⁵⁶³. En outre, les AII emploient tour à tour les termes : « intérêt général », « *public purpose* », « intérêt public », ou encore « *public interest* ». Or, l'intérêt général se distingue sensiblement de l'intérêt public, notion avant tout appréhendée par le droit public, dont la définition dépend de l'ordre interne de chaque État⁵⁶⁴. Bien que les termes précités renvoient tous à la même condition finaliste⁵⁶⁵, un certain « flou »⁵⁶⁶ entoure ainsi la notion d'intérêt général dans le cadre des traités d'investissement. La hiérarchie des intérêts opérée par les arbitres supposerait que l'intérêt de l'investisseur soit mesuré à l'aune de l'objectif poursuivi par la mesure de l'État.

Toutefois, le développement des différends réglementaires et la multiplication des interférences dans les droits de propriété des investisseurs étrangers que cela représente, ont conduit à accentuer la problématique de l'interaction entre ces intérêts. Le conflit de rationalité entre l'impératif de protection des investissements et celui de la protection des intérêts publics ainsi mis en exergue, les tribunaux arbitraux ont développé des "paramètres d'orientation" dans la hiérarchisation des intérêts dans le balancier investisseur-État. La problématique revient désormais à savoir distinguer entre ce qui peut être qualifié de réglementation légitime

⁵⁶¹ V. *Ibid.*, pp.59-86.

⁵⁶² NOUVEL (Y.), *op.cit.*, p.96.

⁵⁶³ RICCI (J.-C.), *Droit administratif général*, Hachette, Paris, 2013, 5^{ème} éd., 320p, p.116.

⁵⁶⁴ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.547 ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.204.

⁵⁶⁵ V. ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.196.

⁵⁶⁶ BEN HAMIDA (W.), *op. cit.*, p.1.

n'emportant pas indemnisation et ce qui relève du champ de l'expropriation indirecte. Bien que sous le prisme de l'investisseur étranger il s'agit d'une atteinte à sa propriété, cette atteinte ne représente pour l'État-hôte que « la conséquence du prix que chacun doit payer à l'intérêt général »⁵⁶⁷. Dans le cadre de leur examen d'une mesure réglementaire, les tribunaux arbitraux se sont ainsi progressivement fondés sur ce que l'on peut nommer un « test à deux étages »⁵⁶⁸. À l'examen de la qualification d'une expropriation indirecte succède celui de la licéité de celle-ci au regard d'un ensemble de conditions cumulatives déterminées par les traités. Celles-ci imposent que la mesure contestée poursuive un objectif d'intérêt public, ne soit pas discriminatoire et que l'État ait versé une compensation financière à l'investisseur étranger lésé⁵⁶⁹.

Les AII de première génération ne précisant pas quels sont les critères permettant de qualifier l'existence d'une expropriation indirecte, ils seraient à rechercher en dehors de ceux de sa licéité et partant, en dehors de toute référence à la notion d'intérêt public ou d'intérêt général⁵⁷⁰. Les premiers éléments de réponse ont été apportés par les théories de l'effet et de l'objet, qui prennent appui sur le droit de la responsabilité internationale. La première fait du critère de l'effet dommageable de la mesure réglementaire sur l'investissement le critère prépondérant permettant d'établir la responsabilité de l'État-hôte, tandis que la deuxième est axée sur le caractère de la mesure à l'origine de cette atteinte, de sa finalité ou des circonstances de son adoption⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.371.

⁵⁶⁸ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, op. cit., p.187.

⁵⁶⁹ V. NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), op. cit., pp.369-376.

⁵⁷⁰ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », op. cit., p.7.

⁵⁷¹ V. les travaux de Rudolf Dolzer sur ces deux théories, in. DOLZER (R.), « Indirect Expropriation: New developments ? », op. cit., pp.64 et s. V. également, DOLZER (R.), SCHREUER (Ph.), *Principles of International Investment Law*, O.U.P., Oxford, 2012, 2nd ed, pp. 112-115 ; DUPUY (P.-M.), RADI (Y.), op. cit., pp.395-404. V. entre autres, PELLET (A.), « Police Power or the State's Right to Regulate », in. KINNEAR (M. N.), FISCHER (G. R.), MÍNGUEZ ALMEIDA (J.), TORRES (L. F.), URAN BIDEGAIN (M.) (dir.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, Alphen, 2016, pp.447-462 ; TITI (C.), « Police Powers Doctrine and International Investment law », in. FONTANELLI (F.), GATTINI (A.), TANZI (A.) (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, pp.323-343 ; NEWCOMBE (A.), « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Review – FILJ*, 2005, vol.20(1), pp.1-57 ; MOSTAFA (B.), « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal*, 2008, vol.15, pp.267-296 ; SAX (J. L.), « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal*, 1964, vol.74(1), pp.36-76.

B. L'atteinte à l'investissement, unique critère de qualification de l'expropriation indirecte – la doctrine de l'effet unique

La première théorie, dite de l'effet unique, est fondée sur l'atteinte à l'investissement. Elle a été la théorie la plus invoquée par les investisseurs et relayée par la doctrine⁵⁷² et elle est désormais couramment appliquée par les tribunaux arbitraux⁵⁷³. Cette doctrine repose sur le fait que la clause de l'expropriation indirecte impose à l'État de compenser l'investisseur étranger en contrepartie de l'atteinte commise à l'encontre de son droit de propriété. L'atteinte visée est celle qui est excessive : « celle qui est d'une magnitude suffisante pour provoquer une dépossession »⁵⁷⁴. Cela a conduit les arbitres à tenir compte en premier lieu du degré d'atteinte au droit de propriété de l'investisseur, en vue de déterminer si celui-ci « atteint le niveau d'une expropriation nécessitant l'indemnisation »⁵⁷⁵. En second lieu, les arbitres tiennent compte de la durée de l'atteinte, qui doit être permanente⁵⁷⁶. Au regard de ces deux paramètres, la mesure étatique en cause doit avoir fait perdre tout intérêt économique à l'investissement – en raison de la perte de contrôle de l'investisseur sur son investissement ou de la perte de la valeur de celui-ci – pour être qualifiée d'expropriation⁵⁷⁷. L'investisseur doit donc prouver que les attributs essentiels de son droit de propriété ont été gravement compromis⁵⁷⁸.

La doctrine de l'effet unique fait ainsi de l'impact économique de la mesure le seul critère à prendre en compte lors de l'opération de qualification de l'expropriation indirecte⁵⁷⁹, sans considération envers la nature ou l'objectif de la mesure⁵⁸⁰.

⁵⁷² V. par ex., LÉVESQUE (C.), « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, 2003, vol.33(1), p.41 ; DOLZER (R.), SCHREUER (Ph.), *op. cit.*, pp.98-129 ; LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État... », *op. cit.*, p.168 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, pp.325-332. V. également, HOFFMANN (A. K.), « Indirect Expropriation », in. REINISCH (A.), *Standards of Investment Protection*, O.U.P., Oxford, 2008, pp.151-170.

⁵⁷³ ESIS VILLARROEL (I. S.), ABREU (M. G. de.), *op. cit.*, p.94. V. également, *infra*, note 587.

⁵⁷⁴ NOUVEL (Y.), *op. cit.*, p.88.

⁵⁷⁵ OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer"...*, *op. cit.*, p.11.

⁵⁷⁶ CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §116 : « (...) it is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent (...) ». V. également, CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §193 ; CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010, §410 ; NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.377 ; HOFFMANN (A. K.), *op. cit.*, pp.159-160.

⁵⁷⁷ V. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.374 ; UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II : A Sequel*, Publications des Nations Unies, New York, 2012, p.63 ; CIRDI, *Meerapfel Söhne AG c. République Centrafricaine* (ARB/07/10), sentence du 12 mai 2011, §§353-355.

⁵⁷⁸ LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État... », *op. cit.*, p.173.

⁵⁷⁹ V. NOUVEL (Y.), *op. cit.*, p.101 ; DOLZER (R.), « Indirect Expropriation, New Developments ? », *op. cit.*, p.78.

⁵⁸⁰ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.551 ; BEN HAMIDA (W.), *op. cit.*, p.9.

Ainsi, le tribunal du contentieux Iran – États-Unis, dans l'affaire *Starrett Housing Corporation* avait affirmé que :

« [I]t is recognized by the international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated »⁵⁸¹.

Il suffit donc aux investisseurs de démontrer qu'ils ont subi une atteinte substantielle à leur droit de propriété pour obtenir réparation⁵⁸². Le but poursuivi par la mesure est alors relégué au second plan : « *the intent of the government is less important than the effect of the measures on the owner* »⁵⁸³. L'affaire *Metalclad* a parachevé cette doctrine, le Tribunal concluant que l'expropriation couvrait notamment : « (...) *incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit or property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State* »⁵⁸⁴.

La doctrine de l'effet unique a fait de l'effet dommageable de la mesure sur la propriété de l'investisseur le critère le plus usité par les tribunaux arbitraux pour distinguer l'expropriation indirecte et la réglementation légitime.

Le tribunal arbitral de l'affaire *Santa Elena*, sans considération envers l'obligation internationale de protection de l'environnement⁵⁸⁵, a affirmé que : « *there is ample authority for the proposition that a property has been expropriated when the effect of the measures taken by the State has been to deprive the owner of title, possession or access to the benefit and economic use of his property* »⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ *Starrett Housing Corporation c. Gouvernement islamique de la République d'Iran*, sentence interlocutoire n°ITL 32-24-2, 19 décembre 1983, *Iran-US CTR*, vol. 4, p.154.

⁵⁸² V., par ex., CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005, §262 : le Tribunal retient le critère de la « *substantial deprivation* », s'attachant à vérifier « *whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized* ». V. également CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §§190-192 ; CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine*, sentence du 8 novembre 2010, §410 ; CIRDI, *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala* (ARB/07/23), sentence du 29 juin 2012, §§151-152.

⁵⁸³ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, sentence n°141-7-2, 29 juin 1984, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 6, p. 225.

⁵⁸⁴ CIRDI, *Metalclad c. Mexique*, §103.

⁵⁸⁵ CIRDI, *Santa Elena c. Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, §72 : « *Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.* »

⁵⁸⁶ *Ibid.*, §77.

Une décennie plus tard, les tribunaux arbitraux considéraient encore que : « (...) *in order to determine whether an indirect expropriation has taken place, the determination of the effect of the measure is the key question.* »⁵⁸⁷.

Dans le cadre du « test à deux étages », fondé sur la doctrine de l'effet unique, l'objectif d'intérêt public poursuivi par la mesure contestée n'est alors pris en compte qu'au stade de l'examen de la licéité de l'expropriation. Cela ne permet pas d'exclure l'exigence de compensation financière puisque, bien que la mesure soit légitime, elle ne peut pas échapper, par nature, à la qualification d'expropriation indirecte et donc à cette exigence qui l'accompagne. En effet, si l'intérêt général constitue « le fondement du droit de l'État de porter atteinte aux intérêts des investisseurs »⁵⁸⁸, la compensation financière est, quant à elle, considérée comme le mécanisme permettant de garantir un certain équilibre entre intérêts étatiques et privés. En somme, ce sont deux conditions cumulatives, indissociables l'une de l'autre, qui peuvent amener les arbitres à éventuellement admettre la licéité d'une expropriation indirecte⁵⁸⁹.

Une présomption négative pèse alors sur les mesures étatiques poursuivant un but d'intérêt général : elles sont présumées être des expropriations dès lors qu'elles portent atteinte à l'investissement⁵⁹⁰.

De plus, bien que certains tribunaux arbitraux, tel que celui constitué dans l'affaire *SD Myers*, aient tenté de proposer une articulation entre l'effet et l'objectif de la mesure, ils ont néanmoins précisé que le critère décisif dans l'opération de qualification d'une expropriation indirecte devait être celui de l'effet⁵⁹¹. En outre, ceci est renforcé notamment par la position du tribunal arbitral dans l'affaire *Metalclad*, considérant que pour déterminer s'il y avait eu expropriation

⁵⁸⁷ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011, §328. V. également CIRDI, *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh* (ARB/05/07), sentence du 30 juin 2009, §§133-134 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République-unie de Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008, §463 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8), sentence du 17 janvier 2007, §270 : « *The Treaty refers to measures that have the effect of an expropriation; it does not refer to the intent of the State to expropriate. (...) A different matter is the purpose of the expropriation, but that is one of the requirements for determining whether the expropriation is in accordance with the terms of the Treaty and not for determining whether an expropriation has occurred.* » ; CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §262.

⁵⁸⁸ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, op. cit., p.199.

⁵⁸⁹ *Idem.*

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p.189.

⁵⁹¹ S.A. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, première sentence partielle du 13 novembre 2000, §282.

indirecte, « *the tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree* »⁵⁹². De même, le Tribunal dans l'affaire *Spyridon Roussalis* notait que : « *[t]he intention or purpose of the State is relevant but is not decisive of the question whether there has been an expropriation.* »⁵⁹³. La condition d'intérêt général est éclipsée par celle de la compensation financière et devient alors « purement formelle, voire fictive »⁵⁹⁴. *In fine*, sa prise en compte est sans influence sur l'issue des litiges en ce qu'elle se trouve reléguée au rang de condition de licéité, elle-même supplantée par la condition de compensation.

Cette doctrine ne paraît pas, dès lors, adaptée aux réglementations générales poursuivant un but légitime qui, sans viser directement l'investisseur, modifient simplement les conditions économiques dans lesquelles évolue son investissement⁵⁹⁵. En effet, dès que la mesure sera qualifiée d'expropriation indirecte, licite ou illicite, l'État sera tenu de dédommager l'investisseur. Cependant, la protection dont bénéficie ce dernier ne doit pas conduire à placer les intérêts économiques de l'investisseur au-dessus des préoccupations d'intérêt public, vitales pour un État et sa population⁵⁹⁶. Il existe à cet égard un mouvement général du droit international des investissements qui tend à réserver à l'État une marge de manœuvre, en vue d'agir dans le sens de son intérêt général⁵⁹⁷, sans craindre les réactions des investisseurs et les sentences des tribunaux, lourdes de conséquences en terme économique. Certaines affaires témoignent ainsi de la volonté des arbitres d'accorder une importance particulière au droit de réglementer de l'État, par le biais d'une dialectique fondée sur l'intérêt général.

§2. Une prise en compte effective de l'intérêt général par les tribunaux arbitraux ?

La théorie de l'effet unique a suscité de nombreuses critiques notamment celle de son incompatibilité avec l'évolution du droit international des investissements. Elle a alors entraîné dans son sillage la théorie de l'objet, dite doctrine des *police powers* (A). Pourtant, aucune de

⁵⁹² CIRDI, *Metalclad c. Mexique*, sentence du 30 août 2000, §111.

⁵⁹³ CIRDI, *Spyridon c. Roumanie*, sentence du 7 décembre 2011, §330.

⁵⁹⁴ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.548.

⁵⁹⁵ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.15 ; STERN (B.), « In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation », in. ROVINE (A.) (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Kluwer, La Haye, 2007, pp.45-46.

⁵⁹⁶ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, *op. cit.*, p.142.

⁵⁹⁷ NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Thèse de doctorat, *op. cit.*, pp.355-356.

ces théories ne saurait prévaloir sur l'autre et leur application reste à la discrétion des arbitres. Ainsi, leur déférence à l'égard de l'intérêt général ne saurait représenter une garantie suffisante aux États désireux de préserver leur droit de réglementer (B).

A. La finalité de la mesure, critère d'exclusion de la qualification de l'expropriation indirecte – la doctrine des *police powers*

La notion de *police powers* n'est pas définie par le droit international et impose de se référer à son acception dérivée du droit anglo-saxon et de la doctrine états-unienne. Elle peut néanmoins se traduire en français, en empruntant l'expression du Professeur Charles Leben, par « mesures d'intérêt général »⁵⁹⁸. Les *police powers* se caractérisent comme « l'ensemble des pouvoirs souverains de l'État que celui-ci met en œuvre pour préserver l'ordre public »⁵⁹⁹. La doctrine, unanimement reconnue⁶⁰⁰, implique alors que l'État n'a pas à supporter les conséquences économiques, résultant de son activité normative, lorsque les réglementations adoptées le sont de bonne foi, dans un but d'intérêt général et de manière non discriminatoire⁶⁰¹.

Ainsi, l'État ne sera pas tenu responsable de l'atteinte portée à la propriété d'un investisseur étranger par une mesure réglementaire puisque celle-ci vise la satisfaction d'un intérêt supérieur. L'impact de la mesure se trouve écarté par les qualités de la mesure étatique⁶⁰².

La théorie des *police powers* a trouvé sa première application jurisprudentielle dans l'affaire *Emanuel Too*, le tribunal des différends irano-américains se fondant sur le troisième *Restatement* relatif au droit international établi par les États-Unis⁶⁰³ pour affirmer que :

« [A] State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation or any other action that is commonly accepted

⁵⁹⁸ LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État... », *op. cit.*, p.177.

⁵⁹⁹ GARDNER (B.), *Black's Law Dictionary*, éd. West Academic, 2004, 8ème éd., p.1196, cité in. ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.257.

⁶⁰⁰ C.D.I., Projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, 1961, annexé au Premier rapport sur la responsabilité de l'État, A/CN.4/217 et ADD.1, *Ann. C.D.I.*, 1969, vol.II, pp.149-150, art.10(5) ; American Law Institute, *Restatement of the Law [Third] – the Foreign Relations Law of the United States*, vol.2, Washington D.C, 1987, pp.196-216, p.201, §712(g) : « A State is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of States, if it is not discriminatory... ».

⁶⁰¹ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.260.

⁶⁰² NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Thèse de doctorat, *op. cit.*, p.486.

⁶⁰³ American Law Institute, *Restatement of the Law [Third]...*, *op. cit.*, §712(g).

*as within the police power of States, provided it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price »*⁶⁰⁴.

De même, le Tribunal de l'affaire du *Rhin de fer* a indiqué que les Pays-Bas n'avaient pas renoncé à leur *police power*, celui-ci impliquant « le pouvoir de définir des normes d'hygiène et de sécurité pour les travaux effectués sur la voie, ainsi que le pouvoir de définir des normes de protection de l'environnement dans ce secteur »⁶⁰⁵. Enfin, le Tribunal de l'affaire *Feldman* a reconnu explicitement l'existence de la doctrine, affirmant que :

*« [G]overnments must be free to act in the broader public interest (...). Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this »*⁶⁰⁶.

La doctrine des *police powers* a été utilisée par certains tribunaux afin d'exclure du champ d'application de l'expropriation indirecte les mesures réglementaires de l'État qui poursuivent un but d'intérêt public. Dès lors, elle permet de faire échec à la qualification de la mesure contestée comme expropriation indirecte et place la finalité de la mesure comme critère prééminent. L'arbitre dirige ainsi son regard « non plus sur le point d'application de la mesure mais sur son point de départ »⁶⁰⁷. La mesure réglementaire de l'État échappant à cette qualification, il n'était pas tenu de compenser l'investisseur étranger et il est, de fait, exempté de toute obligation d'indemnisation⁶⁰⁸.

Plusieurs sentences arbitrales ont mis en lumière cette approche des *police powers*, de façon progressive. Bien que les arbitres de l'affaire *Tecmed*, procédant au test à deux étages, aient identifié une expropriation indirecte au regard du critère de l'effet de la mesure⁶⁰⁹, ils ont également ajouté qu'il était nécessaire de tenir compte à la fois de l'effet et de l'objet de la mesure⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ *Emanuel Too vs. Greater Modesto insurance and the United States of America*, sentence n°460-880-2 du 29 décembre 1989, Iran-U.S. C.T.R., vol. 23, p.387.

⁶⁰⁵ *Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn »)* (Royaume de Belgique/Royaume des Pays-Bas), sentence arbitrale du 24 mai 2005, R.S.A., vol.XXVII, p.76.

⁶⁰⁶ CIRDI, *Marvin Roy Feldman c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002, §103.

⁶⁰⁷ NOUVEL (Y.), *op.cit.*, p.92.

⁶⁰⁸ OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer"...*, *op. cit.*, p.20.

⁶⁰⁹ CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §116 : « *The government's intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures; and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects.* ». V. ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.276 ; FOURET (J.), KHAYAT (D.), « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Revue québécoise de droit international*, 2003, vol.16(1), p.242.

⁶¹⁰ CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §§117-118.

Le Tribunal a alors établi que :

« [T]he principle that the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable. »⁶¹¹.

Néanmoins, le Tribunal a clairement rejeté l'idée d'une exclusion généralisée en faveur de la réglementation environnementale étatique⁶¹². La sentence *Methanex* fut la première à appliquer de manière explicite la doctrine, affirmant que :

« [A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which effects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation. »⁶¹³.

Le Tribunal ne s'est aucunement référé à l'impact matériel de la mesure et a fait prévaloir la seule qualité de la mesure, ne permettant pas de la qualifier d'expropriation indirecte⁶¹⁴.

Enfin, les arbitres de l'affaire *Saluka* se sont fondés sur la doctrine et les sentences antérieures pour affirmer que les mesures réglementaires nécessaires à l'intérêt général étaient exclues du champ d'application de l'expropriation indirecte⁶¹⁵.

Cependant, les tribunaux arbitraux confrontés à l'invocation de la doctrine des *police powers* comme exclusion à la qualification de l'expropriation indirecte ont souvent eu tendance à la contourner ou à lui préférer d'autres arguments⁶¹⁶. Le Tribunal de l'affaire *Tecmed* a implicitement reconnu la doctrine des *police powers* tout en limitant les cas dans lesquels elle pouvait être invoquée à ceux de situations exceptionnelles⁶¹⁷. Finalement, l'idée d'une

⁶¹¹ *Ibid.*, §119.

⁶¹² *Ibid.*, §121.

⁶¹³ S.A. CNUDCI, *Methanex c. États-Unis*, sentence finale du 3 août 2005, Part IV, Chapter D, §7.

⁶¹⁴ *Ibid.*, §15.

⁶¹⁵ S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Saluka Investments BV (The Netherlands) c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §§261-262. V. également, S.A. CNUDCI, *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine*, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §139 : « As numerous cases have pointed out, in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State's legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation (...). ».

⁶¹⁶ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, op. cit., p.266.

⁶¹⁷ CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §133.

exclusion généralisée au titre de la doctrine des *police powers* pour les mesures réglementaires de l'État, qui serait une sorte de "carte blanche", semble rejetée, au risque de mettre en péril les droits des investisseurs étrangers⁶¹⁸.

Comme le note le Tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot* :

« *Regulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation (...). Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation.* »⁶¹⁹.

La problématique se situe dans la zone d'ombre au centre de laquelle se superposent les mesures réglementaires adoptées sur le fondement de la doctrine des *police powers* et les mesures d'expropriation indirecte. En raison de cette perméabilité entre les deux catégories, le tribunal de l'affaire *Azurix* a considéré que le critère de la finalité de la mesure devait rester additionnel à celui du critère de son effet, le premier n'étant pas suffisant en lui-même à faire la lumière sur tout le contentieux⁶²⁰. Le caractère automatiquement exclusif de la doctrine des *police powers* étant écarté, l'intérêt général demeure un critère de licéité, distinct de l'opération de qualification⁶²¹.

Ainsi, la dynamique du "tout ou rien" des doctrines des *police powers*, tout comme celle de l'effet unique, a conduit la doctrine et les arbitres à rechercher des solutions alternatives en vue de tenir compte de l'intérêt général dans le contentieux de l'expropriation indirecte.

⁶¹⁸ LEBEN (C.), « La liberté normative... », *op. cit.*, p.178.

⁶¹⁹ S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000, §99. V. également, CIRDI, *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt c. Hongrie* (ARB/17/27), sentence du 13 novembre 2019, §364 : « (...) creating an unqualified exception from the duty of compensation for all regulatory measures would hardly be compatible with the language of non-expropriation provisions of investment treaties (...) » ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte* (n°2012-07), sentence finale du 23 décembre 2019, §230 : « (...) the police power defence is not carte blanche ».

⁶²⁰ CIRDI, *Azurix c. Argentine*, sentence du 14 juillet 2006, §§310-311.

⁶²¹ NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Thèse de doctorat, *op. cit.*, p.506.

B. Les limitations des doctrines et de la déférence des tribunaux arbitraux envers le droit de réglementer

La doctrine de l'effet unique et celle des *police powers* comportent les mêmes faiblesses. La première conduit à délaissier les intérêts de l'État⁶²² tandis que la deuxième ne prend pas en compte les intérêts de l'investisseur étranger⁶²³, ce qui amène à un jeu à somme nulle entre les intérêts en présence. La doctrine juridique s'est alors interrogée sur les voies de sortie de ce cercle vicieux. Il a été proposé de compléter, voire de remplacer, ces deux approches qui se rejoignent difficilement par deux autres.

La première approche alternative, développée par le Professeur Arnaud de Nanteuil, est celle de « l'atteinte normale »⁶²⁴. Celle-ci correspond au pouvoir légitime de l'État de porter atteinte, dans certaines circonstances, au droit de propriété de l'investisseur, sans compensation ni engagement de sa responsabilité internationale, en vertu d'un intérêt public. Le défaut de compensation procède de la situation dans laquelle, sans violation du droit de propriété, l'objectif d'intérêt public ne peut pas se concrétiser⁶²⁵. Le Professeur Arnaud de Nanteuil ajoute que l'atteinte à la propriété doit être « proportionnée à l'objectif de la mesure comme atteinte normale à la propriété »⁶²⁶. Ainsi, au contraire, l'atteinte devient anormale si l'État pouvait atteindre le même objectif, sans produire d'effet de dépossession.

La seconde approche alternative, développée par la Professeure Sabrina Robert-Cuendet, se fonde sur le critère du raisonnable⁶²⁷. Ce critère permet de protéger l'investisseur contre le « risque de comportement déraisonnable de l'État hôte »⁶²⁸ et consiste à vérifier que ce dernier intervient de bonne foi, en raison de l'existence d'un véritable risque et non de manière arbitraire. La présomption est alors renversée en ce que les mesures sont caractérisées de légitimes et licites, à moins d'être qualifiées de déraisonnables. La Professeure Sabrina Robert-Cuendet indique que les tribunaux arbitraux peuvent alors utiliser un test de

⁶²² *Ibid.*, p.24.

⁶²³ *Ibid.*, pp.26-27, pp.465-529.

⁶²⁴ NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Pedone, Paris, 2014, pp.325-459.

⁶²⁵ *Ibid.*, p.327 : « [C]'est précisément en tant que composante de la mesure qu'elle ne peut faire l'objet d'une compensation ».

⁶²⁶ *Ibid.*, p.389.

⁶²⁷ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, pp.307-357.

⁶²⁸ *Ibid.*, pp.27, 307-357.

proportionnalité et évaluer la nécessité de la mesure⁶²⁹. Finalement, l'ambition de ces deux approches est de faire disparaître la logique protectionniste tout en trouvant le moyen de réconcilier les courants qui les ont précédées⁶³⁰.

Les arbitres ont également cherché à recourir à d'autres critères, tels que celui de la proportionnalité⁶³¹ développé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶³². La Cour a ajouté au critère du but légitime poursuivi par la mesure un test de proportionnalité⁶³³, dont se sont inspirés certains tribunaux arbitraux.

Tel est le cas du Tribunal de l'affaire *Tecmed* qui avait clairement énoncé :

« (...) the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to

⁶²⁹ *Ibid.*, p.357.

⁶³⁰ Ces deux approches ne sont pas exemptes de toute critique. L'approche fondée sur le critère du raisonnable est contestée par le Professeur A. De Nanteuil qui lui reproche un renversement de présomption qui pourrait conduire à ignorer l'atteinte portée à la propriété de l'investisseur et qui ferait appel à la subjectivité des tribunaux arbitraux, v. NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Pedone, *op. cit.*, pp.519-528. Il lui reconnaît néanmoins son adaptabilité, dans le seul champ des mesures environnementales. Pourtant, le raisonnable « qualifie une attitude de souplesse pragmatique et s'oppose à cet égard à l'intransigeance du rationnel », v. SALMON (J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *in. Le droit international : Unité et diversité, Mélanges offerts à Paul REUTER*, Pedone, Paris, 1981, pp.447-478.

⁶³¹ V. not., NEWCOMBE (A.), « The Boundaries of Regulatory Expropriation... », *op. cit.*, p.40 et s ; CIRDI, *Azurix c. Argentine*, sentence du 14 juillet 2006, §§311-312.

⁶³² La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut permettre d'identifier la distinction entre l'expropriation et les mesures réglementaires légitimes, v. entre autres, KRIEBAUM (U.), SCHREUER (C.), « The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law », *in. BREITENMOSER (S.) (dir.), Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit: Liber Amicorum Luzius Wltdhaber*, Nomos, Zürich, 2007, pp.1-20 ; DUPUY (P.-M.), « Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », *in. DUPUY (P.-M.), FRANCIONI (F.), PETERSMANN (E.-U.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.45-62 ; SIMMA (B.), KILL (T.), « Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps towards a Methodology », *in. BINDER (C.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, O.U.P., New York, 2009, pp.678-707 ; TOMUSCHAT (C.), « The European Court of Human Rights and Investment Protection », *in. BINDER (C.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, O.U.P., New York, 2009, pp.636-656.

⁶³³ La Cour considère que l'article premier du Protocole n°1 comprend trois normes distinctes : « La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété ; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin ; elle ressort du deuxième alinéa », v. CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, n°7151/75 7152/75, p.17, §61. V. également, CEDH, *James et autres c. Royaume Uni*, arrêt du 21 février 1986, n°8793/79, p.21, §50 ; CEDH, *Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, n°10522/83 11011/84 11070/84, p.22, §48 ; CEDH, *Pressos Compañía Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, n°17849/91, pp.18-19, §38.

investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. »⁶³⁴

Les tribunaux arbitraux n'ont pas tous repris le test de proportionnalité ainsi formulé bien que certains s'y soient référé⁶³⁵. Néanmoins, il semble que la doctrine des *police powers* soit désormais employée dans ce cadre. Le Tribunal de l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* notait que : « (...) *in order for a State's action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation (...) the action must be taken bona fide for the purpose of protecting the public welfare, must be non-discriminatory and proportionate.* »⁶³⁶. La proportionnalité est ainsi introduite comme élément d'équilibre à prendre en compte dans l'application de la doctrine⁶³⁷.

Toutefois, indépendamment des nouvelles approches doctrinales ou des nouveaux critères employés par quelques tribunaux arbitraux, l'interprétation des obligations substantielles des AII, telles que celle de l'expropriation indirecte, reste à la discrétion des arbitres qui disposent d'un très large pouvoir d'appréciation⁶³⁸. Dès lors, il est impossible de préjuger quelle mesure contestée sera considérée comme une réglementation légitime qui n'impose aucune indemnisation, de celle qui ne le serait pas, d'autant plus qu'aucune doctrine ne prévaut sur l'autre⁶³⁹. En effet, bien que le Tribunal de l'affaire *Saluka* ait pu considérer que la doctrine des *police powers* faisait partie du droit international coutumier⁶⁴⁰, il soulignait dans le même temps que :

« (...) international law (...) has yet to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law. It thus inevitably falls to the adjudicator to

⁶³⁴ CIRDI, *Tecmed, c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §122.

⁶³⁵ V. not. CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §195.

⁶³⁶ CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §305.

⁶³⁷ V. S.A. CNUDCI, *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*, sentence du 2 août 2010, §266 ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte* (n°2012-07), sentence finale du 23 décembre 2019, §230 : « *a State's actions must be justified, meet the international standards of due process, and inter alia be proportional to the threat to public order to which it purports to respond.* » ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Olympic Entertainment Group AS c. Ukraine* (n°2019-18), sentence du 15 avril 2021, §90 : « (...) *the condition of proportionality must be included in the test for a valid exercise of the police powers doctrine.* » ; CIRDI, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. République d'Argentine* (ARB/14/32), sentence du 5 novembre 2021, §§330-337, not. §336.

⁶³⁸ LEBEN (C.), « La liberté normative... », *op. cit.*, p.179.

⁶³⁹ DOLZER (R.), « Indirect expropriation: New developments ? », *op. cit.*, p.90 ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, pp.261, 265 et s.

⁶⁴⁰ S.A. CNUDCI/CPA, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §262.

determine whether particular conduct by a state "crosses the line" that separates valid regulatory activity from expropriation (...) »⁶⁴¹.

De même, le Comité *ad hoc* de l'affaire *Patrick Mitchell* notait à propos de la doctrine de l'effet unique que : « *the Arbitral Tribunal, in apparently opting for the (...) doctrine, was merely exercising its freedom of judgment.* »⁶⁴².

Il est certain que quelques sentences ont pu renvoyer au concept de liberté réglementaire de l'État, mais la prise en compte des intérêts publics de l'État par les tribunaux arbitraux reste insuffisante pour garantir la protection du droit de réglementer de l'État. En effet, les arbitres ne sont pas liés par les décisions antérieures : l'emprunt d'une doctrine ou d'une autre peut conduire à des conclusions différentes. La déférence accordée aux intérêts de l'État par un tribunal arbitral peut lui être refusée par un autre⁶⁴³.

Par ailleurs, les tribunaux arbitraux qui ont fait preuve de déférence se sont référés au caractère « légitime »⁶⁴⁴ ou « raisonnable »⁶⁴⁵ du droit de réglementer de l'État, ce qui induit une limite, à leur discrétion. Le Tribunal de l'affaire *Marion Unglaube* reconnaissait, par exemple, que s'il fallait faire preuve de déférence à l'égard des intérêts des États, « *this deference, however, is not without limits.* »⁶⁴⁶. Enfin, la référence au droit de réglementer de l'État n'empêche pas de constater la violation d'une obligation substantielle⁶⁴⁷, ce qui a également participé aux interrogations des États sur la prise en compte effective de leurs intérêts.

⁶⁴¹ *Ibid.*, §§263-264.

⁶⁴² CIRDI, *Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (ARB/99/7), Décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006, §54.

⁶⁴³ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p.294.

⁶⁴⁴ S.A. CNUDCI/CPA, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §305 ; S.A. CNUDCI, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale du 24 décembre 2007, §298 ; CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §273 ; CIRDI, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun c. État plurinational de Bolivie* (ARB/06/2), sentence du 16 septembre 2015, §202.

⁶⁴⁵ S.A. CNUDCI, *AWG c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §236.

⁶⁴⁶ CIRDI, *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. République du Costa-Rica* (ARB/08/1 et ARB/09/20), sentence du 16 mai 2012, p. 87, §247. V. dans le même sens, CIRDI, *Señor Tza Yap Shum c. République du Pérou* (ARB/07/6), sentence du 7 juillet 2010, §148.

⁶⁴⁷ S.A. CNUDCI, *S.D. Myers c. Canada*, première sentence partielle du 13 novembre 2000, §263 et §268 ; CIRDI, *Lemire c. Ukraine*, §273 et §513(3) ; S.A. CNUDCI, *BG Group c. Argentine*, §298 et §303 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §511(c) ; S.A. CNUDCI, *AWG c. Argentine*, §276(c) ; CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §201(1) ; CIRDI, *Total S.A. c. République d'Argentine* (ARB/04/01), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §309(h) et §485(a) ; CIRDI, *Quiborax c. Bolivie*, sentence du 16 septembre 2015, §202 et §227. Pour des affaires qui ont qualifié une expropriation indirecte bien que la doctrine des *police powers* ait été reconnue voire appliquée, v. CIRDI, *Señor Tza Yap Shum c. Pérou*, sentence du 7 juillet 2010, §170 ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Copper Mesa Mining Corporation c. République de l'Équateur* (n°2012-2), sentence du 15 mars 2016, §6.67 ; CIRDI, *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt c. Hongrie*, sentence du 13 novembre 2019, §367 ; S.A.

Les interprétations des tribunaux arbitraux ont été la principale source de mécontentement des pays latino-américains à l'égard du régime international des investissements. L'application incohérente des critères pour qualifier une expropriation indirecte, par exemple, a contribué à leur donner l'impression qu'ils devraient s'abstenir d'adopter toute mesure réglementaire susceptible d'entraver la propriété de l'investisseur. Au demeurant, certains arbitres ont interprété les normes de protection des investissements avec souplesse⁶⁴⁸, se montrant plus déferents à l'égard du droit de réglementer de l'État-hôte.

Toutefois, l'analyse des tribunaux arbitraux reste très casuistique. Les paramètres d'orientation, développés par les sentences arbitrales, permettent seulement d'indiquer de quelle façon le droit de réglementer de l'État sera pris en compte dans l'interprétation des standards de protection des investissements, ce qui laisse peu de place à la sécurité juridique. Dans un objectif de sécurité et de prévisibilité juridiques, les États soucieux de préserver leur espace réglementaire seraient plus avisés de s'inscrire dans une logique de création normative⁶⁴⁹. Il s'agirait alors de donner un sens clair et précis au droit de réglementer en vue d'intérêts extra-économiques.

Le droit de réglementer a ainsi fait l'objet d'une attention particulière dans les négociations conventionnelles de certains États et a été placé au rang des enjeux majeurs d'une réforme globale du régime international des investissements, dont la nécessité était accentuée par la crainte de la frilosité réglementaire.

CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte* (n°2012-07), sentence finale du 23 décembre 2019, §232 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Olympic c. Ukraine*, §101.

⁶⁴⁸ CONDON (B. J.), « Treaty Structure and Public Interest Regulation in International Economic Law », *J.I.E.L.*, 2014, vol.17(2), p.349.

⁶⁴⁹ MUCHLINSKI (P.), « General Exceptions in International Investment Agreements – Preface » in. CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M. W.), NEWCOMBE (A.) (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, p.353 : « (...) a balanced approach to the rights and obligations of investors and host States is required. A suitably worded exceptions clause that leaves little room for doubt as to the legitimacy of certain regulatory actions (...) should allow for this balance to be realized. ».

Section 2. La nécessité de la réorientation du régime par la réforme conventionnelle

Malgré la déférence témoignée par certains tribunaux arbitraux envers le droit de réglementer de l'État, les différends réglementaires se sont multipliés, mettant en lumière la large marge de manœuvre de ces mêmes tribunaux et soulevant des interrogations, quant au risque de frilosité réglementaire en l'absence de dispositions permettant la préservation de ce droit dans les traités. Le droit des investissements, traversé par une crise de légitimité prégnante, a vu alors émerger un nouveau tournant dans l'élaboration des AII (§1). La question de la préservation de l'espace réglementaire de l'État dans les traités d'investissement, au centre de ce nouvel élan pour de nombreux pays dont ceux de l'Amérique latine, ne suscite guère d'interrogations quant à sa pertinence. Les accords signés depuis plus d'une décennie désormais témoignent de l'intégration d'un ensemble de dispositions en ce sens. Il s'agit néanmoins de déterminer quel serait le modèle d'intégration indiqué et les voies empruntées par la mosaïque latino-américaine dans ce cadre. Les modèles conventionnels développés par ces États témoignent alors d'une certaine convergence régionale (§2).

§1. La réorientation des instruments internationaux d'investissement en vue d'un rééquilibrage entre les intérêts des investisseurs et des États-hôtes

L'origine du risque de la frilosité réglementaire provient avant tout des AII conclus majoritairement dans les années 1990 et 2000, qui se concentraient uniquement sur la protection des intérêts des investisseurs. Ce déséquilibre, accentué progressivement par la prolifération des différends réglementaires et de nouveaux enjeux de protection d'intérêt public, a conduit les États à tenter de réorienter le régime international des investissements (A). Les années 2010 ont ainsi marqué l'ouverture d'une nouvelle étape dans le développement des AII, empreinte d'une volonté d'accorder plus de liberté réglementaire aux États et de soutenir le développement durable (B).

A. Les accords internationaux d'investissement, principales sources du risque de frilosité réglementaire

Le risque de frilosité réglementaire pour les États d'accueil des investissements a été mis en lumière, non seulement par la multiplication des RDIE, mais également par la nature de ces différends. Les politiques publiques conduites par les États, en vue de protéger l'intérêt public, se sont vues être contestées devant les tribunaux arbitraux, qui ont alors interprété et appliqué des standards de protection de l'investissement relativement concis et vagues. L'augmentation des arbitrages d'investissement dans les années 2000 a donc été le catalyseur qui a mis en exergue le fait que les États, notamment latino-américains, aient, par le biais des traités, délégué des droits aux investisseurs étrangers, sans contrebalancer avec des dispositions relatives à leur droit de réglementer dans un tel contexte.

Ce n'est donc pas tant le mécanisme de l'arbitrage d'investissement ou les arbitres eux-mêmes qui portent le poids de la contrainte réglementaire sur les États-hôtes, mais les AII de première génération, conclus avant les années 2010⁶⁵⁰ :

« (...) les accords internationaux d'investissement – s'ils ne sont pas conçus correctement – peuvent limiter substantiellement la capacité des États à contrôler les investisseurs et leur investissement. Ceux-ci peuvent également exacerber le déséquilibre existant entre les droits et les obligations des investisseurs et compromettre la capacité des communautés affectées à amener les investisseurs à répondre de leurs actes (...) »⁶⁵¹.

Ces traités ont fait « passer le risque de changement réglementaire sur les épaules [des gouvernements] »⁶⁵², ce qui signifie que seuls les États ont les moyens d'en modifier leurs dispositions substantielles⁶⁵³.

⁶⁵⁰ V. par ex, AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, *op. cit.*, p.6 ; COLEMAN (J.), CORDES (K. Y.), JOHNSON (L.), « Human Rights Law and the Investment Treaty Regime », in. DEVA (S.), BIRCHALL (D.) (dir), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar Publishing, Royaume-Uni, 2020, pp.297-298.

⁶⁵¹ AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, *op. cit.*, p.3.

⁶⁵² JOHNSON (L.), VOLKOV (O.), « Les États sont imputables des changements réglementaires : comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationale », *IISD – Investment Treaty News*, vol.5(1), 2014, p.6.

⁶⁵³ STERN (B.), « The Future of International Law : A Balance Between the Protection of Investors and the State's Capacity to Regulate », in. SAUVANT (K. P.), ALVAREZ (J.), *The Evolving International Investment Regime : Expectations, Realities, Options*, O. U. P., Oxford, 2011, p.175.

De fait, ces accords ont conduit les États-hôtes, soucieux d'adopter des réglementations d'intérêt public, à procéder à un examen *ex ante* de celles-ci, et les tribunaux arbitraux à mener un examen *ex post* qui peut être fluctuant⁶⁵⁴. La prise en compte de la liberté normative de l'État dans le contentieux de l'expropriation indirecte illustre, à propos, les incertitudes juridiques induites par les traités de première génération. Le manque de clarté des obligations substantielles des traités a conduit au développement de doctrines d'interprétation qui formalisent des paramètres d'orientation.

La prise en considération du droit de réglementer de l'État se caractérise alors par le degré de déférence des arbitres envers celui-ci⁶⁵⁵. En somme, les arbitres auraient peu de choix – voire ne l'auraient pas – de donner effet aux considérations d'intérêt public si les AII étaient catégoriques à ce propos. Néanmoins, en l'absence de toute disposition relative à l'espace réglementaire de l'État, l'ambiguïté des accords ne saurait garantir un tel effet.

Le droit de réglementer de l'État s'exprime en particulier dans certains domaines jugés essentiels par la société civile internationale, tels que l'environnement⁶⁵⁶. En raison de la prise de conscience généralisée des problèmes environnementaux et de leurs effets sur les différentes branches du droit international public, les réglementations environnementales ont été au cœur des différends réglementaires les plus médiatisés. Les mesures adoptées par les États en vue de mettre en œuvre les objectifs de l'Accord de Paris ne réduiront pas la crainte de l'arbitrage d'investissement⁶⁵⁷, notamment en Amérique latine. En effet, plusieurs pays ont récemment adopté de nouvelles lois pour faire respecter les engagements en matière de changement climatique⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ V. DAVITTI (D.), HO (J.), VARGIU (P.), YILMAZ VASTARDIS (A.), « COVID-19 and the Precarity of International Investment Law », *Medium*, 2020, disponible à : <https://medium.com/iel-collective/covid-19-and-the-precarity-of-international-investment-law-c9fc254b3878>.

⁶⁵⁵ Anthea Roberts considère à ce propos que « *the failure of some arbitral tribunals (...) to allow States a sufficient margin to determine and implement various policy goals, has contributed to the legitimacy crisis in which the investment treaty system currently finds itself* », v. ROBERTS (A.), « The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », in., VAN DEN BERG (A. J.) (ed.), *Arbitration – The Next Fifty Years, 50th Anniversary Conference*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, vol.16, Geneva, 2011, p.173.

⁶⁵⁶ V. SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 225 et s.

⁶⁵⁷ FAUTEUX (P.), « Règlement des différends entre investisseurs et États et changements climatiques – Qui protège l'intérêt public ? », *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*, 2021, vol.30(2), p.15.

⁶⁵⁸ Par exemple, la Colombie a publié la loi sur l'action climatique en 2021, v. Ley 2169 de 2021, Diario Oficial No. 51.896 de 22 de diciembre de 2021 (v. http://secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2169_2021.html) ; le Chili a récemment promulgué une loi-cadre sur le changement climatique en juin 2022, v. Ley 21455 de 30 de mayo de 2022 (v. <https://bcn.cl/3h917>).

Pour autant, ces dernières années, les flux d'IDE entrant dans la région latino-américaine ont augmenté de plus de 50%⁶⁵⁹ et se sont tournés vers les secteurs minier et énergétique⁶⁶⁰, qui sont généralement liés aux mesures visant à relever les défis du changement climatique. Dès lors, l'Amérique latine pourrait faire face, dans les années à venir, à de nouveaux différends réglementaires sur fond de lutte contre les changements climatiques.

Les différends réglementaires soulèvent, à raison, des questions de politiques publiques et celle de savoir où réside la ligne « entre juger les politiques d'un État et juger les conséquences de telles politiques » pour les investisseurs⁶⁶¹. Ils témoignent du fait que les instruments internationaux d'investissement sont insuffisamment armés pour permettre la prise en considération des intérêts publics défendus par l'État⁶⁶². En l'absence de support conventionnel, le silence des traités quant au droit de réglementer de l'État a conduit les tribunaux à faire un arbitrage, en général, favorable aux droits des investisseurs. Les États, conscients de cet état de fait, ont alors initié un mouvement de réforme de leurs traités, en vue de rééquilibrer leurs dispositions. En effet, l'inégalité du système, réelle ou perçue, implique la nécessité de réorienter le régime international des investissements, dans l'intérêt des États-hôtes et de celui des investisseurs étrangers. Les protections des IDE qui surpassent les objectifs de politiques publiques peuvent s'avérer, au long-terme, également dommageables pour les investisseurs⁶⁶³.

En conséquence, la CNUCED relevait à la fin des années 2000 un ralentissement de la conclusion d'AII et surtout de TBI. Si à la fin de l'année 2005, il y avait presque 2500 TBI conclus dans le monde⁶⁶⁴, on en dénombrait 2701 en 2009⁶⁶⁵. Désormais, les 3300 AII existants comptent 2871 TBI⁶⁶⁶, après avoir été, par exemple, de 2923 en 2014⁶⁶⁷.

⁶⁵⁹ CNUCED, *World Investment Report 2022*, op. cit., p.15 (augmentation de 56%) ; CNUCED, *World Investment Report 2023*, op. cit., p.13 (augmentation de 51%).

⁶⁶⁰ *Idem*.

⁶⁶¹ STERN (B.), « Are Some Disputes Too Political to Be Arbitrable? », *ICSID Review – FILJ*, 2009, vol.24(1), p.104.

⁶⁶² AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, op. cit., p.4. ; v. également DAVITTI (D.), HO (J.), VARGIU (P.), YILMAZ VASTARDIS (A.), op. cit. ; WANG (W.), « The Non-Precluded Measure Type Clauses in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions », *ICSID Review – FILJ*, 2017, vol.32(2), 2017, p.451.

⁶⁶³ KALDERIMIS (D.), « Investment Treaties and Public Goods », *T.D.M.*, 2010, vol.7(1), p.18.

⁶⁶⁴ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, op. cit., p.1.

⁶⁶⁵ UNCTAD, « Recent Developments in International Investment Agreement: 2008-june 2009 », op. cit., p.2.

⁶⁶⁶ UNCTAD, « The International Investment Treaty Regime and Climate Action », op. cit., p.2.

⁶⁶⁷ UNCTAD, « Recent Trends in IIA and ISDS », *IIA Issues Note*, n°1, 2015, p.2. ; v. également le graphique représentant le nombre de T.B.I. signés entre 1980 et 2017 in. UNCTAD, « Recent Developments in the International Investment Regime », *IIA Issues Note*, n°1, 2018, p.2, figure 1.

Cette tendance a été suivie par les conclusions de traités impliquant un État d'Amérique latine : 327 ont été conclus entre 1959 et 2000, puis 90 entre 2001 et 2010, et enfin 47 de 2011 à 2023⁶⁶⁸. En dehors de cette observation quantitative, c'est surtout le contenu des accords qui se trouve en pleine évolution⁶⁶⁹. La CNUCED envisageait ainsi l'émergence dans les années suivant le millénaire, d'une « *third stage in the history of post-war international investment rule-making* »⁶⁷⁰. Ainsi, le régime international des investissements et principalement de ses instruments juridiques, connaît depuis les années 2010 une nouvelle période, qualifiée par certains "d'approche de l'âge adulte", de "globale" ou encore de "réorientation"⁶⁷¹. Pour les pays latino-américains, il s'agit avant tout d'une troisième période. Une période de re-politisation des instruments internationaux d'investissement, fondée sur l'affirmation du droit de réglementer de l'État en vue d'intérêts publics.

B. L'émergence d'une nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement

Les traités d'investissement conclus depuis les années 2010 font partie de ce que l'on nomme la « nouvelle génération d'AII ». Cette expression désigne, au sens large, tous les AII qui incluent des références au développement durable, aux droits sociaux, à la protection de l'environnement ou encore au droit de réglementer, en vue de préserver les intérêts de l'État d'accueil⁶⁷². Elle a été employée dans un premier temps par la CNUCED pour désigner les traités qui, s'inspirant des modèles de TBI des États-Unis et du Canada de 2004, inséraient quelques-unes de ces références⁶⁷³. Cette nouvelle génération témoigne à la fois d'un éloignement du "*Dutch gold standard*"⁶⁷⁴ et d'un rapprochement des positions des pays développés et des PED sur la protection des intérêts des États⁶⁷⁵, bien que le contenu de leurs

⁶⁶⁸ V. CNUCED, Base de données *UNCTAD's IIA Monitor*.

⁶⁶⁹ UNCTAD, *International Investment Rule-Making...*, *op. cit.*, pp.40-41.

⁶⁷⁰ UNCTAD, *International Investment Rule-Making...*, *op. cit.*, p.41.

⁶⁷¹ v. ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms... », *op. cit.*, pp.75-93 (Anthea Roberts identifie trois étapes dans le développement du droit international des investissements eu égard aux règles substantielles, son enfance, son adolescence et son approche de l'âge adulte.) ; VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History... », *op. cit.*, pp.158-184 (Kenneth Vandeveld préfère parler de période coloniale, post-coloniale et de l'ère globale.) ; CNUCED, *World Investment Report 2015*, *op. cit.*, p.121, figure IV.1 (la CNUCED divise plutôt en quatre périodes : Era of Infancy (1950-1954), Era of Dichotomy (1965-1989), Era of Proliferation (1990-2007), Era of Re-orientation (2008-today)).

⁶⁷² SHAN (W.), « From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, vol.27(3), pp.652, 656.

⁶⁷³ CNUCED, « Recent Developments in International Investment Agreement », *IIA Monitor*, n°2, 2005, p.4.

⁶⁷⁴ LAVRANOS (N.), « The New EU Investment Treaties... », *op. cit.*, p.1.

⁶⁷⁵ KAUSHAL (A.), *op. cit.*, p.495.

traités soit diversifié. Certains États s'attachent particulièrement à clarifier le champ d'application des obligations substantielles, à exclure le RDIE ou à lui préférer des mécanismes alternatifs de résolution des différends, à insérer de nouvelles références et même de nouvelles dispositions en vue de garantir leur liberté réglementaire.

La nouvelle génération se caractérise particulièrement par des AII qui insèrent une référence aux intérêts de l'État-hôte ou qui en combinent plusieurs, afin d'accorder plus d'espace réglementaire en matière de politique publique aux États et d'empêcher ainsi le développement de la frilosité réglementaire⁶⁷⁶. Leur approche est selon la CNUCED : « *more integrated, inclusive and elaborate* »⁶⁷⁷. Cette approche s'inscrit notamment dans un mouvement, plus large, de révision des modèles de TBI par les États, de réexamen de leur réseau conventionnel et de ses implications pour le développement, ou encore de dénonciation de leurs TBI⁶⁷⁸.

Afin de parer aux interprétations contradictoires et défavorables des tribunaux arbitraux, les dispositions substantielles des AII deviennent plus sophistiquées⁶⁷⁹. Les États cherchent alors à élaborer leurs accords avec plus de précision et de fermeté, veillant à ce que les formulations employées dans le texte reflètent davantage leurs objectifs d'intérêt public et réaffirment, voire renforcent, leur droit de réglementer. La nouvelle génération d'AII témoigne d'un changement de paradigme dans lequel le droit international des investissements doit désormais conduire au développement durable pour tous⁶⁸⁰. Le rôle de cette nouvelle génération de politiques d'investissement est également reconnu par le Programme d'action d'Addis-Abeba, issu de la troisième Conférence des Nations Unies sur le financement du développement⁶⁸¹ dans lequel il est déclaré que :

« La volonté de protéger et d'encourager l'investissement ne doit pas compromettre notre capacité de poursuivre des objectifs de politique publique. Nous nous efforcerons de rédiger des accords relatifs au commerce et à l'investissement comportant des garanties appropriées de façon à ne pas empêcher l'adoption de politiques et de lois allant dans le sens de l'intérêt général. »⁶⁸².

⁶⁷⁶ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1044. V. également, MUCHLINSKI (P.), « Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in the Reform of International Investment Law », *in*. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., 2013, p.412.

⁶⁷⁷ CNUCED, *World Investment Report 2010*, *op. cit.*, p.83

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p.85

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pp.86-87.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p.153. V. également, UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2016, n°1, p.1 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, *op. cit.*, p.17.

⁶⁸¹ A.G.N.U., Résolution 69/313, Programme d'action d'Addis-Abeba, adoptée le 27 juillet 2015.

⁶⁸² A.G.N.U., Résolution 69/313, Programme d'action d'Addis-Abeba, adoptée le 27 juillet 2015, p.30, §91.

Ainsi, le travail de la CNUCED sur la réforme du régime international des investissements s'est initié en 2010, en insistant sur la nécessité de tenir compte de plus vastes problématiques dans les AII⁶⁸³. La publication du « Cadre de politique d'investissement pour un développement durable » en 2012 a été l'occasion de présenter des options concrètes de réforme⁶⁸⁴, et a été révisé et complété dans les années suivantes par le « Plan d'action pour réformer le régime des AII »⁶⁸⁵. Celui-ci peut servir de point de référence pour les gouvernements⁶⁸⁶ et expose les cinq enjeux majeurs de la réforme des AII : préserver le droit de réglementer dans le but d'atteindre les objectifs de développement durable, améliorer le règlement des différends (notamment le RDIE), assurer un investissement responsable, promouvoir et faciliter l'investissement et, améliorer la cohérence du système⁶⁸⁷. En vue de la réalisation de cette réforme, le Cadre développé par la CNUCED répertorie les différents critères d'orientations qui peuvent être adoptés par les États⁶⁸⁸.

La modification du contenu des AII s'avérerait en effet nécessaire compte tenu du fait que :

« [l]es accords de première génération perpétuent les incohérences. Leur maintien en vigueur entraîne des chevauchements, une fragmentation des relations conventionnelles et des problèmes de compatibilité. »⁶⁸⁹.

La question de la nécessité d'une réforme des accords ne se posait plus, les interrogations se tournant désormais vers ce qu'il faut réformer, de quelle manière et dans quelle mesure⁶⁹⁰. Le Cadre présenté par la CNUCED, ainsi que les différents critères d'orientation de la réforme

⁶⁸³ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010 - Vue d'ensemble - Investir dans une économie à faible intensité de carbone*, New York, 2010, p.21.

⁶⁸⁴ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 - Vue d'ensemble - Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, New York, 2012, pp.29-46.

⁶⁸⁵ CNUCED, *World Investment Report 2015*, op. cit., pp.119-173. V. également, CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, op. cit., 157p. À la suite du Cadre de politique d'investissement et du Plan d'action pour la réforme, la CNUCED a publié la « Feuille de route pour la réforme des AII » en 2018 et l'« Accélérateur pour la réforme des AII » en 2020, v. CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Publications des Nations Unies, New York, 2018, 119p ; CNUCED, *International Investment Agreements. Reform Accelerator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, Publications des Nations Unies, Genève, 2020, 30p.

⁶⁸⁶ UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2016, n°1, p.4.

⁶⁸⁷ CNUCED, *World Investment Report 2015*, op. cit., p.128, 133.

⁶⁸⁸ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, op. cit., pp.91-121.

⁶⁸⁹ CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2. Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, Cinquième session*, Genève, 9-11 octobre 2017, Document TD/B/C.II/MEM.4/14, p.3, §3(c).

⁶⁹⁰ CNUCED, *World Investment Report 2015*, op. cit., p.120.

associés, a conduit à l'élaboration de la base de données « *IIA Mapping Project* »⁶⁹¹ dont le navigateur permet d'examiner les traités qui répertorient ces différents indicateurs. Outre le fait que la préservation de l'espace réglementaire des États a été placée au premier rang des objectifs de la réforme, qu'elle est au cœur des inquiétudes relatives à la frilosité réglementaire, il convient également de souligner son effet d'entraînement sur l'ensemble du système⁶⁹². Dans la perspective d'une réorientation des instruments internationaux de protection de l'investissement en Amérique latine, cet effet peut être apprécié tant en termes de solutions novatrices que de moyens de préservation de l'espace réglementaire qui se reflètent par l'intégration de diverses dispositions dans les traités⁶⁹³.

Ainsi, la perspective d'un nouveau tournant dans le régime international des investissements s'est progressivement concrétisée lorsque les États ont commencé à revenir sur leurs accords d'investissement aux moyens de résiliations, d'amendements, de renégociations ou encore de déclarations interprétatives conjointes, en vue de rééquilibrer les intérêts investisseur-État⁶⁹⁴. Les gouvernements ont en effet commencé à considérer non seulement la quantité des investissements mais également leur qualité. Par ailleurs, si certains de ces accords comprennent des dispositions relatives aux droits humains, aux droits sociaux – par exemple à la responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE ») – ou au développement durable, elles sont généralement plus exhortatoires que juridiquement contraignantes⁶⁹⁵. Pour le moment, les AII ne contiennent aucune obligation pour les investisseurs dans ces domaines mais l'évolution de leur contenu reste un vecteur de rééquilibrage entre leurs droits et leurs responsabilités⁶⁹⁶.

⁶⁹¹ CNUCED, « *UNCTAD's International Investment Agreements Navigator* », disponible à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> et « *IIA Mapping Project* », disponible à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>. La base de données de la CNUCED recense tous les traités liés à l'investissement – qu'il s'agisse de TBI ou de traité avec des dispositions relatives à l'investissement – cartographiés de façon collaborative par des universités dans le monde.

⁶⁹² V. CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, op. cit., p.22.

⁶⁹³ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, op. cit., pp.91, 92-104.

⁶⁹⁴ UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2019, n°3, pp.4-7. Par exemple, tous les accords internationaux d'investissement « conclus en 2020 contiennent des dispositions orientées vers la réforme visant à protéger l'espace réglementaire et à promouvoir l'investissement durable », v. CNUCED, *World Investment Report 2021 – Investing in Sustainable Recovery*, Publications des Nations Unies, Genève, 2023, p.131.

⁶⁹⁵ V. par ex., CHOUDHURY (B.), « Investor Obligations for Human Rights », *ICSID Review – FILJ*, 2020, vol. 35(1-2), pp.88-92 ; SEIF (I.), « Business and Human Rights in International Investment Law: Empirical Evidence », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (dir), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapour, 2021, pp.1766 (qui conduit une analyse des dispositions sur la RSE).

⁶⁹⁶ V. 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(1), not. p.128 ; AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, op. cit., p.17. En parallèle, les PED continuent d'être très actifs à l'endroit de cette question, qui touche bien souvent leurs territoires plus que d'autres. La « Résolution Équateur », adoptée par le Conseil des droits de l'Homme des Nations

Les États, tirant les leçons des problèmes survenus dans les décennies précédentes, ont décidé depuis les années 2010 de repenser leurs approches en matière d'investissement international. Si l'on s'accorde sur la nécessité d'une réforme, des divergences demeurent quant à la méthode, la portée et le contenu exact de celle-ci⁶⁹⁷. De fait, les initiatives de réforme s'observent aux échelles multilatérale, régionale et nationale.

C'est le cas du processus de réforme des AII engagé par la CNUCED et des discussions sur la réforme du RDIE qui se déroulent depuis 2017 sous l'égide du Groupe de travail III de la CNUDCI. Celui-ci a décidé de s'intéresser à des « questions transversales » notamment celle de la frilosité réglementaire⁶⁹⁸ et par conséquent du droit de réglementer⁶⁹⁹. À l'échelle régionale et nationale, les pays ont également entrepris plusieurs actions telles que résilier leurs AII de première génération, dénoncer la Convention de Washington mais aussi adopter de nouveaux modèles de TBI et de traités de nouvelle génération⁷⁰⁰. La plupart de ces accords contiennent des dispositions visant à sauvegarder le droit de réglementer, incluent des objectifs de développement durable et des dispositions dans le but de minimiser l'exposition à l'arbitrage d'investissement.

Ces accords témoignent des intentions des États de sortir du modèle de seule protection des investissements et investisseurs étrangers, et de passer à un modèle plus équilibré d'investissements pour le développement durable⁷⁰¹.

Unies en 2014, a permis de créer un groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales, v. AGNU, CDH, Résolution A/HRC/RES/26/9, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, adoptée le 26 juin 2014. Les représentants de l'Afrique du Sud et de l'Équateur ont présenté le projet de Résolution qui avait pour auteurs principaux l'Afrique du Sud et l'Équateur et pour coauteurs la Bolivie, Cuba et le Venezuela. L'Algérie, Le Salvador, le Nicaragua et le Sénégal se sont joints ultérieurement aux auteurs.

⁶⁹⁷ NIKIEMA (S.-H.), « Élaborer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis », Note d'information pour la série des webinaires de l'IISD sur le droit et la politique des investissements, *IISD*, 2018, p.1.

⁶⁹⁸ CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), *Résumé de la réunion intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) présenté par le Gouvernement de la République de Corée*, A/CN.9/WG.III/WP.214, New York, 14-18 février 2022, §§50-51 ; CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 5-16 septembre 2022)*, A/CN.9/1124, Vienne, 3-21 juillet 2023, §103.

⁶⁹⁹ CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, Note du Secrétariat, Quarante-sixième session, 26 juillet 2023, A/CN.9/WG.III/WP.231, 13p.

⁷⁰⁰ CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Publications des Nations Unies, New York, 2017, p.101.

⁷⁰¹ UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2016, n°1, p.5.

§2. Les ajustements des modèles conventionnels et des accords régionaux en Amérique latine en vue de préserver le droit de réglementer de l'État

La modélisation conventionnelle est un « développement du droit international économique qui ne trouve aucun équivalent en droit international général »⁷⁰². La plupart des États, exportateurs comme importateurs de capitaux, ont adopté des modèles de traités qui correspondent à « des prototypes ou à des maquettes de TBI, destinés à être ajustés à chaque relation bilatérale »⁷⁰³. Ces derniers ont vocation à être reproduits lors des négociations de traité d'investissement avec leurs partenaires économiques. Bien que les États ne prennent aucun engagement, en ce que la rédaction du modèle peut ne pas être retenue en raison des modifications proposées par le partenaire, « ils disposent d'un modèle clés en main »⁷⁰⁴. Les modèles, instruments de pédagogie internationale sur le plan technique et de politique économique en fonction de leur propagation⁷⁰⁵, représentent alors un enjeu de cohérence, au-delà du bilatéralisme (A). L'ensemble des TBI ont été négociés sur la base de modèles qui permettent, sans refléter l'état du droit positif, d'identifier les pratiques nationales en matière d'investissement international⁷⁰⁶. L'étude du mouvement latino-américain conduit ainsi à tenir compte des contributions récentes de certains modèles et à observer leur convergence (B).

A. La modélisation conventionnelle, un enjeu de cohérence

Le modèle conventionnel peut être défini comme :

« [U]n ensemble de clauses, arrêtées à titre indicatif soit par un État, soit par un groupe d'États, soit par une organisation internationale, pour fournir un canevas dans la négociation des instruments conventionnels – en général des instruments bilatéraux. »⁷⁰⁷.

⁷⁰² CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2017, 6^e éd., p.16.

⁷⁰³ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.96.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p.47.

⁷⁰⁵ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.16.

⁷⁰⁶ La majorité de ces modèles sont publiés par la CNUCED, à la fois dans leur publication *International Investment Agreements : a Compendium*, dont il existe à ce jour quatorze volumes, publiés jusqu'à 2005, et par le biais de sa base de données « *UNCTAD's IIA Navigator* », v. CNUCED, *IIA: a Compendium*, vol.I-XIV, 1996-2005, disponibles à : [https://unctad.org/publications-search?f\[0\]=product%3A526](https://unctad.org/publications-search?f[0]=product%3A526) ; CNUCED, Base de données en ligne, *Model Agreements*, disponible à : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

⁷⁰⁷ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.568.

Les modèles sont alors d'une portée juridique limitée en ce qu'ils sont dépourvus de valeur juridique et dépendent des comportements des États⁷⁰⁸. L'élaboration d'un modèle conventionnel est un élément de la pratique d'un État. Il s'agit d'un « *statement of what that State considers to be an acceptable basis for bilateral negotiations.* »⁷⁰⁹. Pourtant, ils bénéficient d'une autorité de fait, qu'ils exercent sur les instruments juridiques qui se greffent à lui, et qui dépendra tant de son élaboration technique que de son degré d'acceptabilité sur le plan politique⁷¹⁰. En effet, lorsque les États concluent de nouveaux traités ou révisent des conventions existantes, ils ont tendance à se conformer au modèle établi et à tenir compte, pour leur interprétation, des commentaires formulés sur chaque disposition qu'il contient.

Au regard des 3265 AII conclus en quelques décennies, qui recouvrent 2830 TBI et 435 traités avec des dispositions sur l'investissement⁷¹¹, le rôle des modèles conventionnels sur l'essor des TBI et leur influence sur leurs négociations est difficilement contestable. Les modèles ont contribué à l'élaboration des droits et des obligations en matière d'investissement international et à la transformation de l'univers des AII qu'ils ont inspirés. L'adoption de modèles conventionnels ne revient pas seulement pour les pays développés à une consolidation de leurs relations d'investissement, ni pour les PED à un jeu de mimétisme conventionnel fondé sur leur retard ou leur manque d'expérience dans la mise en place de ces instruments⁷¹². Les négociations bilatérales en matière d'investissement ont été longuement dominées par les propositions des modèles conventionnels des pays développés aux PED et inscrites dans une logique de proposition-acceptation⁷¹³. Toutefois, l'acquisition progressive par les PED de la capacité de négocier, les place désormais sur un pied d'égalité⁷¹⁴ : les uns comme les autres possèdent ainsi leur propre modèle conventionnel sur lequel se fondent les divers TBI qu'ils concluent⁷¹⁵. Dès lors, l'initiative d'élaboration de leur propre modèle par certains PED mérite d'être soulignée⁷¹⁶.

⁷⁰⁸ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.369

⁷⁰⁹ McLACHLAN (C.), « Investment Treaties and General International Law », *I.C.L.Q.*, 2008, vol.57(2), p.394.

⁷¹⁰ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.568.

⁷¹¹ CNUCED, *World Investment Report 2023*, *op. cit.*, p.71.

⁷¹² CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, pp.568-569.

⁷¹³ *Ibid.*, p.17.

⁷¹⁴ *Idem.*

⁷¹⁵ *Ibid.*, p.539.

⁷¹⁶ Sur les 88 modèles de TBI recensés par la CNUCED, environ la moitié sont attribués aux PED, v. CNUCED, Base de données *UNCTAD's IIA Monitor*.

Bien que la majorité des TBI conclus par les pays latino-américains, à partir des années 1990, ont été calqués sur les modèles conventionnels des pays développés, il ne faut pas écarter le développement de leurs propres modèles, en particulier au début de ce siècle, au vu des enjeux que représente la modélisation conventionnelle. De fait, « [l]a révision ou l'élaboration d'un modèle conventionnel fait (...) partie de la "boîte à outils" à la disposition des pays qui souhaitent répondre aux préoccupations soulevées par les traités de première génération. »⁷¹⁷. Cette tendance, connue pour des États tels que les États-Unis ou le Canada, s'est renforcée à l'échelle des PED. Dès les années 2010, certains pays latino-américains, tels que le Brésil⁷¹⁸, la Colombie⁷¹⁹, l'Équateur⁷²⁰, le Guatemala⁷²¹ ou encore le Pérou⁷²², ont adopté ou révisé leurs modèles⁷²³, qui ont déjà pu être expérimentés dans des accords récemment négociés. C'est le cas en particulier des Accords de coopération et de facilitation des investissements (ci-après « ACFI ») conclus par le Brésil et des TBI conclus par la Colombie⁷²⁴. L'Amérique latine constitue ainsi un laboratoire d'approches novatrices quant à la réforme du régime international des investissements.

⁷¹⁷ NIKIEMA (S.-H.), « Élaborer un modèle de traité d'investissement... », *op. cit.*, p.1.

⁷¹⁸ Modèle d'Accord de coopération et de facilitation des investissements du Brésil, 2015, v. CNUCED, Base de données en ligne, *Model Agreements*, *supra*, note 706.

⁷¹⁹ Modèles de TBI de la Colombie, 2011 et 2017, v. CNUCED, Base de données en ligne, *Model Agreements*, *supra*, note 706.

⁷²⁰ Le nouveau modèle de « Convenio Bilateral de Inversión » présenté par l'Équateur en 2018 se fonde sur les conclusions de la CAITISA, v. *supra*, note 498. S'il a été présenté par le ministère des Relations extérieures et de la mobilité urbaine équatorien, il n'a fait l'objet d'aucune publication, v. Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégies de renégociation, de réforme et de défense*, Cartagena, 27 février-1^{er} mars 2019, Publication de l'IISD, p.19, disponible à : <https://www.iisd.org/system/files/material/12e-forum-annuel-rapport-fr.pdf>.

⁷²¹ Modèle de TBI du Guatemala, 2010, v. CNUCED, Base de données en ligne, *Model Agreements*, *supra*, note 706. Le Guatemala a révisé son modèle en 2013, sans qu'il ne fasse l'objet d'une publication.

⁷²² Le Pérou a adopté un nouveau modèle de TBI en 2020, qui n'a fait l'objet d'aucune publication, v. CNUCED, Base de données en ligne, *Model Agreements*, *supra*, note 706.

⁷²³ V. GRANT (K.), *op. cit.*, p.1138.

⁷²⁴ À la question de savoir quelle est l'utilité d'un modèle de TBI, le ministère du Commerce, de l'Industrie et du Tourisme, sur sa page internet officielle, déclare : « *El Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones es el punto de partida con el que se negocia este tipo de tratados internacionales. En ellos, está plasmada la visión de Colombia de cuáles deberían ser las reglas de juego para los inversionistas colombianos en los países con los que se suscriba un Acuerdo Internacional de Inversiones y que estamos dispuesta a garantizar también para los inversionistas extranjeros en Colombia.* » (Le Modèle de l'Accord International des Investissements est le point de départ à partir duquel se négocie ce type de traités internationaux. En eux, sont exprimés la vision de la Colombie de ce que devraient être les règles du jeu pour les investisseurs colombiens dans les pays avec lesquels il est conclu un Accord International d'investissements et que la Colombie est également prête à garantir pour les investisseurs étrangers. [Traduction libre]), v. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Consulta pública BIT modelo colombiano, 2021, disponible à : <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano>.

Dans le cadre du onzième Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, qui s'est déroulé à Nairobi en 2018, les États participants ayant révisé leur modèle de TBI, et renégocié ou mis fin à des TBI, ont convenu que de nombreux PED considèrent encore les TBI comme un symbole d'amitié, jusqu'à ce qu'ils soient impactés par des affaires de RDIE⁷²⁵. Ils ont également indiqué qu'il était difficile de faire le premier pas en termes de réforme des TBI pour plusieurs raisons, au premier rang desquelles : le refus de certains pays développés de renégocier les accords et leur tentative de les convaincre que la résiliation des TBI conduirait tous les investisseurs étrangers à quitter leur territoire, ou encore la difficulté de résister à la pression internationale⁷²⁶. Toutefois, ils ont insisté sur la nécessité de se concentrer sur les objectifs de développement durable pour répondre aux besoins de leurs pays et, de protéger la souveraineté et leur droit de réglementer⁷²⁷.

L'évolution des modèles conventionnels témoignent alors de la prise en considération des revendications nationales, et d'une modification du contenu des accords en réponse aux critiques adressées à l'encontre du système international de protection des investissements. Les AII de première génération, fondés sur les anciens modèles des pays développés, ont été conçus dans un contexte de libéralisme économique, de sorte que leur objectif était essentiellement de protéger les investisseurs. En raison des lacunes que ces modèles comportaient, au regard des perspectives actuelles de l'investissement international et des problématiques soulevées dans les décennies précédentes, les États ont décidé depuis les années 2010 de repenser leurs approches en matière d'investissement international⁷²⁸.

Les nouveaux modèles et accords permettent de prendre en compte les intérêts des États et visent à assurer davantage d'équilibre dans le balancier investisseur-État. Ils tiennent compte d'un ensemble d'indicateurs énumérés par la CNUCED⁷²⁹, au premier rang desquels figurent ceux qui permettent de préserver le droit de réglementer des États dans l'intérêt général. Parmi les exemples les plus significatifs et les mieux achevés de ce mouvement en Amérique latine se trouvent les modèles colombien et brésilien. De plus, les accords conclus à l'échelle régionale

⁷²⁵ Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : De la protection bilatérale à... ?*, op. cit., p.14.

⁷²⁶ *Idem*.

⁷²⁷ *Idem*.

⁷²⁸ CNUCED, *World Investment Report 2010*, op. cit., p.85

⁷²⁹ V. *supra*, notes 688 et 691.

témoignent d'une adaptation intrarégionale des modèles développés à l'échelle nationale et contribuent à la convergence du cadre juridique des investissements en Amérique latine.

B. La contribution de certains modèles à la cohérence régionale des accords d'investissements en Amérique latine

À l'appui des modèles conventionnels du Brésil et de la Colombie, ou encore des Protocoles relatifs à l'investissement de certaines organisations régionales latino-américaines, on peut observer les fondations, si ce n'est d'une approche uniforme des instruments juridiques relatifs aux investissements, d'un mouvement cohérent, fondé sur une même intention : celle de préserver le droit de réglementer de l'État.

Traditionnellement, le Brésil s'est montré réticent à adhérer au régime international de protection des investissements, en raison de ses doutes, quant au rôle des AII dans l'attraction des IDE, et de ses craintes que les clauses de RDIE ne limitent l'exercice de son droit de réglementer⁷³⁰. Pourtant, depuis 2015, le Brésil a élaboré un nouveau type d'AII, proposé aux États africains⁷³¹, latino-américains⁷³² et asiatiques⁷³³, de même qu'au MERCOSUR⁷³⁴ : les accords de coopération et de facilitation de l'investissement⁷³⁵. Bien que ce pays, malgré sa position particulière, ait toujours été l'un des importateurs de capitaux les plus importants de la région latino-américaine⁷³⁶, c'est son rôle d'exportateur de capitaux qui a joué un rôle décisif dans la conception récente de cette initiative⁷³⁷.

⁷³⁰ MAGGETTI (M.), CHOER MORAES (H.), « The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption », in. DUNLOP (C.), RADAELLI (C.), TREIN (P.) (eds), *Learning in Public Policy: Analysis, Modes and Outcomes*, éd. Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018, pp.299-301 ; MAMANI PRIETO (W. A.), *op. cit.*, p.555.

⁷³¹ Le Brésil a signé des ACFI avec le Mozambique, l'Angola, et le Malawi en 2015 ; avec l'Éthiopie en 2018 ; et avec le Maroc en 2019, v. CNUCED, Base de données « *UNCTAD's IIA Navigator* ».

⁷³² Le Brésil a signé des ACFI avec le Mexique, la Colombie et le Chili en 2015 ; en 2018 avec le Suriname et Guyana ; et en 2019 avec l'Équateur, v. CNUCED, Base de données « *UNCTAD's IIA Navigator* ».

⁷³³ Le Brésil a signé des ACFI avec les Émirats Arabes unis en 2019 et avec l'Inde en 2020, v. CNUCED, Base de données « *UNCTAD's IIA Navigator* ».

⁷³⁴ Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, signé le 7 avril 2017, entré en vigueur le 30 juillet 2019 (Protocole d'investissement intra-MERCOSUR (2017)).

⁷³⁵ Pour une analyse comparative de certains ACFI, v. BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), DIETRICH BRAUCH (M.), *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreement (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, Publications de l'IISD, 2015, 16p.

⁷³⁶ CHOER MORAES (H.), HEES (F.), « Breaking the BIT Mold : Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreement », *A.J.I.L. Unbound*, vol.112, 2018, p.198.

⁷³⁷ CHOER MORAES (H.), HEES (F.), *op. cit.*, p.198 ; MAGGETTI (M.), CHOER MORAES (H.), *op. cit.*, pp.306-308. V. également, SANCHEZ BADIN (M. R.), MOROSINI (F.), « Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation

Le modèle d'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ci-après « ACFI ») combine un ensemble de règles qui visent à « faciliter » – et non plus à « protéger » – l'investissement et qui accordent un espace au droit de réglementer de l'État⁷³⁸. De plus, il encourage la prévention des différends relatifs aux investissements en établissant un cadre institutionnel clair.

Parmi les dispositions notables, la clause relative à l'expropriation ne vise que l'expropriation directe et la nationalisation⁷³⁹. Quant à la clause relative au traitement national, elle ne couvre que certaines activités économiques⁷⁴⁰. Plus généralement, les ACFI ne couvrent pas les normes de protection de l'investissement traditionnelles et ne prévoient pas le recours au RDIE⁷⁴¹. Le Brésil propose plutôt de faciliter l'interaction entre les investisseurs étrangers et les autorités locales, par le biais des « Points focaux nationaux »⁷⁴² établis dans les États-hôtes en vue d'évaluer les plaintes des premiers, de recommander les actions appropriées à l'amélioration de leur environnement économique, et de rechercher la prévention des différends⁷⁴³. Les ACFI se concentrent sur l'anticipation de toute lacune réglementaire dans les États d'accueil grâce au « Comité mixte », sans avoir besoin de garantir des moyens de protection supplémentaires pour remédier aux lacunes futures⁷⁴⁴. De plus, les ACFI affirment clairement le droit de réglementer de l'État, particulièrement sur des questions de santé, de travail et d'environnement⁷⁴⁵ et réaffirment l'obligation des investisseurs de se conformer aux cadre juridique national⁷⁴⁶.

Ainsi, les ACFI offrent une protection substantielle réduite aux investissements et renforcent le droit de réglementer de l'État-hôte. En cas de différend, les ACFI reviennent à l'arbitrage

of Investments (ACFIs) », in. MOROSINI (F.), SANCHEZ BADIN (M. R.) (eds), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, C.U.P., New York, 2017, pp.188-217.

⁷³⁸ V. not. la déclaration de Pedro Paranhos (diplomate auprès du ministère des Affaires étrangères du Brésil), v. Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégies de renégociation, de réforme et de défense*, op. cit., pp.25-26.

⁷³⁹ TBI Brésil-Mozambique (2015), art. 9 ; TBI Brésil-Chili (2015), art. 7 ; TBI Brésil-Colombie (2015), art. 6 ; TBI Brésil-Mexique (2015), art. 6.

⁷⁴⁰ TBI Brésil-Malawi (2015), articles 5, 6.

⁷⁴¹ V. MAGGETTI (M.), CHOER MORAES (H.), op. cit., pp.308-309 ; MILCAR (J. D.), op. cit., p.13.

⁷⁴² TBI Brésil-Chili (2015), art. 19 ; TBI Brésil-Colombie (2015), art. 17 ; TBI Brésil-Mexique (2015), art. 15 ; Protocole Intra-Mercosur (2017), art. 18.

⁷⁴³ Modèle d'ACFI brésilien (2015), art.18. V. CHOER MORAES (H.), HEES (F.), op. cit., pp.197-198.

⁷⁴⁴ Modèle d'ACFI brésilien (2015), art.17. V. CHOER MORAES (H.), HEES (F.), op. cit., p.199

⁷⁴⁵ Modèle d'ACFI brésilien (2015), art.16 ; TBI Brésil-Chili (2015), articles 15 à 17 ; TBI Brésil-Colombie (2015), articles 13 à 15 ; TBI Brésil-Mexique (2015), art. 13.

⁷⁴⁶ Protocole d'investissement intra-Mercosur (2017), art. 13.

interétatique. Pour les partisans de ce type de traités, cette forme renouvelée de politisation des différends en matière d'IDE n'est pas nécessairement un inconvénient. En effet, elle ne diffère pas beaucoup des considérations politiques et diplomatiques qui impliquent déjà l'actuel système de RDIE⁷⁴⁷.

La Colombie est, à l'inverse, un pays qui a adhéré au système international de protection des investissements⁷⁴⁸ mais qui converge avec la démarche brésilienne, quant à la protection du droit de réglementer de l'État. Les premiers modèles de TBI de la Colombie étaient relativement calqués sur ceux des pays occidentaux et se limitaient, à chaque révision, à incorporer des mises à jour quant à la définition des normes internationales de protection des investissements, compte tenu des sentences arbitrales et des travaux de la CNUCED, sans pour autant y définir clairement ses propres intérêts⁷⁴⁹. Puis, à partir des modèles de 2009 et surtout de 2011, la Colombie a également inclus des dispositions pour préserver le droit de réglementer de l'État à travers des exceptions de politiques publiques. Elle a également défini avec plus de détails l'investissement et a clarifié les standards du traitement juste et équitable et de l'expropriation indirecte⁷⁵⁰. Le dernier modèle proposé par la Colombie est celui de 2017. Il en ressort l'intention que les futurs AII « *han de anticipar cláusulas que se armonicen con el ordenamiento interno y que reconozcan expresamente la indiscutible conservación del poder soberano del Estado para regular asuntos de interés público.* (doivent anticiper des clauses qui s'harmonisent avec l'ordre juridique interne et qui reconnaissent expressément la préservation indiscutable du pouvoir souverain de l'État pour réglementer des questions d'intérêt public [traduction libre]) »⁷⁵¹.

Le modèle colombien de 2017 apporte des aspects innovants et répond aux problématiques rencontrées par l'État notamment liées au RDIE⁷⁵². Le modèle vise à prévenir les abus du RDIE

⁷⁴⁷ V. GERTZ (G.), JANDHYALA (S.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), « Legalization, Diplomacy, and Development: Do Investment Treaties De-politicize Investment Disputes? », *World Development*, vol.107, 2018, pp.239-252.

⁷⁴⁸ V. LÓPEZ ROMERO (T.), « La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras : El caso Colombiano », *Revista Colombiana de derecho internacional*, vol.6, n°11, 2008, pp.79-80 ; ZAPATA (C.) et a., *Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia : Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales*, Universidad EAFIT, Serie Cuadernos de Investigación, Doc. N°54-032007, Medellín, 2007, pp.62-63, 74.

⁷⁴⁹ GARCÍA MATAMOROS (L. V.), « La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión », *A.C.D.I.*, vol.12, 2019, p.106.

⁷⁵⁰ V. Modèle de TBI de la Colombie, 2017, « Definiciones » et « Sección [BB] Estándares de trato » ; GARCÍA MATAMOROS (L. V.), *op. cit.*, pp.109, 111.

⁷⁵¹ GARCÍA MATAMOROS (L. V.), *op. cit.*, p.97.

⁷⁵² *Ibid.*, pp.109-110.

tout en offrant une protection aux investissements et aux investisseurs étrangers. Il précise les définitions de ces derniers et les normes de traitement qui leur sont applicables, afin de rendre l'instrument plus clair et de réduire toute ambiguïté quant à son interprétation⁷⁵³. De plus, il prévoit la possibilité des demandes reconventionnelles de l'État défendeur⁷⁵⁴ et la création d'un Conseil bilatéral d'investissement qui supervise l'application de l'accord signé. Ce n'est qu'avec le modèle de 2017 que la Colombie, qui était confrontée à plusieurs réclamations⁷⁵⁵, s'attache à : « *[limitar] los efectos frente a la enajenación de la soberanía estatal, así como la posibilidad de presentar reclamaciones infundadas o cuya causa generadora resida en asuntos circunscritos a la órbita regulatoria del Estado.* ([limiter] les effets face à l'aliénation de la souveraineté étatique, ainsi que la possibilité de présenter des demandes infondées ou dont le fait générateur réside dans des questions circonscrites au champ réglementaire de l'État [traduction libre]) »⁷⁵⁶. A cette fin, il prévoit également des exceptions conventionnelles dont l'importance a été soulignée par les autorités colombiennes⁷⁵⁷.

En parallèle, les États latino-américains ont adopté des approches régionales en matière d'investissement, considérant les avantages que cela peut apporter, tels que la réduction de la pression politique exercées sur eux et l'augmentation des ressources techniques dans les négociations d'AII, mais aussi la convergence vers un intérêt commun, la réponse aux besoins régionaux et le renforcement du processus d'intégration régionale⁷⁵⁸. La première approche notable est celle de l'Alliance du Pacifique, qui est une plateforme d'intégration régionale créée en 2011, visant à consolider une zone de libre-échange entre le Chili, la Colombie, le Pérou et

⁷⁵³ *Ibid.*, p.111.

⁷⁵⁴ V. Modèle de TBI de la Colombie, 2017, Anexo 2.

⁷⁵⁵ V. par ex., CIRDI, *América Móvil S.A.B. c. République de Colombie* (ARB(AF)/16/5) ; CIRDI, *Eco Oro c. Colombie* (ARB/16/41) ; CIRDI, *Glencore International A.G. and C.A. Prodeco S.A. c. République de Colombie* (ARB/16/6) ; S.A. CNUDCI, *Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy Inc. c. République de Colombie* ; CIRDI, *Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) c. République de Colombie* (UNCT/18/1).

⁷⁵⁶ GARCÍA MATAMOROS (L. V.), *op. cit.*, p.111.

⁷⁵⁷ V. la déclaration de M. Ariel Martins, Chef de l'organe responsable de la négociation des traités d'investissement auprès du ministère des Affaires étrangères argentin lors du onzième Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, v. Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : De la protection bilatérale à... ?*, *op. cit.*, p.26.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p.23.

le Mexique⁷⁵⁹. Dans cet objectif, les États membres ont adopté en 2014 un Protocole additionnel qui comporte un chapitre sur l'investissement⁷⁶⁰.

Ce Protocole, qui vise ainsi à promouvoir les investissements entre ces États peut sembler être une approche éloignée de celles de l'ALBA-TCP et de l'UNASUR. Néanmoins, il contient certaines dispositions destinées à préserver le droit de réglementer de l'État⁷⁶¹. Par ailleurs, le Brésil, qui n'est pas membre de cette Alliance a signé des ACFI avec ses membres, ce qui atteste des points de vue partagés par les pays d'Amérique latine sur la facilitation des investissements, principalement intrarégionaux, et la protection de leur liberté réglementaire. La seconde approche est celle du MERCOSUR dont les pays membres ont adopté un Protocole d'investissement en 2017⁷⁶², en grande partie fondé sur le modèle d'ACFI du Brésil.

Les modèles brésiliens et colombiens illustrent le mouvement dominant en Amérique latine, visant à remplacer le paradigme de la protection de l'investissement par celui du développement du droit de réglementer de l'État⁷⁶³, et plus largement, celui de re-politisation du régime international des investissements. Les traités élaborés à l'échelle régionale dans cette région témoignent également de cet élan.

⁷⁵⁹ Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, signé le 6 juin 2012, entré en vigueur le 20 juillet 2015, disponible à : <https://alianzapacifico.net/instrumentos-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>.

⁷⁶⁰ Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, signé le 10 février 2014, entré en vigueur le 1^{er} mai 2016, Capítulo 10.

⁷⁶¹ *Ibid.*, art.10.31, Anexo 10.12 ("Expropiación") §3(i).

⁷⁶² Protocole d'investissement intra-MERCOSUR (2017), v. *supra*, note 734.

⁷⁶³ V. MORISINI (F.), « Reconceptualizing the Right to Regulate in Investments Agreements: Reflections from the South African and Brazilian Experiences », *Society of International Economic Law*, Sixth Biennial Global Conference, 2018, p.7, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3209000>.

Conclusion du Chapitre 3

Les instruments internationaux de promotion et de protection des investissements, conclus depuis les années 2010, témoignent d'un élan qui vise à répondre aux critiques et aux inquiétudes suscitées par le régime des AII de l'ancienne génération. Le déséquilibre des intérêts entre les investisseurs étrangers et les États d'accueil s'est illustré particulièrement dans le champ de l'expropriation indirecte en raison de la multiplication des différends réglementaires. Malgré le développement de certaines doctrines et critères d'interprétation dans ce contexte, le déséquilibre systémique du balancier des intérêts investisseurs-États ne pouvait être résolu par la seule prise en considération, par quelques tribunaux arbitraux, du droit de réglementer et des intérêts poursuivis dans son exercice.

La nécessité d'une réforme des dispositions substantielles des AII de l'ancienne génération, dont l'ambiguïté et le manque de précision ont conféré aux arbitres leur marge d'interprétation discrétionnaire, s'est fait prégnante. Dès lors, il s'agissait de répondre aux interrogations quant aux moyens et à l'étendue de cette réforme. Les États ont progressivement conclu de nouveaux AII, appartenant à une nouvelle génération, qui prennent appui avant tout sur leurs modèles conventionnels. Ces derniers, source de cohérence face au maillage complexe des AII, témoignent, dans la région latino-américaine, d'une convergence des instruments internationaux de protection d'investissement, fondée sur la préservation de leur droit de réglementer. Si cette convergence s'observe dans leur résistance à l'égard du RDIE et plus particulièrement du CIRDI, elle prend principalement appui sur la révision de leurs AII. Les États latino-américains ont tiré les conséquences, en termes de coûts et de bénéfices, de leurs engagements conventionnels et ont fait le choix de les réajuster⁷⁶⁴. Leurs traités ont progressivement intégré un ensemble de dispositions permettant de garantir un environnement favorable et d'assurer une assise conventionnelle au droit de réglementer, qu'il convient notamment de définir à l'aune du contexte particulier dans lequel il s'exerce. L'examen de ces traités illustre à propos la formule de Lars Markert et Catharine Titi : « *States strike back* »⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ V. HAFTEL (Y.), THOMPSON (A.), *op. cit.*, p.26-28.

⁷⁶⁵ MARKERT (L.), TITI (C.), « States Strike Back – Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitrations » in. BJORKLUND (A.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014*, O.U.P, Oxford, 2015, pp.401-435. L. Markert et C. Titi soulignent que : « *In modern day investment arbitrations, states can no longer be seen as passive players suffering through a process conducted at their expense. They possess an impressive arsenal of means which enable them to "strike back" once an investor contemplates or has initiated arbitration.* » (p.401).

CHAPITRE 4

LE RÉGIME GENERAL DE PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

L'apparition d'une réaction "brutale" contre le régime du droit international des investissements⁷⁶⁶ s'est faite à la fin de la première décennie du 21^{ème} siècle, lorsque les États latino-américains ont été confrontés au plus grand nombre de requêtes en arbitrage de leur histoire⁷⁶⁷. Cette réaction, notamment fondée sur l'effet dissuasif envers l'activité réglementaire des États, a conduit les universitaires, les organisations internationales et les tribunaux d'arbitrage à accorder une plus grande attention au droit de réglementer de l'État⁷⁶⁸. Elle a d'autant plus conduit les États, en particulier en Amérique latine, à élaborer leurs traités en y insérant un ensemble de dispositions en vue de garantir leur droit de réglementer. De fait, comme l'ont souligné Howard Mann et Konrad von Moltke : « *the most important of host State rights – the right to regulate – is not in the gift of an investment agreement* »⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ V. WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K.-H.), BALCHIN (C.), *op. cit.*, liv+614p.

⁷⁶⁷ HAMILTON (J. C.), ROCHE (M.) « Developments in Latin American Arbitration Law », *T.D.M.*, vol.6(4), 2009, p.12.

⁷⁶⁸ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante-troisième session*, A/CN.9/1124, *op. cit.*, §103 ; CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-neuvième session*, Vienne, 2020, A/CN.9/1044, §23 ; CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session*, New York, 2019, A/CN.9/970, §36 ; AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », A/76/238, *op. cit.*, 28p ; CNUDCI, Groupe de travail III, *Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, A/CN.9/WG.III/WP.231, *op. cit.*, p.7, Projet de disposition 12. Cette proposition est présentée ultérieurement, au chapitre 8 de la présente thèse. Sur les questions liées à la définition du « droit de réglementer », v. par ex. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, 376p ; HENCKELS (C.), « Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », *J.I.E.L.*, vol.15(1), 2012, pp.223-255 ; STUMBERG (R.), *op. cit.*, pp.382-441 ; MOUYAL (L. W.), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, Routledge, New-York, 2016, 282p ; LEVASHOVA (Y.), *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, 320p ; KORZUN (V.), *op. cit.*, pp.355-414.

⁷⁶⁹ MANN (H.), MOLTKE (K. V.), *Southern Agenda on Investment ? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development Pub., Winnipeg, 2005, p.11.

Il convient alors de revenir sur l'acception de cette notion dans le contexte particulier des investissements pour déterminer sous quelles formes elle se manifeste dans les traités. Cela permet alors d'élaborer un cadre d'analyse précis qui permet d'examiner l'étendue de son incorporation dans les AII latino-américains (**Section 1**). Le droit de réglementer, qui acquiert droit de cité dans les traités⁷⁷⁰, se trouve conforté par un ensemble de références qui permettent d'encourager une interprétation favorable aux intérêts de l'État, et de renforcer la protection qui lui est garantie par les exceptions conventionnelles. Il s'agira également d'exposer l'étendue de ce phénomène dans les AII latino-américains (**Section 2**).

Section 1. L'insertion du droit de réglementer dans les instruments internationaux d'investissement

Le droit de réglementer a été placé au premier rang de la réforme des traités d'investissement par la CNUCED, considérant que :

« The right to regulate is an expression of a country's sovereignty. Regulation includes both the general legal and administrative framework of host countries as well as sector – or industry – specific rules. Regulation is not only a State right, but also a necessity. (...) The authority to regulate can (...) be subject to international obligations that countries undertake; with regard to the treatment of foreign investors this often takes place at the bilateral or regional level. International commitments thus reduce "policy space". This principle advocates that countries maintain sufficient policy space to regulate for the public good. »⁷⁷¹.

Le mouvement de re-politisation des instruments internationaux de protection de l'investissement en Amérique latine depuis 2010 étant fondé sur l'articulation de leur droit de réglementer, il convient d'en appréhender précisément la notion. D'une part, le droit de réglementer de l'État en droit international des investissements doit être distingué du droit de réglementer issu du droit international général (§1). D'autre part, son assise conventionnelle dans les AII revêt différentes formes et requiert une délimitation qui compose ainsi notre cadre analytique (§2).

⁷⁷⁰ V. not. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.95.

⁷⁷¹ CNUCED, *World Investment Report 2012*, op. cit., p.109.

§1. L'émergence du fondement conventionnel du droit de réglementer en droit des investissements

Le droit de réglementer, au sens du droit international général, demeure le principe en droit international des investissements. Il se trouve pourtant « battu en brèche par la "préférence pour l'investisseur" »⁷⁷² dont témoignent le contenu des AII et les interprétations qu'en donnent les tribunaux arbitraux appelés à se prononcer sur leur application. Le silence des traités, quant à la liberté normative de l'État, conduit à ce qu'il ne conserve qu'une « souveraineté résiduelle »⁷⁷³. Les AII tendent désormais à consacrer une place privilégiée au « droit de réglementer » de l'État et aux intérêts qu'il poursuit, néanmoins, celui-ci fait l'objet d'interprétations concurrentes. Il est assimilé à la liberté générale qu'ont les États de réglementer à l'intérieur de leurs frontières en vertu du droit international⁷⁷⁴(A) tandis qu'il devrait être considéré comme un élément distinct de celle-ci au regard du contexte particulier dans lequel il prend place⁷⁷⁵(B).

A. Le droit de réglementer en vertu du droit international public

En vertu du droit international public, le droit de réglementer est un attribut fondamental de la souveraineté⁷⁷⁶ et une expression des principes d'égalité souveraine des États⁷⁷⁷ et de la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles⁷⁷⁸. La souveraineté implique le droit de l'État d'exercer sur son territoire les fonctions étatiques⁷⁷⁹ et il s'agit de l'une des bases

⁷⁷² DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1213.

⁷⁷³ *Idem.*

⁷⁷⁴ V. par ex. HENCKELS (C.), *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, C.U.P., Cambridge, 2015, p.30 et *passim*, qui se réfère au « *right to regulate at international law* ».

⁷⁷⁵ V. not. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, pp.32-33 ; MOUYAL (L. W.), *op. cit.*, pp.8-9 ; TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *Courses of the Summer School on Public International Law – International and Comparative Law Research Center*, vol.18, Moscou, 2022, pp.18-19 ; LEVASHOVA (Y.), *op. cit.*, p.26 ; OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer"...*, *op. cit.*, p.2.

⁷⁷⁶ MANN (H.), *op. cit.*, p.216 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1204.

⁷⁷⁷ V. A.G.N.U., Résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des États*, 24 octobre 1970 ; Charte des Nations-Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *Commission des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol.15, p.365, art.2, §1 ; DECAUX (E.), FROUVILLE (O., de), *Droit international public*, éd. Dalloz, 13^{ème} éd., 2023, pp.223-224 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.472.

⁷⁷⁸ A.G.N.U., Résolution 3281(XXIX), *op. cit.*, art.2, §2 ; DECAUX (E.), FROUVILLE (O., de), *op. cit.*, p.224 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1156 et s.

⁷⁷⁹ Affaire de l'Île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique), *op. cit.*, p.838.

essentielles des rapports entre États⁷⁸⁰. De sorte que le droit de réglementer de l'État est inhérent à sa souveraineté⁷⁸¹ et signifie qu'il a la liberté d'agir sur son territoire, de s'engager dans des activités politiques, économiques, législatives et autres activités réglementaires comme il l'entend⁷⁸². C'est également cette liberté qui lui permet de conclure des AII⁷⁸³, venant ainsi restreindre – volontairement – sa liberté réglementaire en vue de protéger les investisseurs étrangers sur son territoire⁷⁸⁴.

Le terme d'« activité réglementaire » s'entend ici au sens large et peut inclure les lois, les règlements, les décrets, les décisions d'agences administratives publiques etc., qui constituent un exercice du pouvoir de réglementer⁷⁸⁵. Les États adoptent fréquemment des réglementations d'intérêt général afin de répondre aux évolutions des conditions économiques et de s'adapter aux développements technologiques, aux avancées scientifiques et médicales, ou encore aux évolutions sociales. Ils réglementent également en vue de se conformer aux obligations internationales relatives aux droits de l'Homme, à l'environnement, découlant d'instruments juridiques internationaux⁷⁸⁶. Ces réglementations ne n'adressent pas à un investisseur particulier mais à l'ensemble des investisseurs, et formulent des règles générales abstraites visant à protéger l'intérêt public⁷⁸⁷. Du point de vue de l'investisseur, protégé par les AII, ces réglementations peuvent représenter des risques car celui-ci « peut faire face par exemple, à une dévaluation monétaire, à un nouveau règlement de zonage », à de nouvelles normes de production liées à la protection de la santé et de l'environnement⁷⁸⁸.

⁷⁸⁰ CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, *Rec.*, p.35 ; CIJ, *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avril 1960, *Rec.*, p.39.

⁷⁸¹ SORNARAJAH (M.), « Right to Regulate and Safeguards », *op. cit.*, p.205.

⁷⁸² GIANNAKOPOULOS (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach », in. PAZARTZIS (P.), MERKOURIS (P.) (dir), *Permutations of Responsibility in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, pp.148-184, Draft Paper disponible à : <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2962686>, p.10 ; TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.19 ; CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, *op. cit.*, p.33 ; DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.1204.

⁷⁸³ V. DECAUX (E.), FROUVILLE (O., de), *op. cit.*, p.50 ; CPJI, Affaire du *Vapeur « Wimbledon »* (Grande Bretagne c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923, Série A, n°1, p.25 ; CPJI, *Échange des populations grecques et turques*, avis consultatif du 21 février 1925, Série B, n°10, p.21 ; ALVAREZ (J. E), « The Return of the State », *op. cit.*, p. 223.

⁷⁸⁴ V. TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.19 ; LEVASHOVA (Y.), *op. cit.*, pp.25-26 ; NOUVEL (Y.), *op. cit.*, p.96 ; KORZUN (V.), *op. cit.*, p.373 ; SORNARAJAH (M.), « Right to Regulate and Safeguards », *op. cit.*, pp.205-206 ; MANN (H.), *op. cit.*, p.216.

⁷⁸⁵ KORZUN (V.), *op. cit.*, p.359 ; LÉVESQUE (C.), *op. cit.*, p.41, note 1.

⁷⁸⁶ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1038.

⁷⁸⁷ WAGNER (M.), *op. cit.*, p.39.

⁷⁸⁸ LÉVESQUE (C.), *op. cit.*, p.41 ; WAGNER (M.), *op. cit.*, p.5.

Dans le contexte particulier du droit international des investissements, la question se pose de savoir dans quelle mesure les États-hôtes peuvent adopter, maintenir et appliquer des réglementations dans l'intérêt public, sans être en violation de leurs engagements internationaux et par conséquent, sans avoir à indemniser les investisseurs lésés par ces réglementations. En effet, l'État se retrouve dans une position délicate : celle de chercher à conserver sa liberté normative dans un cadre où il l'a, lui-même, limitée. Le droit de réglementer, *lato sensu*, serait ainsi une aporie : il s'agirait à la fois d'une affirmation de la souveraineté de l'État et d'une limitation de celle-ci. Ainsi, si le « droit de réglementer » ne devait constituer qu'une simple référence à la liberté normative de l'État en vertu du droit international, son insertion dans les traités d'investissement ne serait pas nécessaire. C'est en réalité la conséquence de l'activité réglementaire de l'État, à la lumière de ses engagements juridiques internationaux en vertu des AII, qui interroge.

Ainsi, l'idée qu'un droit de réglementer devrait être reconnu aux États d'accueil⁷⁸⁹, ou que les AII de nouvelle génération créent un droit "légal"⁷⁹⁰ de réglementer ou encore, qu'il s'agisse d'une immunité⁷⁹¹, fait son chemin et se détache de la conceptualisation du droit international général selon laquelle il s'agirait d'un droit inhérent à la souveraineté⁷⁹².

B. La spécificité du « droit de réglementer » dans le contexte des investissements

Dans le contexte des investissements, le droit de réglementer dans l'intérêt public peut ainsi être appréhendé comme étant :

*« [T]he affirmation of the sovereign right for states to choose their political, social and economic priorities – within certain limits – through the adoption of legislation and administrative practices without violating international rules protecting foreign investments. »*⁷⁹³.

⁷⁸⁹ V. par ex., BECKER (G.), « Policies to Promote the Development Dimension of FDI », in. CNUCED, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, p.147 : « The right to regulate should be recognized in the interest of both host and home countries, and traders and investors. » ; LESTER (S.), MERCURIO (B.), *op. cit.*, 11p.

⁷⁹⁰ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.33.

⁷⁹¹ MOUYAL (L. W.), *op. cit.*, p.8 ; KORZUN (V.), *op. cit.*, p.365 ; SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *IISD – Investment Treaty News*, 2015, vol.6(2), p.3 ; WAGNER (M.), *op. cit.*, p.35.

⁷⁹² MANN (H.), *op. cit.*, pp.211, 216, 223.

⁷⁹³ MOUYAL (L. W.), *op. cit.*, pp.8-9.

Il ne s'agit pas d'accorder aux États un espace réglementaire leur permettant de traiter les investisseurs en violation des AII sans entrave, mais de reconnaître que « *under particular circumstances a state (...) has discretion – within limits – to deny the (full) enjoyment of an investment (...), provided that a justification can be provided.* »⁷⁹⁴. Le « droit de réglementer » renvoie alors à la capacité de l'État de réglementer en vue de considérations extra-économiques, d'intérêts publics, dans le contexte des AII, c'est-à-dire un contexte où il est lié par des obligations internationales protégeant les investisseurs étrangers. Le droit de réglementer opère alors « *as a justification for an intrusion on investment guarantees, especially in cases where an investment may conflict with what the host state considers a desirable public policy.* »⁷⁹⁵. Dans ce contexte plus restreint, le « droit de réglementer » revêt alors une définition qui ne coïncide pas avec celle du droit international public. Catharine Titi le définit comme :

« [L]e droit de l'État à prendre, dans l'intérêt public, des mesures qui *a priori* violeraient un traité d'investissement sans pour autant créer une obligation d'indemniser l'investisseur étranger lésé. »⁷⁹⁶.

Relativement discret, voir suspicieux, jusqu'à son incorporation de plus en plus fréquente dans les traités d'investissement⁷⁹⁷, le « droit de règlementer » est apparenté au droit de légiférer, à la flexibilité réglementaire, à l'espace réglementaire, ou encore, en anglais, au concept de « *policy space* »⁷⁹⁸. Afin de garantir son assise conventionnelle, les États ont inséré ce droit dans leurs AII, en particulier ceux de nouvelle génération, ce qui participe à la réorientation du droit international des investissements comme le relève Kates Miles :

« *[T]he significance of expressly setting out the rights of host states to pursue their own needs within an investment law framework cannot be underestimated. Not only does this provide host states with concrete provisions to point to in asserting the need for domestic policy space, but it also introduces the presence of the host state into international investment law as an active participant.* »⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ WAGNER (M.), *op. cit.*, p.68.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p.35.

⁷⁹⁶ PIROTTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.27. La version originale de cette définition se trouve dans le premier ouvrage complet sur le sujet, présenté par Catharine TITI : « *the legal right exceptionally permitting the host state to regulate in derogation of international commitments it has undertaken by means of an investment agreement without incurring a duty to compensate.* », in. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.33.

⁷⁹⁷ TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.11.

⁷⁹⁸ V. par ex., Von WALTER (A.), « Balancing Investors' and Host States' Rights – What Alternatives for Treaty-makers? », in. BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HINDELANG (S.) (eds.), *European Yearbook of International Economic Law – International Investment Law and EU Law*, Springer, Berlin, 2011, p.141.

⁷⁹⁹ MILES (K.), *op. cit.*, pp.364-365.

Le droit de réglementer s'exprime alors par le biais de références directes ou indirectes, par un éventail de dispositions aux portées normatives variables, au cœur desquelles se trouve l'exception générale. Les exceptions conventionnelles permettent de donner vie à ce droit de réglementer, qui devient, pour reprendre l'expression de Catharine Titi, un droit "légal" et exempté de l'obligation de compenser si elles sont invoquées avec succès⁸⁰⁰.

Bien que la dispense d'indemnisation ne fasse pas consensus au sein des universitaires⁸⁰¹, les différentes formes du droit de réglementer intégrées dans les AII permettent de distinguer l'activité réglementaire légitime, qui peut contrevenir à la protection d'intérêts économiques garantis par les AII sans engager la responsabilité de l'État, des mesures étatiques qui mettent au contraire en jeu sa responsabilité au regard des obligations du traité. Ce droit est considéré, notamment par les États latino-américains, comme l'une des réponses majeures aux critiques formulées contre le régime international des investissements.

L'analyse des traités, dits de nouvelle génération dans cette région, témoigne non seulement de l'insertion du droit de réglementer sous différentes formes – ce qui s'inscrit, en partie, dans une tendance mondiale – mais également de la combinaison de celles-ci.

⁸⁰⁰ BURKE-WHITE (W. W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », vol.48(2), *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol.48(2), pp.387-388 ; GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.3 ; PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), « Non-Precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (dir), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, pp.483-505, p.489 ; KEENE (A.), « The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements », *J.W.I.T.*, 2017, vol.18(1), p.89.

⁸⁰¹ NEWCOMBE (A.), « General Exceptions in International Investment Agreements », in. CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M. W.), NEWCOMBE (A.) (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, p.369. Dans le même sens et s'appuyant sur Andrew Newcombe : LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs: A Potentially Risky Policy », in. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., New York, 2013, p.368: « the wording of the exception clause "nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary for ..." (or something equivalent) does not imply that the government does not have to pay compensation for an expropriatory measure » ; SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1064.

§2. Les différentes formes du droit de réglementer dans les instruments internationaux d'investissement

Le droit de réglementer apparaît sous une multitude de formes dans les AII, en raison notamment de l'influence des différentes méthodes d'interprétation issues de la pratique arbitrale sur les rédacteurs des traités⁸⁰².

Les États ont considéré que leur droit de réglementer nécessitait d'être protégé à travers tout élément textuel, toute partie du traité, sur lequel les arbitres pourraient fonder leur interprétation. L'inclusion de références dédiées dans les préambules, de clauses déclaratoires relatives au droit de réglementer et d'exceptions permet alors de lui attribuer un fondement juridique, conventionnel, au-delà de la simple déférence qui peut être accordée à l'action étatique par des interprétations arbitrales discrétionnaires. La délimitation du cadre analytique des AII composant notre étude implique de définir ce qui en est exclu (A), avant d'établir quelles sont les dispositions qui le composent (B).

A. Les expressions exclues du droit de réglementer

La déférence des tribunaux arbitraux envers le droit de réglementer de l'État doit être distinguée de celui-ci⁸⁰³ en ce qu'elle désigne « *an approach to interpretation relying on judicial restraint – or activism, depending on one's viewpoint* »⁸⁰⁴. À la différence du droit de réglementer dont le fondement juridique est conventionnel ou de droit coutumier, la déférence s'apparente alors à l'approche interprétative de celui-ci. De plus, la déférence des tribunaux arbitraux à l'égard du droit de réglementer de l'État peut intervenir en présence ou en l'absence de dispositions relatives à ce droit.

De même, les limitations au champ d'application du traité protégeant les investissements étrangers ne doivent pas être confondues avec le droit de réglementer. Ces limitations

⁸⁰² WAGNER (K.), « Regulation by Exception – The Emergence of (General) Exception Clauses in International Investment Law? », *Austrian Review of International and European Law*, 2021, vol.26, p.80.

⁸⁰³ Certains auteurs ont, contrairement, considéré qu'il n'était pas nécessaire de créer de disposition relative au droit de réglementer considérant que les tribunaux arbitraux tiennent déjà compte du droit de réglementer de l'État, v. NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, p.357 ; ALVAREZ (J. E.), « The Public International Law Regime Governing International Investment », *R.C.A.D.I.*, vol.344, 2011, pp.221-222, 322 (et notes).

⁸⁰⁴ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.40.

concernent par exemple une définition plus restrictive de l'investissement couvert par le traité ou les listes des secteurs industriels et politiques exclus du champ d'application⁸⁰⁵. Elles doivent être distinguées du droit de réglementer car elles permettent de limiter la compétence du tribunal et l'intérêt à agir de l'investisseur étranger. Celui-ci supportera la charge de la preuve et devra alors démontrer que son investissement est protégé par le traité. Les dispositions relatives au droit de réglementer impliquent quant à elles que l'État démontre que ses mesures entrent dans le champ d'application de ladite disposition qu'il soulève en défense.

Les déclarations d'interprétation et de clarification des États n'assurent pas un droit de réglementer *per se*. Souvent formulées par le biais de notes de bas de page dans le corps du traité, de protocoles, d'annexes ou d'échanges de notes diplomatiques⁸⁰⁶, elles participent à la délimitation du droit de réglementer et de sa portée⁸⁰⁷. Ainsi, elles contribuent à la prévisibilité et la certitude juridique. Par ailleurs, les parties au traité peuvent, dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, transmettre une soumission de partie non-contestante au Tribunal, par laquelle elle exprime l'interprétation attendue d'une disposition du traité. Les deux parties au traité peuvent également transmettre une interprétation conjointe dans le même objectif⁸⁰⁸. Ce mécanisme a été développé sous l'ALENA, par la Commission du libre-échange⁸⁰⁹. Toutefois, la portée des clarifications repose avant tout sur la façon dont elles sont rédigées. Selon qu'elles reflètent ou non le sens ordinaire de la disposition qu'elles visent à clarifier, elles peuvent être qualifiées de simple déclaration interprétative ou d'exception⁸¹⁰.

Ne sont pas non plus comprises dans le droit de réglementer les exclusions du règlement des différends entre investisseurs et États et les réserves, bien que leurs ramifications s'y trouvent. Les premières, en raison du fait qu'elles n'accordent pas un droit à l'État mais privent les engagements des AII d'un mécanisme qui assure leur application⁸¹¹. Ces engagements continuent d'exister et l'exclusion du RDIE permet seulement de garantir une liberté réglementaire *de facto*, et non *de jure*, à l'État⁸¹². Les secondes ne font pas partie des formes du

⁸⁰⁵ V. MOLINUEVO (M.), PFISTER (A.K.), *Look Back to See What's Ahead: A Review of Mega-PTAs on Services and Investment that Will Shape Future Trade Agreements*, World Bank Group, 2020, pp.11-14.

⁸⁰⁶ CNUCED, « Interpretation of IIAs: What States Can Do? », *IIA Issues Note*, n°3, 2011, p.10.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p.2.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, pp.7, 11.

⁸⁰⁹ V. ALENA, art.2001.

⁸¹⁰ V. *infra*, notes 979-982.

⁸¹¹ MARKERT (L.), *op. cit.*, p.153.

⁸¹² TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.48.

droit de réglementer, principalement en ce qu'elles sont extérieures au traité⁸¹³. Le droit de réglementer est quant à lui négocié et accepté entre les parties signataires au traité.

Enfin, certaines dispositions, qui peuvent être souvent examinées dans le cadre de l'espace réglementaire de l'État, ne font pas partie des différentes formes du droit de réglementer dans les traités. Il s'agit des clauses de non-abaissement des standards liés à l'environnement ou aux droits sociaux et des dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises dans le corps du traité. Les premières ne doivent pas être confondues avec le droit de réglementer de l'État car elles interdisent à ce dernier de réduire le niveau de protection en matière sociale et environnementale garanti par ses mesures nationales, en vue d'attirer des investisseurs⁸¹⁴. Sans poser aucune réelle obligation à l'égard des États ni à celui des investisseurs étrangers, ni même de dérogation au traité, il s'agit d'une disposition interétatique qui : « (...) apparaît davantage comme une posture de principe que comme un véritable engagement porteur de conséquences sur le plan juridique. »⁸¹⁵. Les secondes visent à induire le respect, par l'investisseur, des obligations conventionnelles des États parties à l'égard de l'environnement et du droit social. Ces clauses encouragent les investisseurs à s'autoréguler, mentionnent que la RSE relève de la compétence nationale ou encore, invitent les investisseurs à respecter des obligations relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement⁸¹⁶. Les clauses relatives à la RSE dans le texte du traité s'adressent aux investisseurs des États parties, elles sont incitatives et, si elles y sont liées, ne sont pas synonymes d'un droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public. Elles permettent en revanche de paver la voie, sans doute, au développement de futures obligations à la charge des investisseurs dans les traités.

La réalisation du fondement conventionnel du droit de réglementer dans le contexte des investissements porte ainsi uniquement sur toutes les dispositions qui concèderaient un tel droit à l'État ou qui, indépendamment de leur valeur normative, permettraient d'y contribuer.

⁸¹³ Le droit international public définit les réserves comme étant : « (...) une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État », v. Convention de Vienne, 1969, art.2.1(d), et les articles 19 à 23.

⁸¹⁴ V. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.440 : « Leur finalité est donc d'empêcher le « dumping réglementaire », qui pourrait tenter certains États ».

⁸¹⁵ Idem. V. également BEN HAMIDA (W.), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », op. cit., 19p.

⁸¹⁶ V. par exemple l'étude réalisée par DUBIN (L.), « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *R.G.D.I.P.*, 2018, Tome 4, p.871 et s. ; v. également, GAUKRODGER (D.), *Business Responsibilities and Investment Treaties*, OECD Working Papers on International Investment n°2021/02, 2021, pp.103-105.

B. Les différentes formes du droit de réglementer dans les accords internationaux d'investissement

La nouvelle génération d'AII qui émerge depuis les années 2010 reflète la dichotomie de la décennie précédente, qui visait d'une part, la libéralisation des régimes d'investissement et la promotion de l'IDE et d'autre part, la réglementation de l'investissement dans le cadre d'objectifs de politiques publiques. Au contraire, cette nouvelle génération reflète le fait que si la libéralisation doit produire des résultats en matière de développement durable, elle doit être précédée par la mise en place de cadres réglementaires et institutionnels adéquats.

Au regard du Cadre de la politique d'investissement pour le développement durable élaboré par la CNUCED et de la base de données du « *IIA Mapping Project* » développée en conséquence, il ressort que le droit de réglementer peut se refléter au travers d'un large éventail d'indicateurs⁸¹⁷. À partir de cette liste de critères et compte tenu des exclusions opérées ci-dessus, notre cadre d'analyse se compose de toutes les références dans les AII qui permettraient de consacrer un fondement conventionnel au droit de réglementer. Le cadre recouvre ainsi : les mentions en lien avec ce droit dans les préambules, les clauses déclaratoires et interprétatives relatives à la liberté normative de l'État, les annexes relatives à l'expropriation indirecte qui comportent une exception spécifique et surtout, les exceptions générales⁸¹⁸.

L'examen des occurrences de ces dispositions dans les traités latino-américains – notamment en comparaison de celles de l'ensemble des AII tous pays confondus – de leur nature et de leur portée, permet de mesurer l'étendue du mouvement de re-politisation de leurs instruments et la mesure dans laquelle elles permettent de leur assurer leur espace réglementaire. Indépendamment de leurs application et interprétation éventuelles par des tribunaux arbitraux, l'insertion de ces dispositions reflète le rôle actif des États dans l'évolution du régime international de l'investissement. Les États latino-américains remanient délibérément les nouveaux traités afin de contrôler leur marge de manœuvre réglementaire⁸¹⁹. Cela peut conduire

⁸¹⁷ V. *supra*, Chapitre 3, notes 688 et 691.

⁸¹⁸ V. Annexes, Tableaux 2 et 3.

⁸¹⁹ GORDON (K.), POHL (J.), « Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World », *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, n°2015/02, éditions OCDE, p.24. V. également, ALVAREZ (J. E.), « The Return of the State », *op. cit.*, pp.223-264.

à l'amélioration de l'équilibre entre la protection des investissements et l'autonomie réglementaire de l'État d'accueil en vue de considérations extra-économiques⁸²⁰. Ces différentes dispositions témoignent du fait que le droit de réglementer dans le contexte des investissements implique de tenir compte de l'interaction entre les normes et les intérêts qu'elles concernent et plus largement, que la souveraineté de l'État est une notion évolutive qui doit être mise aux prises avec les réalités socio-politiques⁸²¹.

Notre cadre analytique se compose ainsi de trois catégories principales de dispositions : les références insérées dans les préambules, les clauses déclaratoires et interprétatives et les clauses d'exceptions. Ces dispositions divergent tant par leur place dans les AII que par leur nature juridique et leur portée.

Par ailleurs, lorsque l'on observe le profil de ces catégories, on constate qu'elles se composent précisément de onze dispositions qui sont notamment fonction du domaine de protection auquel elles s'adressent⁸²². En effet, les préambules peuvent comporter une mention expresse du droit de réglementer ou une référence indirecte en mentionnant des préoccupations d'intérêt général telles que le développement durable, les aspects sociaux de l'investissement⁸²³, et l'environnement⁸²⁴. Cela s'applique également aux clauses déclaratoires et interprétatives qui visent explicitement le droit de réglementer de l'État ou qui concernent la protection de la santé et de l'environnement, et des aspects sociaux de l'investissement. Enfin, la catégorie relative aux exceptions conventionnelles recouvre à la fois les exceptions générales qui visent les intérêts essentiels de sécurité, celles visant la santé et l'environnement ou encore l'ordre public, et de l'exception spécifique à l'expropriation indirecte.

Une quatrième catégorie a été réservée à celle de la combinaison de la référence au droit de réglementer dans le préambule, de la mention du droit de réglementer dans le texte du traité et

⁸²⁰ V. SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1037. V. également, HENCKELS (C.), « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *J.I.E.L.*, 2016, vol.19(1), pp.27-50.

⁸²¹ Pour certains, le droit de réglementer serait ainsi « *a chameleon concept* » qui s'adapte au contexte dans lequel il se déploie, v. KORZUN (V.), *op. cit.*, p.380.

⁸²² Pour une vue synoptique du cadre analytique, v. Annexes, Tableaux 2 et 3.

⁸²³ La mention des aspects sociaux liés à l'investissement recouvre toute mention aux droits de l'Homme, aux droits sociaux des travailleurs, à la santé, à la RSE, à la lutte contre la pauvreté etc., v. CNUCED, *IIA Mapping Project*.

⁸²⁴ La mention de l'environnement comprend cette expression et recouvre également toute mention de la vie animale et végétale, de la biodiversité, du changement climatique etc., v. CNUCED, *IIA Mapping Project*.

d'au moins l'une des clauses d'exceptions⁸²⁵. D'un point de vue quantitatif, l'association de ces dispositions dans un même traité constitue une tendance spécifique aux traités de nouvelle génération, ce qui s'avère d'autant plus pertinent sur le plan qualitatif, considérant qu'une exception conventionnelle sera interprétée à la lumière de l'objet, du but et du contexte de son traité⁸²⁶.

Le cadre analytique vise à quantifier la fréquence d'insertion de ces différentes références sur les trois périodes qui composent notre étude des AII latino-américains, nous permettant de mieux cerner le phénomène et son évolution dans le temps⁸²⁷. Les tableaux et figures élaborées dans le cadre de la présente thèse permettent de mener notre analyse suivant ce cadre. Afin d'appréhender le mouvement latino-américain avec davantage de précision, le tableau 2, élaboré à partir de la base de données de la CNUCED⁸²⁸, traduit la démarche comparative entre les tendances mondiales et celles de l'Amérique latine⁸²⁹. Le tableau 3, élaboré à partir de la base de données de la CNUCED complémentée⁸³⁰, se concentre uniquement sur les États latino-américains⁸³¹.

Avant d'examiner les résultats issus de cette analyse, il convient d'observer le phénomène d'un point de vue global, à partir de la base de données de la CNUCED. Il est à noter que de 1959 à 2020, un ensemble de 2584 AII ont été signés dans le monde, incorporant au total 2035 références et représentant alors 0,79 référence en moyenne par traité⁸³². On peut constater que seuls 719 AII incorporent au moins l'une des références⁸³³.

Dans la mesure où l'incorporation des mentions au droit de réglementer et aux préoccupations d'intérêt public est un phénomène relativement récent et considérant que la majorité des traités

⁸²⁵ Plus précisément : une exception spécifique à l'expropriation indirecte, une exception générale relative aux intérêts essentiels de sécurité ou une exception générale d'ordre public (les exceptions générales relatives à l'environnement et la santé étant classifiées parmi ces dernières, l'étude de l'association des dispositions ne nécessitait pas qu'elles soient distinguées ici).

⁸²⁶ V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31.

⁸²⁷ Les trois périodes du cadre analytique sont les suivantes : 1959-2000, 2001-2009 et 2010-2023, v. introduction de la présente thèse ; Annexes, Tableaux 2 et 3.

⁸²⁸ La base de données de la CNUCED regroupe tous les AII cartographiés par la CNUCED disponibles à partir de *UNCTAD's IIA Navigator*, v. introduction de la présente thèse, « matériel et méthode ».

⁸²⁹ V. Annexes, Tableau 2.

⁸³⁰ La base de données de la CNUCED complémentée regroupe tous les traités latino-américains signés entre 2001 et 2023, disponibles, issus de la base de données de la CNUCED ainsi que la cartographie des AII latino-américains restants réalisée pour cette thèse, v. introduction de la présente thèse, « matériel et méthode ».

⁸³¹ V. Annexes, Tableau 3.

⁸³² V. Annexes, Tableau 1.

⁸³³ *Idem*.

d'investissement ont été signés dans les années 1990, cela peut expliquer la faible proportion de traités comportant ces références.

De fait, si on s'intéresse plus précisément aux trois périodes de notre cadre analytique, on observe que le phénomène ne cesse de progresser. Sur les traités signés entre 1959 et 2000, 17% d'entre eux incorporent au moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 0,33⁸³⁴. Puis, sur les traités signés entre 2001 et 2009, 39% d'entre eux incorporent au moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 0,96⁸³⁵. Enfin, sur les traités signés entre 2010 et 2020, 82% d'entre eux incorporent au moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 4,35⁸³⁶. Bien que l'on observe une diminution du nombre de traités signés, on constate dans le même temps que les AII incorporent de plus en plus de dispositions relatives au droit de réglementer. Cette observation globale du phénomène s'illustre notamment par la figure 4 qui témoigne de l'apparition croissante d'AII incorporant un nombre plus important de références au droit de réglementer à partir des années 2000⁸³⁷. En effet avant les années 2000, seulement deux traités d'investissement incluaient un total de cinq dispositions au maximum⁸³⁸, tandis que cela concerne 133 des AII signés entre 2000 et 2020⁸³⁹. Cela peut s'expliquer par l'apparition entre 1990 et 2010 de nouvelles références relatives au droit de réglementer, par exemple dans les préambules des traités, telles que les mentions à l'environnement⁸⁴⁰, au développement durable⁸⁴¹ ou encore la mention expresse du droit de réglementer⁸⁴².

À l'échelle de l'Amérique latine, toutes références et périodes confondues, on constate que 423 AII ont été signés dans le monde, incorporant au total 400 références et représentant alors 0,95 référence en moyenne par traité⁸⁴³. Il est à noter que seuls 112 AII incorporent au moins l'une de ces références⁸⁴⁴. Sur les traités signés entre 1959 et 2000, 16% d'entre eux incorporent au

⁸³⁴ Sur les 1707 traités signés entre 1959 et 2000, 292 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 564. V. Annexes, Tableau 1.

⁸³⁵ Sur les 691 traités signés entre 2001 et 2009, 274 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 662. V. Annexes, Tableau 1.

⁸³⁶ Sur les 186 traités signés entre 2010 et 2020, 153 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 809. V. Annexes, Tableau 1.

⁸³⁷ Cette dernière s'intéresse à la relation du nombre de dispositions incluses par traité en fonction de leur année de signature, à l'aide de la représentation en nuage de point. V. Annexes, Figure 4.

⁸³⁸ V. TBI Bulgarie – États-Unis (1992) et TBI Le Salvador – Nicaragua (1999).

⁸³⁹ V. Annexes, Figure 4.

⁸⁴⁰ V. TBI Bulgarie – États-Unis (1992).

⁸⁴¹ V. TBI Costa Rica – Pays-Bas (1999).

⁸⁴² V. CECA, Inde – Singapour (2005).

⁸⁴³ V. Annexes, Tableau 1.

⁸⁴⁴ *Idem*.

moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 0,31⁸⁴⁵. Puis, sur les traités signés entre 2001 et 2009, 41% d'entre eux incorporent au moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 1,38⁸⁴⁶. Enfin, sur les traités signés entre 2010 et 2020, 86% d'entre eux incorporent au moins une référence et le taux moyen de référence par traité est de 5,57⁸⁴⁷. La multiplication des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII semble concerner les pays d'Amérique latine de manière prépondérante. Premièrement, l'augmentation du taux moyen du nombre de dispositions insérées s'observe dans les AII de l'Amérique latine dès le début des années 2000, devançant de quelques années cette même augmentation pour les pays non-latino-américains⁸⁴⁸. Deuxièmement, la moyenne du nombre de références incorporées dans les AII de nouvelle génération des États latino-américains est significativement supérieure à celle des pays non-latino-américains⁸⁴⁹. Troisièmement, six des dix pays qui signent le plus grand nombre d'AII comportant au moins huit dispositions relatives au droit de réglementer, parmi les AII de nouvelle génération, sont latino-américains⁸⁵⁰.

L'intégration du droit de réglementer dans les AII de nouvelle génération se manifeste sous différentes formes, qui composent notre cadre analytique. L'assise conventionnelle du droit de réglementer se réalise principalement par l'introduction d'exceptions conventionnelles, de plus en plus insérées dans les traités, qu'elles soient spécifiques ou générales⁸⁵¹. En outre, les États ont commencé à rédiger de nouvelles clauses, déclaratoires et interprétatives, qui traduisent leur volonté de sauvegarder leur droit de réglementer dans l'intérêt public. Enfin, les différentes mentions dans les préambules des traités peuvent également contribuer à préserver le droit de réglementer de l'État-hôte. L'insertion des différentes formes du droit de réglementer est ici abordée dans l'ordre inverse et se concentre en premier lieu sur les préambules et les clauses déclaratoires en ce qu'ils permettent de créer un environnement favorable à la liberté réglementaire et composent le contexte qui entourent les exceptions conventionnelles.

⁸⁴⁵ Sur les 310 traités signés entre 1959 et 2000, 50 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 97. V. Annexes, Tableau 1.

⁸⁴⁶ Sur les 78 traités signés entre 2001 et 2009, 32 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 108. V. Annexes, Tableau 1.

⁸⁴⁷ Sur les 35 traités signés entre 2010 et 2020, 30 d'entre eux incorporent au moins une référence. Le nombre total de références incluses se porte à 195. V. Annexes, Tableau 1.

⁸⁴⁸ Ce constat a été établi en comparant les AII des pays latino-américains et ceux des pays non-latino-américains, v. Annexes, Figure 5(A).

⁸⁴⁹ V. Annexes, Figure 5(B).

⁸⁵⁰ V. Annexes, Figure 5(C). La Colombie est le premier État de ce classement.

⁸⁵¹ V. Seconde partie de la présente thèse.

Section 2. Le régime général de protection du droit de réglementer dans les accords internationaux d'investissement

Les dispositions substantielles des traités d'investissement ont pratiquement toujours été interprétées en faveur des intérêts des investisseurs. Cela s'explique par le fait que l'unique objectif des traités a toujours été celui de leur protection et par l'absence de toute référence, dans le préambule comme dans le corps du traité, au droit de réglementer de l'État. La tendance de la nouvelle génération de traités est celle, à l'inverse, d'insérer de plus en plus de références, explicites, relatives à la liberté réglementaire de l'État et aux intérêts qu'il poursuit dans ce cadre. Les États ont cherché à préserver leur droit de réglementer en s'attachant d'une part, à indiquer cette intention dans le préambule des traités (§1), ce qui représente la première pierre du changement de paradigme.

La CNUCED relevait à ce titre que « *[t]he preamble is a clause with a cross-cutting impact. It plays a role in interpreting all other IIA obligations and can help address [the reform objectives]*. »⁸⁵². D'autre part, certains ont fait le choix d'insérer, dans le texte même de leurs traités, des clauses mentionnant expressément le droit de réglementer (§2). Ces références, sans garantir un fondement conventionnel au droit de réglementer, peuvent lui assurer un environnement général favorable qui pourrait s'avérer utile dans l'interprétation des exceptions conventionnelles.

§1. L'intérêt croissant des préambules

Durant des décennies, les préambules des traités n'ont fait l'objet d'aucune attention particulière. Les États s'engageaient dans des accords d'investissement en vue d'attirer des IDE sur leur territoire. Ainsi, seuls les objectifs de protection et de promotion de l'investissement dans un cadre économique favorable étaient inscrits dans les préambules de leurs traités⁸⁵³.

⁸⁵² CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, op. cit., p.42.

⁸⁵³ La CNUCED relève que seuls 8% des AII conclus entre 1959 et 2010 comportaient des références à des considérations extra-économiques, v. CNUCED, *World Investment Report 2017 – Investment and the Digital Economy*, Publications des Nations Unies, New York, 2017, p.122.

À la suite de la crise de légitimité traversée par le droit international des investissements, l'insertion de références au droit de réglementer de l'État et aux préoccupations d'intérêt public – telles que l'environnement, les aspects sociaux liés à l'investissement et le développement durable – dans les préambules est apparue comme l'un des éléments permettant la réorientation du régime international des investissements⁸⁵⁴. La modification des préambules peut sembler anodine considérant leur valeur juridique, pourtant les arbitres s'y réfèrent pour identifier les objectifs généraux des AII. Le préambule leur permet de résoudre les ambiguïtés des dispositions substantielles du traité et plus largement leur permet de fonder leur interprétation.

Certaines sentences ont ainsi montré qu'il était nécessaire de clarifier et de détailler les préambules pour permettre la prise en considération du droit de réglementer de l'État et de ses intérêts (A). L'examen des traités de nouvelle génération permet alors d'observer que les références au droit de réglementer se font plus récurrentes et diversifiées (B). Dès lors, l'amélioration de ces dispositions classiques pourrait permettre aux arbitres de mieux équilibrer les droits des États avec ceux des investisseurs.

A. Les enjeux et les lacunes des formulations de l'ancienne génération d'accords internationaux d'investissement

Les préambules des traités ne créent pas de droits ou d'obligations matérielles contraignants et indépendants⁸⁵⁵. Néanmoins, la mention du droit de réglementer dans le préambule, directe ou indirecte, est essentielle.

Cela atteste de la volonté des États parties contractantes de poursuivre plusieurs objectifs dans le cadre de leur politique d'investissement et de réserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public. Dès lors, un message très clair est adressé aux tribunaux arbitraux : la protection de l'investissement n'est pas le seul, ni même le principal objectif du traité, les objectifs de protection et promotion de l'investissement doivent être atteints d'une manière compatible avec d'autres objectifs d'intérêt public⁸⁵⁶. De plus, le préambule permet d'installer une sorte de

⁸⁵⁴ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, *op. cit.*, p.92.

⁸⁵⁵ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.124 ; DANIC (O.), « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement », *in*. LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p.537.

⁸⁵⁶ GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.12 ; v. également, CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, § 828.

dialogue, fictif, entre les parties contractantes du traité et les arbitres amenés à en tenir compte⁸⁵⁷.

Si les préambules n'offrent pas de fondement conventionnel au droit de réglementer⁸⁵⁸ et n'ont aucune valeur contraignante, pour autant, le rôle que leur confère l'article 31 de la Convention de Vienne impose de ne pas les négliger⁸⁵⁹. L'article 31(1) insiste sur le fait que l'interprétation du texte inclut le préambule et surtout qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁸⁶⁰. À cet égard, l'utilité du préambule est double. D'une part, il fait partie du contexte du traité que la Convention de Vienne rend pertinent à des fins d'interprétation⁸⁶¹, d'autre part il est la partie du traité au cœur de laquelle les interprètes recherchent souvent l'objet et le but de celui-ci⁸⁶².

Au regard du fait que : « *[t]here is consensus that a preamble serves as a means for teleologically interpreting treaties.* »⁸⁶³, les préambules sont un élément d'interprétation

⁸⁵⁷ V. ROACH (K.), « The Uses and Audiences of Preambles in Legislation », *McGill Law Journal*, vol.47(1), 2001, pp.129, 155.

⁸⁵⁸ GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.12.

⁸⁵⁹ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.115 ; GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.12 ; KORZUN (V.), *op. cit.*, p.408 ; MARTINI (C.), « Avoiding the Planned Obsolescence of Modern International Investment Agreements: Can General Exception Mechanisms be Improved, and How? », *Boston College Law Review*, 2018, vol.59(8), p.2897, considérant que ces références font partie des dispositions qu'il est nécessaire d'insérer dans les AII « *in the quest for a more transparent and sustainable model for investor-state dispute resolution.* » ; BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang? », *A.C.D.I.*, 2017, vol.10, (pp.371-399), pp.374, 380-382 ; WANG (W.), *op. cit.*, p.450 ; SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1044.

⁸⁶⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(1).

⁸⁶¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(2) : « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexe inclus (...) ».

⁸⁶² V. par ex., CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie contre Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, p.7, §15 ; CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, *Rec.*, p.213, §§68, 79. Dans l'arbitrage d'investissement, v. par ex., CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004, §116 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006, §80 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, §299 et s. ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007, §259 ; S.A. CNUDCI, *National Grid plc c. République d'Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, §170 ; CIRDI, *Lemire c. Ukraine*, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, §272 ; CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §614 ; CIRDI, *Daimler Financial Services AG c. République d'Argentine* (ARB/05/1), sentence du 22 août 2012, §258 ; CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§827-828.

⁸⁶³ VAN AAKEN (A.), « Control Mechanisms in International Investment Law », in. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.) (dir), *The foundations of International Investment Law. Bringing Theory Into Practice*, O.U.P., Oxford, 2014, p.422.

important⁸⁶⁴ qui peut permettre aux arbitres de mieux équilibrer les droits des investisseurs et ceux des États⁸⁶⁵. L'interprétation des obligations d'un traité peut ainsi être guidée par un préambule formulé de manière claire et détaillée, qui mentionne de façon explicite le droit de réglementer, notamment lorsque la détermination des droits et des obligations juridiques des parties serait complexe⁸⁶⁶.

Les AII de l'ancienne génération avait tendance à inclure, au contraire, des préambules relativement courts qui se concentraient sur la nécessité de renforcer la coopération économique entre les parties, de promouvoir et de protéger les investissements, de stimuler l'initiative individuelle des entreprises et d'encourager les flux de capitaux privés⁸⁶⁷. Certains d'entre eux ajoutaient une référence au besoin de maintenir un cadre stable – ou des conditions favorables – pour les investissements et à l'opportunité d'accorder un traitement juste et équitable aux investissements⁸⁶⁸. Cependant, ils ont très rarement inclus les références aux intérêts publics, tels que la protection de l'environnement⁸⁶⁹ ou aux aspects sociaux de l'investissement⁸⁷⁰. Par ailleurs, toute référence au développement durable et au droit de réglementer dans ces traités est anecdotique⁸⁷¹. La première n'est apparue dans les préambules qu'à partir de 1999 et la seconde qu'à partir de 2005⁸⁷².

⁸⁶⁴ V. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art. 31. V. également, entre autres, CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (France c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 août 1952, *Rec.*, p.176, pp. 196-197 ; CIJ, *Affaires du Sud-ouest africain* (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *Rec.*, p.319, pp. 330-331 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *Rec.*, p.392, p. 428.

⁸⁶⁵ V. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République d'Argentine* (ARB/97/3), sentence II du 20 août 2007, §7.4.4.

⁸⁶⁶ V. par ex., CIRDI, *Lemire c. Ukraine*, décision sur la compétence et la responsabilité, §§272-273.

⁸⁶⁷ V. par ex. TBI France – Sri Lanka (1980) ; TBI Argentine – Espagne (1991) ; TBI Argentine – Venezuela (1993) ; TBI Chili – Royaume-Uni (1996) ; TBI Guatemala – République de Corée (2000).

⁸⁶⁸ V. par ex. TBI États-Unis – Argentine (1991) ; TBI Cuba – Danemark (2001).

⁸⁶⁹ Sur la période 1959-2000, seulement 1% des AII mentionnaient l'environnement dans leurs préambules, passant à 9% entre 2001 et 2009, v. Annexes, Tableau 2. Certains traités de l'ancienne génération ont pu, à de rares occasions, mentionner que les objectifs du traité « *can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application* », v. par ex., TBI États-Unis – Honduras (1995) ; TBI États-Unis – Nicaragua (1995) ; TBI États-Unis – Bolivie (1998) ; TBI Cuba – Trinidad et Tobago (1999).

⁸⁷⁰ Sur la période 1959-2000, 4% des AII incluaient une référence aux aspects sociaux de l'investissement dans leurs préambules, passant à 12% entre 2001 et 2009, v. Annexes, Tableau 2. Au contraire, dans le préambule du TBI Argentine – Chili (1991), les parties reconnaissaient que la promotion et la protection des investissements pouvait notamment « *incrementar el bienestar de ambos pueblos* (augmenter le bien-être des peuples respectifs) [traduction libre] » ; dans le même sens, pour des préambules qui visaient la « contribution au bien-être économique de leurs populations », v. TBI Cuba – Venezuela (1996) ; TBI Autriche – Chili (1997).

⁸⁷¹ Entre 1959 et 2009, 0,5% des AII conclus contenaient une référence au développement durable dans leurs préambules et la mention du droit de réglementer dans les préambules ne concernait que 0,16% des AII, v. Annexes, Tableau 2.

⁸⁷² V. Annexes, Figure 4.

Ces préambules reflètent l'idéologie néolibérale qui imprégnait les traités de cette génération, se concentrant ainsi sur un seul objectif, celui de la protection des investissements, et qui passaient sous silence le droit de réglementer des États-hôtes et leurs intérêts⁸⁷³. Cette absence a pu contribuer, dans une certaine mesure, à encourager certains tribunaux arbitraux à adopter une interprétation restrictive des préambules à l'endroit de la liberté normative de l'État⁸⁷⁴. Le Tribunal de l'affaire *SGS c. Philippines*, par exemple, a tenu compte de la référence dans le préambule du traité, de l'intention des parties de créer et maintenir des conditions favorables à l'investissement, pour en conclure que : « *[i]t is legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments.* »⁸⁷⁵.

Le Tribunal de l'affaire *Siemens A.G. c. Argentine* a également adopté une vision étroite de l'objet et du but du traité, considérant que « *[i]t is a treaty "to protect" and "to promote" investments. (...) The intention of the parties is clear. It is to create favorable conditions for investments and to stimulate private initiative.* »⁸⁷⁶.

Dans le même sens, le tribunal de l'affaire *Enron c. Argentine* a soutenu que les exceptions de sécurité devaient être interprétées de façon restrictive considérant que :

« *[T]he object and purpose of the Treaty is, as a general proposition, to apply in situations of economic difficulty and hardship that require the protection of the international guaranteed rights of its beneficiaries. To this extent, any interpretation resulting in an escape route from the obligations defined cannot be easily reconciled with that object and purpose. Accordingly, a restrictive interpretation of any such alternative is mandatory.* »⁸⁷⁷.

Néanmoins, dans le cadre de certaines affaires, il a été considéré que le préambule ne devait pas permettre d'interpréter les dispositions du traité dans un sens systématiquement favorable

⁸⁷³ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1065 ; v. eg. SAUVANT (K. P.), ALVAREZ (J. E.), « Introduction : International Investment Law in Transition », in. SAUVANT (K. P.), ALVAREZ (J. E.) (dir), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, O.U.P., New-York, 2011, pp.xxxiii-xxxiv.

⁸⁷⁴ TIETJE (C.), BAETENS (F.), *op. cit.*, p.66.

⁸⁷⁵ CIRDI, *SGS c. Philippines*, décision sur la compétence du 29 janvier 2004, §116.

⁸⁷⁶ CIRDI, *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004, §81.

⁸⁷⁷ CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §331. L'interprétation, favorable aux investisseurs, de certaines dispositions des traités, était également justifiée par le préambule du traité qui mentionnait souvent la création d'un cadre commercial stable et la stimulation des flux de capitaux privés comme objectifs du traité, v. en ce sens CIRDI, *Azurix c. Argentine*, sentence du 14 juillet 2006, §§307, 372 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. République du Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004, §113 ; CIRDI, *Siemens c. Argentine*, sentence du 6 février 2007, §290.

aux intérêts des investisseurs⁸⁷⁸. À ce titre, les arbitres de l'affaire *Saluka c. République Tchèque* ont considéré que :

« [t]he protection of foreign investments is not the sole aim of the Treaty, but rather a necessary element alongside the overall aim of encouraging foreign investment and extending and intensifying the parties' economic relations. That in turn calls for a balanced approach to the interpretation of the Treaty's substantive provisions for the protection of investments, since an interpretation which exaggerates the protection to be accorded to foreign investments may serve to dissuade host States from admitting foreign investments and so undermine the overall aim of extending and intensifying the parties' mutual economic relations. »⁸⁷⁹.

Le Tribunal de l'affaire *Lemire c. Ukraine* a estimé que si le préambule mentionnait la stimulation de l'investissement comme objectif principal, le but du traité ne devait pas être recherché pour autant *in abstracto*⁸⁸⁰ :

« [T]he object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy. And local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest. »⁸⁸¹.

Plus récemment, certains tribunaux arbitraux ont mis en exergue que si le but du traité était de promouvoir l'investissement international, cela ne signifiait pas pour autant que « *the Tribunal needs to give preponderance to one aspect over the meaning of a particular clause of the Treaty or leave a clause without effect* »⁸⁸² ou encore, que « *protecting investments is the sole purpose of the treaty* »⁸⁸³. À cet égard, le tribunal de l'affaire *Plama c. Bulgarie* avait tenu compte des commentaires de Ian Sinclair⁸⁸⁴ quant au risque de l'interprétation téléologique des traités⁸⁸⁵. En effet, on pourrait considérer non seulement que la protection des investissements n'est pas

⁸⁷⁸ CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005, §52 : « [I]t is not permissible, as is too often done regarding BITs, to interpret clauses exclusively in favour of investors (...) ».

⁸⁷⁹ S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Saluka c. République Tchèque* sentence partielle du 17 mars 2006, §300 ; v. également CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §124.

⁸⁸⁰ CIRDI, *Lemire c. Ukraine*, décision sur la compétence et la responsabilité, §273.

⁸⁸¹ *Idem*.

⁸⁸² S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Sanum Investments Limited c. République démocratique populaire du Laos* (n°2013-13), sentence sur la compétence du 13 décembre 2013, §339.

⁸⁸³ CIRDI, *Poštová banka, a.s., ISTROKAPITAL SE c. République hellénique* (ARB/13/8), sentence du 9 avril 2015, §310.

⁸⁸⁴ CIRDI, *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence du 8 février 2005, §183.

⁸⁸⁵ SINCLAIR (I.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd éd., 1984, p.131 : « There is also the risk that the placing of undue emphasis on the "object and purpose" of a treaty will encourage teleological methods of interpretation. The teleological approach, in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties ».

le seul objectif des AII – comme l’a souligné le tribunal de l’affaire *Saluka* – mais aussi qu’il n’est pas leur réel objectif. La plupart des préambules révèlent que la protection des investissements est avant toute chose un moyen de parvenir à une fin, celle de la maximisation du bien-être, du développement ou de la prospérité des États d’origine et d’accueil⁸⁸⁶.

Les États, insatisfaits des interprétations arbitrales, et soucieux d’explicitier que la promotion des investissements se doit de respecter leur droit de réglementer et de contribuer à certaines préoccupations d’intérêt public, ont fait le choix de clarifier davantage leur préambule.

Dès lors, les références directes et indirectes à leur liberté normative peuvent être utilisées dans le cadre d’une interprétation téléologique du traité lui-même et de certaines de ses dispositions substantielles⁸⁸⁷.

B. Le renouveau des préambules : des références variées et plus fréquentes

Les traités de nouvelle génération prennent généralement plus en compte le droit de réglementer et les préoccupations extra-économiques qu’il poursuit⁸⁸⁸, afin d’encourager les tribunaux à interpréter le texte du traité de manière équilibrée et, sans doute, d’anticiper l’interprétation de certaines dispositions substantielles au regard de leur liberté réglementaire. Les deux dernières périodes de notre étude⁸⁸⁹ témoignent autant d’une augmentation du nombre des références dans les préambules que du développement des mentions quasi-inexistantes dans l’ancienne génération d’AII. La CNUCED relève à ce propos que ces références continuent d’être l’élément de réforme le plus courant malgré leur effet limité⁸⁹⁰.

L’étude comparative des AII signés durant les deux dernières périodes de notre cadre d’analyse permet d’observer une augmentation de l’insertion de références au droit de réglementer dans les préambules des traités, qu’elles soient directes ou indirectes⁸⁹¹. À l’échelle mondiale, 14%

⁸⁸⁶ V. par ex., SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, O.U.P., 2nd éd., 2015, p.130 ; ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms... », *op. cit.*, p.76 ; SPEARS (S.), *op. cit.*, pp.1066-1067 ; CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République d’Argentine* (ARB/03/17), décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §200.

⁸⁸⁷ VAN AAKEN (A.), « Control Mechanisms in International Investment Law », *op. cit.*, p.422 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.115.

⁸⁸⁸ V. CNUCED, *World Investment Report 2019*, *op. cit.*, p.105.

⁸⁸⁹ Ces deux périodes recouvrent l’émergence de la crise de légitimité traversée par le régime international des investissements (2001-2009), conduisant à la nouvelle génération d’AII (2010-2020).

⁸⁹⁰ CNUCED, *World Investment Report 2023*, *op. cit.*, p.73

⁸⁹¹ Pour une illustration de ce phénomène, v. Annexes, Figures 6(A) et 6(B).

des 691 AII signés entre 2001 et 2009 ont inséré au moins une des références répertoriées dans leur préambule⁸⁹². Dans la période suivante, cela concerne 56% des 186 AII conclus⁸⁹³. En Amérique latine, les traités témoignent d'une modification des préambules plus soutenue. En effet, 18% des 78 AII signés entre 2001 et 2009 contenaient au moins une mention directe ou indirecte au droit de réglementer, puis sur les 35 AII signés dans la période suivante, 66% comprenaient l'une des mentions dans leur préambule⁸⁹⁴.

Cette tendance s'observe d'autant plus au regard de la base de données de la CNUCED complémentée : entre 2001 et 2009, cela concernait 33% des 107 AII signés, puis 76% des 74 AII conclus dans la période suivante⁸⁹⁵.

Si on s'intéresse plus précisément aux mentions les plus visées dans les préambules, on constate que pour l'ensemble des pays, sur la période 2001-2009, celles-ci étaient par ordre décroissant : les aspects sociaux de l'investissement, l'environnement, le développement durable et le droit de réglementer⁸⁹⁶. Si ce classement par ordre de grandeur se poursuit dans la période suivante à l'échelle mondiale, on observe une variation en Amérique latine. En effet, sur la période 2010-2023 les préambules font le plus mention, par ordre décroissant, aux aspects sociaux de l'investissement, au développement durable, au droit de réglementer puis à l'environnement⁸⁹⁷. Il apparaît ainsi que la protection du droit de réglementer et la conduite d'une politique d'investissement en vue d'un développement durable, qui est devenu un enjeu majeur pour la communauté internationale⁸⁹⁸, ont été placées au centre de la réorientation des AII latino-américains.

Ces indications quantitatives conduisent alors à observer quelle forme ont emprunté ces références au droit de réglementer. À l'inverse des préambules des périodes précédentes, qui se résumaient en quelques lignes, les AII comprennent désormais des libellés plus ou moins longs qui mentionnent directement le « droit de réglementer » de l'État. Par exemple :

⁸⁹² V. Annexe, Tableau 2 (base de données CNUCED).

⁸⁹³ *Idem.*

⁸⁹⁴ *Idem.*

⁸⁹⁵ V. Annexe, Tableau 3 (base de données CNUCED complémentée).

⁸⁹⁶ V. Annexe, Tableau 2 (base de données CNUCED).

⁸⁹⁷ V. Annexe, Tableau 3 (base de données CNUCED complémentée).

⁸⁹⁸ V. MUCHLINSKI (P.), « Corporate Social Responsibility », in. MUCHLINSKI (P. T.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.637-687.

Souhaitant renforcer et approfondir les liens d'amitié et l'esprit de coopération continue entre les Parties ;

Traitant de stimuler, d'accélérer et encourager des investissements bilatéraux ;

Cherchant à créer et maintenir des conditions favorables aux investissements d'investisseurs d'une Partie dans le territoire de l'autre Partie ;

Reconnaissant le rôle fondamental de l'investissement dans la promotion du développement durable, de la croissance économique, du recul de la pauvreté, de la création d'emploi, de l'expansion de la capacité productive, du transfert de technologie et du développement humain ;

Cherchant que ses investisseurs et leurs investissements respectifs aient un comportement socialement responsable et contribuent au développement durable des deux Parties ;

Comprenant que l'approfondissement des relations entre les deux Parties en matière d'investissement apportera de grands et réciproques bénéfices ;

Avec l'objectif d'atteindre une expansion continue de l'investissement au bénéfice des deux Parties et améliorer le climat d'investissement grâce à l'échange d'information, la promotion, la coopération, l'identification et l'élimination des barrières à l'investissement ;

Reconnaissant l'importance de favoriser une ambiance transparente, facile et amiable pour l'investissement des deux Parties et la nécessité de promouvoir et de protéger les investissements étrangers, avec des perspectives afin de favoriser la prospérité économique des deux Parties ;

Reconnaissant le droit des deux Parties de réglementer les investissements réalisés dans son territoire pour atteindre des objectifs légitimes de politiques publiques, tels que la santé, la sécurité et l'écologie, entre autres ;

Désirant promouvoir et renforcer les contacts entre le secteur privé et les gouvernements des deux Parties, et

Avec l'objectif de créer un mécanisme de dialogue technique et des initiatives gouvernementales qui contribuent à une augmentation significative de l'investissement mutuel [Traduction libre]⁸⁹⁹.

⁸⁹⁹ « *Deseando reforzar y profundizar los lazos de amistad y el espíritu de cooperación continua entre las Partes; Tratando de estimular, agilizar y apoyar inversiones bilaterales;*

Buscando crear y mantener condiciones favorables a las inversiones de inversionistas de una Parte en el territorio de la otra;

Reconociendo el papel fundamental de la inversión en la promoción del desarrollo sostenible, del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza, de la creación de empleo, de la expansión de la capacidad productiva, de la transferencia de tecnología y del desarrollo humano;

Buscando que sus inversionistas y respectivas inversiones tengan una conducta socialmente responsable y contribuyan para el desarrollo sostenible de ambas Partes;

Entendiendo que la profundización de las relaciones entre las Partes en materia de inversión traerá amplios y mutuos beneficios;

Con el propósito de alcanzar una expansión continua de la inversión en beneficio de las Partes y mejorar el clima de inversión mediante el intercambio de información, la promoción y cooperación y la identificación y eliminación de barreras a la inversión;

Reconociendo la importancia de fomentar un ambiente transparente, ágil y amigable para la inversión de las Partes y la necesidad de promover y de proteger las inversiones extranjeras, con miras a favorecer la prosperidad económica de ambas Partes;

Reconociendo el derecho de las Partes a regular las inversiones realizadas en su territorio para lograr objetivos legítimos de políticas públicas, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente, entre otros;

Deseando fomentar y fortalecer los contactos entre el sector privado y los Gobiernos de las dos Partes; y

Con el objetivo de crear un mecanismo de diálogo técnico e iniciativas gubernamentales que contribuyan a un aumento significativo de la inversión mutua », v. TBI Brésil – Colombie (2015)

De façon parfois plus dense, d'autres traités mentionnent expressément le droit de réglementer dans leur préambule, empruntant des formules diverses telles que : « **Reaffirming the right of Parties to regulate investments in their territory in accordance with their law and policy objectives** »⁹⁰⁰ ; « Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États (...) sans préjudice du droit à réguler de chaque Partie contractante et en vue de protéger des objectifs légitimes de politiques publiques »⁹⁰¹ ; « **PRESERVING their flexibility to safeguard the public welfare** »⁹⁰² ou encore, « **Reasegurando a la autonomía y el espacio reglamentario** »⁹⁰³

Par ailleurs, cette référence peut être également indirecte et mentionner un certain aspect du droit de réglementer. C'est le cas par exemple lorsque le préambule prévoit que l'État a le droit de déterminer ses propres politiques publiques relatives à l'environnement, aux aspects sociaux de l'investissement ou au développement durable : « **Recognising the right of each Contracting Party to regulate the investments made in its territory in order to protect legitimate public welfare objectives in the field of health, public order and environment** »⁹⁰⁴.

Enfin, certains préambules mentionnent le droit « inhérent » de réglementer des États. Par exemple, le préambule de l'ALE Australie – Pérou de 2018 dispose que les parties à l'accord :

« **RECOGNISE their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non- living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals.** »⁹⁰⁵.

Le choix de cette formulation est hasardeux. Si le droit de réglementer est « inhérent », il est difficile de comprendre pour quelle raison il devrait être introduit dans le traité. Cette

⁹⁰⁰ TBI Brésil – Inde (2020).

⁹⁰¹ TBI France – Colombie (2014).

⁹⁰² ALE Amérique Centrale – Corée (2018). V. également, ALE Honduras – Pérou (2015) ; ALE Guatemala – Pérou (2011) ; ALE Amérique Centrale – Mexique (2011) ; ALE Costa Rica – Pérou (2011) ; ALE Panama – Pérou (2011) ; ALE Amérique Centrale – Panama (2002) ; ALE États-Unis – Chili (2003) ; ALE CARICOM – Costa Rica (2004) ; ALE d'Amérique centrale (« CAFTA-DR ») (2004).

⁹⁰³ TBI Brésil – Équateur (2019). V. également, TBI Brésil – Émirats arabes unis (2019) ; TBI Brésil – Guyana (2018) ; TBI Brésil – Suriname (2018) ; TBI Brésil – Éthiopie (2018) ; EPA Chili – Japon (2007).

⁹⁰⁴ TBI Colombie – Émirats arabes unis (2017). V. également le préambule du TBI Colombie – Espagne (2021) : « **Reafirmando el derecho de cada Parte Contratante a regular las Inversiones hechas en su Territorio para cumplir objetivos legítimos de bienestar público, que se pueden lograr sin disminuir sus estándares de salud, orden público y seguridad, derechos laborales y de medio ambiente de aplicación general.** »

⁹⁰⁵ V. également le préambule du Protocole de coopération et de facilitation de l'investissement Intra-MERCOSUR (2017) ; TBI Australie – Uruguay (2019) ; USMCA (2018) ; ALE Australie – Pérou (2018) ; TBI Turquie – Uruguay (2022) ; ALE Alliance du Pacifique – Singapour (2022).

formulation semble renvoyer à une acception du droit de réglementer au sens du droit international public. Elle contribue alors à renforcer une conception du droit de réglementer dans laquelle l'État a le pouvoir de réglementer mais s'il le fait en violation d'un traité d'investissement, il aura l'obligation d'indemniser les investisseurs étrangers lésés. En réalité, les préambules ne créant aucun droit, cette formulation doit être entendue comme les autres : une indication transmise aux arbitres quant à la volonté des États de voir leur droit de réglementer pris en considération.

Indépendamment de la rédaction retenue, il est nécessaire de faire mention de ce droit ou des intérêts qu'il poursuit dans les préambules. Si la force contraignante de ces derniers demeure relativement faible, cela peut contribuer à résoudre les incertitudes auxquelles font face les arbitres dans l'interprétation du traité, voire limiter leur pouvoir discrétionnaire dans ce cadre⁹⁰⁶. Les références incluses dans les préambules deviennent ainsi des arguments interprétatifs puissants en faveur du droit de réglementer et peuvent venir en soutien des autres dispositions du traité en ce sens⁹⁰⁷.

Par ailleurs, l'insertion conjointe des objectifs économiques et non-économiques dans les traités reflète la volonté de rendre compatibles des normes et des branches du droit international qui est fragmenté⁹⁰⁸. Cela témoigne également de l'élan de réorientation qui traverse le droit des investissements et qui tend à rééquilibrer les AII tout en leur permettant de mieux s'intégrer dans l'ordre juridique international⁹⁰⁹. Toutefois, comme le relevait le Tribunal de l'affaire

⁹⁰⁶ VADI (V.), *Public Health in International Investment Law...*, *op. cit.*, p.123.

⁹⁰⁷ V. KEENE (A.), *op. cit.*, p.77. Le tribunal de l'affaire *SD Myers c. Canada* a par exemple tenu compte de la volonté des parties, au regard du préambule de l'ALENA, de s'acquitter de leurs obligations d'une manière compatible avec la protection de l'environnement, v. S.A. CNUDCI, *S.D. Myers c. Canada*, première sentence partielle du 13 novembre 2000, §§220-221.

⁹⁰⁸ V. not. ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms... », *op. cit.*, p.57 ; SCHILL (S. W.), « W(h)ither fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *European Journal of International Law*, vol.22(3), 2011, p.890 et s. Sur la fragmentation du droit international, v. entre autres, PELLET (A.), « L'unité ou la fragmentation du système juridique international », in. *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp.294-298 ; KOSKENNIEMI (M.), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, New York, 2006, 117p ; REINISCH (A.), « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms : the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System ? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration », in. BUFFARD (I.), CRAWFORD (J.), PELLET (A.), WITTICH (S.) (dir.), *International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyden, Martinus Nijhoff, 2008, pp.107-126 ; BERGÉ (J.-S.), FORTEAU (M.), NIBOYET (M.-L.), THOUVENIN (J.-M.) (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011, 208p.

⁹⁰⁹ V. not. DANIC (O.), *op. cit.*, pp.531-579. V. également, SORNARAJAH (M.), « Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment », in. ANGHIE (A.), CHIMNI (B.), MICKELSON (K.),

Victor Pey Casado : « (...) s'il peut éclairer le sens des dispositions des articles du traité, le préambule ne saurait poser, à lui seul, une condition supplémentaire qui ne figure pas dans le corps du traité. »⁹¹⁰. La portée juridique des préambules restant relativement faible, les références qui y ont été incluses ont également fait leur apparition dans le texte des traités. Si leur emplacement dans le traité pourrait *a priori* les rendre plus contraignantes, reste que cette valeur juridique dépend de leur formulation.

§2. Les clauses déclaratoires et interprétatives, des dispositions à géométrie variable

Les clauses déclaratoires et interprétatives recouvrent une variété d'appellations : clauses de sauvegarde, déclaratoires, interprétatives ou encore clauses de réaffirmation du droit de réglementer⁹¹¹. Il s'agit de dispositions qui sont fondamentales à un instrument juridique, dans le corps de texte duquel elles se trouvent⁹¹², mais qui sont dotées d'une valeur contraignante relativement faible.

Leur variété rédactionnelle et leur éventuelle évolution conduisent à apprécier leur contenu normatif avec souplesse. Elles sont, en grande partie, appelées à jouer un rôle similaire à celui des préambules : être des dispositions interprétatives. Afin de déterminer l'objet et le but d'un AII, les tribunaux arbitraux doivent non seulement se référer à son préambule mais également à sa structure – telle qu'elle ressort des dispositions du traité prises dans leur ensemble et de ses annexes – qui compose son « contexte »⁹¹³. Les rédactions des clauses étant variées d'un traité à l'autre, elles peuvent n'être qu'une disposition très souple qui ne préserve pas nécessairement l'espace réglementaire de l'État, n'être qu'une simple réaffirmation du droit de réglementer ou encore s'approcher de la formulation d'un droit concret, ce qui conduit à s'interroger sur la qualification qui pourrait lui être attribuée. Ainsi, leurs formulations varient au point de

OKAFOR (O.) (eds.), *The Third World and International Order: Law Politics and Globalization*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2003, pp.173-190.

⁹¹⁰ CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. République du Chili* (ARB/98/2), sentence du 8 mai 2008, §374.

⁹¹¹ V. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.111 (clauses déclaratoires) ; NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.8 (réaffirmation) ; KORZUN (V.), *op. cit.*, pp.379, 387 (clauses de sauvegarde) ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.509 (clauses interprétatives).

⁹¹² CNUCED, *World Investment Report 2003*, *op. cit.*, p.146.

⁹¹³ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(1-2). V. par ex. CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), fond, arrêt du 17 décembre 2002, *Rec.*, p.625, §51.

comprendre bien souvent des déclarations dites interprétatives (A) et, à de rares occasions, des déclarations plus directrices (B).

A. Les clauses déclaratoires et interprétatives

L'apparition des clauses dites déclaratoires et interprétatives remonte au TBI RFA-Pakistan qui contient une disposition déclaratoire relative à la santé publique⁹¹⁴. Les clauses du même ordre, visant les droits sociaux et le droit de réglementer, émergent quant à elles une décennie plus tard⁹¹⁵. La dimension environnementale sera intégrée vers le début des années 1990, dans une clause déclaratoire plus étoffée, au sein du chapitre 11 de l'ALENA⁹¹⁶. La présence remarquée de cette catégorie de dispositions ne se fera remarquer qu'à partir des années 2000, la plupart d'entre-elles s'inspirant généralement de l'article 1114(1) de l'ALENA (« Mesures environnementales ») :

« Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, *par ailleurs conforme au présent chapitre*, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement. »⁹¹⁷.

D'un point de vue quantitatif, par l'étude comparative des AII signés durant les deux dernières périodes de notre cadre d'analyse⁹¹⁸, on constate une augmentation de l'insertion de clauses déclaratoires relatives au droit de réglementer dans le corps des traités, qu'elles soient directes ou indirectes. À l'échelle mondiale, on observe entre 1959 et 2000 que 1 à 5% des AII contiennent une clause déclaratoire, qu'elle vise directement le droit de réglementer ou, indirectement, en visant les préoccupations environnementales et sanitaires ou sociales⁹¹⁹. Puis entre 2001 et 2009 cela concerne de 5 à 15% des AII⁹²⁰. Enfin, entre 2010 et 2020, cela concerne

⁹¹⁴ TBI RFA – Pakistan (1959), Protocole, §2. V. également, Annexe, Figure 4.

⁹¹⁵ L'insertion des premières clauses déclaratoires relatives au droit de réglementer et aux droits sociaux s'observe respectivement en 1966 et en 1969, v. Annexe, Figure 4.

⁹¹⁶ ALENA, 1994.

⁹¹⁷ ALENA, art. 1114(1) ; souligné par nous. V. également, l'article 14.16 de l'USMCA : « *Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health, safety, or other regulatory objectives.* ».

⁹¹⁸ Ces deux périodes recouvrent l'émergence de la crise de légitimité traversée par le régime international des investissements (2001-2009), conduisant à la nouvelle génération d'AII (2010-2023).

⁹¹⁹ V. Annexe, Tableau 2 (base de données CNUCED).

⁹²⁰ *Idem*.

entre 33 et 68% des traités⁹²¹. L'accroissement de ces références dans les traités latino-américains est légèrement plus soutenue à partir des années 2000. Entre 9 et 24% des AII de la période 2001-2009 contiennent une clause déclaratoire puis entre 40 et 80% des AII de la période suivante⁹²². Qu'il s'agisse des traités signés par tous les pays confondus ou les États latino-américains, la majorité d'entre eux incorpore une clause déclaratoire formulée en vue de protéger l'environnement et la santé publique⁹²³. Cela peut s'expliquer, en partie, par le fait que les États signent de moins en moins d'AII depuis les années 2000⁹²⁴ et préfèrent signer des ALE plutôt que des TBI⁹²⁵, or ces premiers comportent généralement tous un chapitre sur l'environnement et donc, une clause déclarative.

Ces clauses déclaratoires relatives à l'environnement ont un énoncé permissif qui ne permet pas de préserver effectivement le droit de réglementer de l'État. C'est le cas par exemple des clauses, inspirées de l'article 1114 de l'ALENA, qui se rapportent aux aspects sociaux de l'investissement ou à l'environnement sans aucunement mentionner le droit de réglementer⁹²⁶.

Tel est le cas par exemple de l'article 10.11 de l'ALE d'Amérique centrale :

*« Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. »*⁹²⁷.

⁹²¹ *Idem.*

⁹²² *Idem.*

⁹²³ À l'échelle globale et sur l'ensemble des AII de nouvelle génération, signés entre 2010 et 2020, 23% insèrent une clause déclaratoire relative au droit de réglementer, 33% insèrent une clause déclaratoire relative aux aspects sociaux de l'investissement et 68% insèrent une clause déclaratoire relative à la santé et l'environnement, v. Annexe, Tableau 2 (base de données CNUCED). En Amérique latine, sur la période 2010-2023, 26% insèrent une clause déclaratoire relative au droit de réglementer, 47% insèrent une clause déclaratoire relative aux aspects sociaux de l'investissement et 82% insèrent une clause déclaratoire relative à la santé et l'environnement, v. Annexe, Tableau 3 (base de données CNUCED complétée).

⁹²⁴ Le Professeur Arnaud De Nanteuil considère qu'au-delà d'une explication fondée sur le rejet du système international relatif aux investissements, il s'agit d'un « essoufflement bien compréhensible au regard du nombre de traités signés depuis le début des années 1990. », v. NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, op. cit., p.17.

⁹²⁵ CNUCED, *World Investment Report 2008 – Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Publications des Nations Unies, New York, 2008, p.17.

⁹²⁶ V. par ex., Article 10.11 de l'ALE d'Amérique centrale (« CAFTA-DR ») (2004), accord conclu entre le Costa Rica, la République Dominicaine, Le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et les États-Unis d'Amérique ; ALE Chili-Pérou (2006), Artículo 11.13 (« *Inversión y Medioambiente* ») ; ALE Brésil – Chili (2018), art.8.17 (« *Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente, Asuntos Laborales y otros Objetivos Regulatorios* »), §1.

⁹²⁷ ALE d'Amérique centrale (2004), art.10.11.

L'insertion de ces clauses déclaratoires, dont la formulation est relativement souple, indique que les États souhaitent que les tribunaux internationaux fassent preuve de déférence dans leur examen des mesures réglementaires, sans pour autant consacrer un fondement conventionnel au droit de réglementer de l'État. En effet, ces clauses, qui s'adressent indirectement au droit de réglementer de l'État, ont toutes connues une interprétation ne leur conférant en aucun cas un tel effet. Dans l'affaire *Al Tamimi c. Oman*, le Tribunal a considéré à propos d'une disposition similaire⁹²⁸, relative à la protection de l'environnement, qu'elle :

*« provides a forceful protection of the right of either State Party to adopt, maintain or enforce any measure to ensure that investment is "undertaken in a manner sensitive to environmental concerns", provided it is not otherwise inconsistent with the express provisions of Chapter 10 [Investment]. »*⁹²⁹.

Au demeurant, le Tribunal a accordé un poids plus important à cette disposition dans le cadre de son argumentation relative aux *police powers*, considérant que cette doctrine « *is given even greater force in the present context by Article 10.10 (...)* »⁹³⁰.

Plus récemment encore, le Tribunal de l'affaire *Infinito Gold* a confirmé cette interprétation. Confronté à une clause déclaratoire relative à l'environnement – figurant au premier paragraphe d'une disposition par ailleurs intitulée « *General Exceptions and Exemptions* »⁹³¹ – il l'a qualifiée de simple "réaffirmation" du droit de réglementer de l'État⁹³². Le Tribunal s'est fondé sur l'interprétation de l'article 1114 de l'ALENA pour décider que cette clause n'avait vocation qu'à rappeler aux interprètes du traité que celui-ci poursuit plusieurs objectifs qui doivent être conciliés⁹³³. De même, dans l'affaire *David Aven*, le Tribunal a considéré que l'article 10.11 de l'ALE d'Amérique centrale n'accorde aucun droit absolu à l'État-hôte dans la mise en œuvre de réglementations d'intérêt public car ces clauses : « *no imponen – en sí mismas – ninguna*

⁹²⁸ ALE Oman – États-Unis, chapitre 10 (« Investissement »), art.10.10 (« *Investment and Environment* ») : « *Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.* »

⁹²⁹ CIRDI, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman* (ARB/11/33), sentence du 3 novembre 2015, §387.

⁹³⁰ *Ibid.*, §445. V. également, KEENE (A.), *op. cit.*, p.78.

⁹³¹ TBI Canada – Costa Rica (1998), Annexe I, disposition III (« *General Exceptions and Exemptions* »), §1 : « *Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Agreement that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.* »

⁹³² CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, sentence du 3 juin 2021, §§776-778.

⁹³³ *Ibid.*, §778.

obligación afirmativa a los inversionistas. (n'imposent – en elles-mêmes – aucune obligation positive aux investisseurs [traduction libre]) »⁹³⁴.

Cette catégorie de dispositions a été décrite comme un « *mere declaratory right to regulate* »⁹³⁵ en ce qu'elles ne font que reconnaître ce que consacre déjà le droit international général. L'État peut déjà adopter des mesures dans l'intérêt public, sans nécessiter l'autorisation expresse du traité.

Bien qu'il soit positif que le droit de réglementer de l'État soit rappelé, pour que la clause ait une réelle efficacité, il faudrait qu'elle puisse avoir un impact sur les autres dispositions du traité. Or, elles sont bien souvent silencieuses sur ce point et ne précisent pas si l'État n'est plus tenu d'indemniser l'investisseur lésé⁹³⁶. Ces dispositions, silencieuses sur le droit de réglementer, s'apparentent plus à des déclarations incitatives, encourageantes à cet égard⁹³⁷. Bien qu'il semblerait que les parties puissent adopter une mesure qui poursuit un intérêt public, cette rédaction l'astreint à être conforme au traité dans son ensemble, ce qui, *in fine*, ne met en place aucune exception⁹³⁸. La disposition n'est ainsi que tautologique⁹³⁹. Cette exigence de compatibilité avec l'accord est une « *expression of the primacy of the agreement and hence a limit to any right to regulate (...)* »⁹⁴⁰. De plus, la disposition ne vise que la « manière » dont sont menées les activités d'investissement sur le territoire de l'État-hôte, ce qui restreint son champ d'application⁹⁴¹. Dans le meilleur des cas, la clause permet de conférer une plus grande légitimité à l'action de l'État, considérant l'objectif poursuivi.

⁹³⁴ CIRDI, *David R. Aven et al. c. République du Costa Rica* (n°UNCT/15/3), sentence du 18 septembre 2018, §743.

⁹³⁵ MARKERT (L.), *op. cit.*, pp.149-150. V. également en ce sens, NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.509 ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.53.

⁹³⁶ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.9.

⁹³⁷ Elles doivent pourtant être distinguées des clauses de non-abaissement des standards, qui visent plus précisément à lutter contre le "dumping réglementaire", v. *supra*, note 814.

⁹³⁸ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.9 ; ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.55. La CNUCED relevait que : « *The purpose of the clause is (...) mainly explanatory. It is a tool for sending a message to civil societies that the contracting parties take environmental concerns into account.* », v. CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006...*, *op. cit.*, p.89.

⁹³⁹ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.509 ; NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.9 ; WEILER (T.), « A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Environmental Concerns with Investment Protection* », *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, vol.24(2), p.182.

⁹⁴⁰ MANN (H.), *op. cit.*, p.219.

⁹⁴¹ V. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.113.

Certaines clauses déclaratoires et interprétatives mentionnent quant à elles expressément le droit de réglementer et en portent même l'intitulé. Tel est le cas par exemple de l'article 11 du TBI Argentine – Émirats Arabes Unis de 2018, « *Right to regulate* » :

« *For the purpose of this Agreement, the Parties recognise their right to regulate in their territories in order to achieve legitimate public policy objectives, such as national security, the protection of public health, safety, the environment, public morals, social and consumer protection, or the promotion and protection of cultural diversity.* »⁹⁴².

Bien que cet énoncé ne requière pas de compatibilité entre les mesures adoptées par l'État et les obligations du traité, il ne s'agit que d'une "reconnaissance" du droit de réglementer. L'emploi des termes « *for the purpose of this Agreement* » indique qu'il s'agit ici de préciser le sens du droit de réglementer. La portée de la disposition est ainsi limitée en ce qu'il ne s'agit que d'une clarification⁹⁴³.

Indépendamment de leur formulation, ces différentes clauses peuvent s'apparenter à une déclaration d'intention dont la portée ne serait que rhétorique⁹⁴⁴. Il s'agit surtout de proclamer le droit de réglementer de l'État en vue de sa prise en considération. Il peut être considéré que ces dispositions sont alors un exemple de *soft-law*⁹⁴⁵, expression qui désigne : « des règles dont la valeur normative serait limitée (...) parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes »⁹⁴⁶.

En effet, ces dispositions, rédigées en des termes non-prescriptifs, sont dépourvues de caractère obligatoire en ce qu'elles n'expriment aucun commandement ou interdiction. Dès lors, « [elles] ne semblent pas avoir de valeur dérogatoire par rapport aux règles protectrices des

⁹⁴² TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), art.11 (« Right to Regulate »). V. également, par ex. ALE Argentine – Chili (2017), art. 8.4 (« *Derecho a regular* ») ; ALE Alliance du Pacifique – Singapour (2022), art.8.3 (« Right to Regulate ») : « *The Parties reaffirm their right to regulate within their respective territories to achieve legitimate policy objectives.* » ; TBI Colombie – Espagne (2021), art.14.1 : « *Las Partes Contratantes reconocen mutuamente su derecho a regular dentro de sus Territorios mediante medidas razonables para alcanzar objetivos legítimos de política pública (...)* » ; ALE Argentine – Chili (2017), art.8.4.

⁹⁴³ V. not. BALTAG (C.), JOSHI (R.), DUGGAL (K.), « Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility : Too Much or Too Little ? », *ICSID Review – FILJ*, vol.38(2), 2023, p.387.

⁹⁴⁴ V. ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.563.

⁹⁴⁵ V. EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.561 ; TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.113. L'expression de *soft-law* est désignée en français par droit mou, droit souple, droit assourdi ou droit vert, v. CAZALA (J.), « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol.66, 2011, p.42 et notes 6-7.

⁹⁴⁶ SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 1039.

investissements »⁹⁴⁷. Cela ne revient pas à dire qu'elles sont privées d'effet juridique, mais leur contenu normatif est malléable. Bien que leur effet semble limité, ce type de disposition pourrait néanmoins s'avérer utile dans les litiges à venir en ce qu'elles éclairent d'autant plus le contexte et l'objectif des traités d'investissement si elles se combinent par exemple, avec une mention identique dans le préambule⁹⁴⁸. Elles peuvent permettre aux arbitres d'insérer les intérêts de l'État-hôte dans leur raisonnement et dans leur appréciation des règles de fond et confirment la tendance à la prise en compte des préoccupations d'intérêt général⁹⁴⁹. Comme le souligne la Professeure Saïda El Boudouhi, les arbitres « ne sont pas compétents pour soustraire clairement certains domaines à l'application des règles protectrices des investissements, [mais ils] peuvent s'appuyer sur ces dispositions pour intégrer l'intérêt général dans la définition des règles protectrices. »⁹⁵⁰.

B. Les clauses déclaratoires et directrices

Certaines clauses déclaratoires des traités de nouvelle génération ont été formulées en des termes plus audacieux, tirant les leçons de l'interprétation des clauses rédigées en des termes similaires à ceux de l'article 1114 de l'ALENA et qui ont été considérées comme simplement « *hortatory* »⁹⁵¹. C'est le cas par exemple du récent TBI conclu entre la Colombie et le Venezuela qui prévoit que l'État est libre d'adopter les mesures réglementaires dans l'intérêt public, qu'il juge approprié, à condition que celles-ci obéissent au principe de proportionnalité⁹⁵².

Dans le même sens, l'article 17 du TBI Brésil – Équateur (2019) prévoit que :

« Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure it deems appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner according to labor, environmental and health law of

⁹⁴⁷ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.561.

⁹⁴⁸ V. GEHRING (M. W.), KENT (A.), « Sustainable Development and IIAs: From Objective to Practice » in. De MESTRAL (A.), LÉVESQUE (C.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, New-York, 2013, p.295

⁹⁴⁹ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, pp.560-561.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p.560.

⁹⁵¹ SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p.226.

⁹⁵² TBI Colombie – Venezuela (2023), art.14 (« Medidas ambientales y laborales ») : « (...) Nada de los dispuesto en este Acuerdo se entenderá en el sentido de prevenir a una Parte de adoptar, mantener, o hacer cumplir cualquier medida que considere apropiada para asegurar que una actividad de Inversión en su territorio sea asumida de acuerdo con sus leyes y regulaciones ambientales, así como con sus leyes y regulaciones laborales, siempre que tales medidas sean proporcionales a los objetivos buscados. ».

that Party, provided that this measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction. »⁹⁵³.

Ces formulations interrogent sur la nature de la disposition⁹⁵⁴. D'une part, le droit de réglementer y est conditionné à l'application non-discriminatoire et non-arbitraire de la mesure, ce qui s'apparente à la rédaction des exceptions conventionnelles⁹⁵⁵ et peut prêter à confusion si le traité contient également une de ces exceptions. D'autre part, l'emploi des termes « *it deems appropriate* » ou « qu'il considère appropriée » laisse une grande marge d'appréciation à l'État-hôte, ce qui, selon certains auteurs, pourrait compromettre la sécurité et la prévisibilité du régime juridique établi par le traité⁹⁵⁶. Enfin, la disposition renvoie au droit national, ce qui s'écarte de l'article 27 de la Convention de Vienne⁹⁵⁷ qui dispose que cela ne doit pas permettre la violation d'une obligation internationale.

Certaines clauses s'aventurent plus en avant, telle que celle de l'article 14 du TBI Colombie – Espagne (2021), intitulée « *Derecho a Regular* »⁹⁵⁸. Cette disposition est formulée en des termes similaires à ceux de l'article 8.9 de l'Accord économique et commercial global (ci-après « CETA ») de 2016, intitulé « Investissement et mesures réglementaires » :

« 1. Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle.

2. Il est entendu 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

⁹⁵³ TBI Brésil – Équateur (2019), art.17. V. également, TBI Brésil – Inde (2020), art.22.1.

⁹⁵⁴ V. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), « Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths, and Risks », (2017), Forthcoming in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.) (eds), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2016-2017*, O.U.P., New York, 2018, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3084663>, p.48.

⁹⁵⁵ V. Chapitre 5 de la présente thèse.

⁹⁵⁶ KEENE (A.), *op. cit.*, p.71.

⁹⁵⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.27 : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46. ».

⁹⁵⁸ TBI Colombie – Espagne (2021), Artículo 14 (« Derecho a Regular ») : « 1. Las Partes Contratantes reconocen mutuamente su derecho a regular dentro de sus Territorios mediante medidas razonables para alcanzar objetivos legítimos de política pública, tales como la seguridad, el desarrollo sostenible, la seguridad social, la privacidad, la protección de datos, la promoción o la protección de la diversidad cultural, los derechos humanos, la salud, la educación, los servicios sociales, los consumidores, los recursos naturales o el medio ambiente.

2. El solo hecho de que la adopción, modificación o ejecución de una Medida afecte negativamente a una Inversión o interfiera con las expectativas del Inversionista, incluyendo su expectativa de ganancia, no constituye por sí mismo un incumplimiento de ninguna obligación bajo este Acuerdo. »

compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. (...) »⁹⁵⁹.

Ces clauses, qui peuvent être qualifiées de "directrices"⁹⁶⁰, ne font pas l'unanimité. Il a été envisagé de l'article 8.9 du CETA que le paragraphe 2 de cette disposition énoncerait un droit concret – à la différence de la mention au droit de réglementer dans le préambule – et une règle positive – à la différence d'une exception⁹⁶¹. Cependant, les termes « il est entendu que » ou « *for greater certainty* » sont généralement employés pour apporter une précision. Il s'agirait alors d'une clarification du paragraphe précédent à l'intention des interprètes du traité⁹⁶². Par ailleurs, le traité comprenant également une exception conventionnelle, cela interroge sur l'interaction entre les deux dispositions. Dans l'incertitude, on peut néanmoins considérer que cette nouvelle formulation peut avoir, *a minima*, pour conséquence d'obliger les arbitres à tenir compte du droit de réglementer de l'État. La clause du TBI Colombie – Espagne se trouve, quant à elle, au sein d'un traité dépourvu d'exception conventionnelle et n'emploie pas de termes appartenant au champ des clarifications, ce qui appuierait une interprétation en faveur d'un droit concret. Reste qu'elle se trouve également à la suite d'un premier paragraphe dont l'énoncé est déclaratoire.

En tout état de cause, ces formulations sont à ce jour résiduelles, la majorité des clauses déclaratoires appartenant à la première des catégories et s'adressant spécifiquement à la protection de l'environnement et de la santé, sans mentionner expressément le droit de réglementer.

⁹⁵⁹ Accord économique et commercial global (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)) (2016), art.8.9.

⁹⁶⁰ TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.39.

⁹⁶¹ TITI (C.), « The European Commission's Approach to the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Investment Standards and International Investment Court System – An Overview of the European Commission's Draft TTIP Text of 16 September 2015 », *T.D.M.*, 2015, vol.12(6), p.4. V. également, GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, pp.26-27.

⁹⁶² HUSH (E.), « Where No Man Has Gone Before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements », *Colombia Journal of Environmental Law*, vol.43(1), p.144 ; GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.26. ; Swedish National Board of Trade, *The "Right to Regulate" in the Trade Agreement between the EU and Canada – and its Implications for the Agreement with the USA*, 15 août 2015, pp.9-13, disponible à : <https://www.kommerskollegium.se/globalassets/publikationer/rapporter/2016-och-aldre/publ-the-right-to-regulate.pdf> ; CJUE, Avis 1/17, *Conclusions de l'avocat général M. Y. BOT*, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72, §133.

Conclusion du Chapitre 4

Ce chapitre a permis de délimiter distinctement notre cadre d'analyse des références au droit de réglementer dans les traités, à partir de sa définition. Celle-ci est spécifique au contexte dans lequel il a vocation à être invoqué par les États, à savoir celui des investissements. Le « droit de réglementer » s'éloigne ainsi de son acception au sens du droit international général et permet à l'État d'adopter des mesures qui seraient contraires aux obligations du traité d'investissement, sans pour autant engager sa responsabilité internationale. Les traités de nouvelle génération, notamment en Amérique latine, ont la particularité de rechercher à garantir un fondement conventionnel au droit de réglementer ainsi défini.

Le droit de réglementer s'exprime alors dans les traités sous diverses dispositions, qui peuvent permettre de le consacrer ou à tout le moins de créer un environnement favorable à sa prise en considération. En effet, les références au droit de réglementer dans les préambules et dans des clauses déclaratoires, prises isolément, ne permettent pas de garantir le droit de réglementer. Dans le premier cas, la référence n'a aucune valeur contraignante tandis que dans le second, les formulations tendent au mieux, à obliger les arbitres à tenir compte des intérêts réglementaires des États-hôtes. Au demeurant, « *they may perform an auxiliary function by complementing or emphasizing the weight to be given to specific public interests* »⁹⁶³. Ces références sont alors une reconnaissance explicite de l'interférence, non pas des réglementations sur la propriété des investisseurs, mais de celle des investissements sur la capacité réglementaire de l'État, sur l'environnement, sur la santé etc.⁹⁶⁴. Toutefois, dans les cas où les traités comprennent également une exception conventionnelle, ces dispositions et références ont un rôle essentiel à jouer. Au regard des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, elles font en effet partie du contexte du traité et pourraient permettre d'appuyer le sens à donner à une exception relative au droit de réglementer en cas d'incertitude des arbitres.

⁹⁶³ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, op. cit., p.104. V. également dans le même sens, LESTER (S.), MERCURIO (B.), op. cit., p.5.

⁹⁶⁴ VADI (V.), *Public Health in International Investment Law...*, op. cit., p.132.

Conclusion du Titre 2

La re-politisation du régime international des investissements est le fruit d'une convergence d'approches et de choix dirigés vers l'affirmation, ou la réaffirmation, par les États, de leur souveraineté, et dans le cadre de leurs AII, particulièrement de leur droit de réglementer. Cette re-politisation s'observe par l'adoption de modèles conventionnels, d'accords régionaux et de nouveaux traités bilatéraux qui démontrent que les États latino-américains sont attachés au développement du droit international des investissements mais que cela implique d'importants changements.

De fait, ces États ont été particulièrement impactés par des arbitrages visant des mesures de réglementation générale qui avaient pour but de protéger les écosystèmes qui se trouvent sur leurs territoires, l'accès à l'eau de leurs citoyens, la santé de ceux qui pouvaient se trouver impactés par la pollution d'activités minières ou encore de rétablir des conditions économiques dégradées. Les États ont tiré les leçons des sentences arbitrales incohérentes, notamment dans le cadre du contentieux relatif à l'expropriation indirecte, qui reposent sur le choix d'une doctrine ou d'une autre. La tendance latino-américaine à la protection conventionnelle du droit de réglementer s'observe par la multiplication des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII, qui semble prépondérante dans cette région. Ces États ont également accordé plus d'importance à l'insertion de la mention du droit de réglementer dans le préambule de leurs traités.

SECONDE PARTIE

LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES AU CŒUR DE LA REPOLITISATION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE

Titre 3. La protection du droit de réglementer par le jeu des exceptions conventionnelles

Titre 4. L'exception générale d'ordre public, un mécanisme susceptible d'amélioration

TITRE 3

LA PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER PAR LE JEU DES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES

L'examen des traités d'investissement conclus par des pays latino-américains depuis les années 2010 témoignent d'une accélération du nombre de références au droit de réglementer dans les traités, au premier rang desquelles figurent les exceptions conventionnelles. Dans ce cadre, l'exception générale d'ordre public peut leur permettre de fonder conventionnellement le droit de réglementer de l'État. Il convient à ce titre d'examiner dans un premier temps la typologie des exceptions conventionnelles qui peuvent l'accompagner dans les traités. Leurs similarités ainsi mises en exergue, les interprétations des tribunaux arbitraux relatives à celles-ci peuvent nourrir les réflexions quant à l'appréciation qui sera faite des exceptions générales d'ordre public. Dans un second temps, il convient de concentrer l'examen sur la formulation de ces dernières dans les traités de nouvelle génération en Amérique latine. Les choix terminologiques permettent alors de souligner que le mouvement de re-politisation des pays de la région s'est attaché à renforcer la protection de leur droit de réglementer, à partir de mécanismes familiers du droit du commerce international (**Chapitre 5**).

Si l'on s'en tient uniquement à la pratique des textes, on pourrait considérer que la mise en œuvre de l'équilibre des intérêts en droit international des investissements s'amorce positive sous le prisme de la prise en considération de ceux des États d'accueil. Toutefois, la concrétisation de la protection du droit de réglementer de l'État par le biais des exceptions générales d'ordre public requiert l'intervention des tribunaux arbitraux. De sorte qu'il conviendra de mesurer quels sont les défis interprétatifs que peuvent soulever ces dispositions et élaborer, *in abstracto*, certains éléments de réponses (**Chapitre 6**).

CHAPITRE 5

LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES ÉRIGÉES AU TITRE DE GARANTIE DE LA PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER

Le présent chapitre vise à établir une typologie des exceptions conventionnelles, qui occupent une place plus importante dans le contentieux des investissements, en vue de déterminer dans quelle mesure l'exception générale d'ordre public constitue la disposition la plus à même de garantir un fondement conventionnel au droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public.

Il convient d'apporter une définition à chacune de ces exceptions, en tenant compte des divergences dans l'appréhension de leur conceptualisation. Du fait de leur qualification, les exceptions entraînent des conséquences pratiques différentes. Il s'agira par la suite d'examiner la structure des exceptions conventionnelles relatives à une norme ou à un intérêt spécifique, tout en les distinguant de l'exception générale d'ordre public (**Section 1**).

Au cœur de ces dispositions, l'exception générale d'ordre public apparaît comme étant celle qui permet de mieux garantir la liberté réglementaire de l'État. Cette disposition, connue du droit des investissements sans être pour autant incorporée avec force dans les traités, fait l'objet depuis les années 2010 d'un regain d'intérêt. De fait, la rédaction des traités de nouvelle génération témoigne de la volonté des États de protéger leur droit de réglementer en vue de préoccupations extra-économiques, par l'incorporation de ces exceptions, en sus d'un ensemble de références dans le traité qui permettent de lui assurer un environnement favorable.

Largement inspirées des exceptions générales du droit de l'OMC, les clauses qui figurent dans les traités d'investissement tendent à reproduire la structure de celles-ci tout en adoptant des variations rédactionnelles. L'examen des exceptions générales d'ordre public des accords internationaux d'investissement des pays latino-américains montre que ces modifications textuelles visent à renforcer le droit de réglementer (**Section 2**).

Section 1. Les exceptions conventionnelles, un grand ensemble de dispositions aux portées variables

Les exceptions conventionnelles permettant de sauvegarder le droit de réglementer de l'État ne sont pas, pour certaines, des dispositions inédites en droit des investissements et sont librement inspirées des dispositions du droit de l'OMC. Toutefois, les préoccupations relatives à la liberté réglementaire ont conduit les États, non seulement à insérer des exceptions spécifiques à certaines normes de traitement de l'investissement mais, surtout, à intégrer de manière croissante des exceptions générales dans leurs traités de nouvelle génération. Malgré leur multiplication, les catégories de notre cadre analytique, que sont ici les exceptions conventionnelles, sont l'objet de divergences doctrinales et arbitrales au motif qu'elles sont difficiles à discerner. Pour autant, il importe de s'efforcer à les distinguer dans la mesure où leur typologie a des incidences pratiques (§1). Certaines exceptions sont considérées comme ayant une portée limitée, notamment en raison de leur champ d'application réduit à certaines obligations de l'AII ou encore parce qu'elles ne permettent de justifier qu'une certaine catégorie de mesures réglementaires (§2). Celles-ci peuvent éclairer sur l'étendue des enjeux que soulèvent les exceptions générales d'ordre public.

§1. La multiplicité d'exceptions conventionnelles aux conceptualisations différentes

Si les dispositions appartiennent à la même catégorie générique d'exceptions proliférantes dans les AII, elles doivent être distinguées. D'une part, les exceptions peuvent être spécifiques, en ce qu'elles se rapportent à une seule norme du traité, ou générales, s'appliquant alors à l'ensemble – ou à une grande partie – du traité. D'autre part, les exceptions générales peuvent viser la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État, ou la protection d'objectifs généraux de bien-être public, au-delà de la seule sécurité nationale. Ces dernières seront nommées « exceptions générales d'ordre public » afin de recouvrir toutes les variations textuelles relatives aux intérêts publics tels que la santé publique, l'environnement, l'ordre public (A). Il conviendra de caractériser la nature de ces différentes catégories d'exceptions pour lesquelles la doctrine a fait montre d'approches conceptuelles divergentes (B).

A. La multiplication des exceptions conventionnelles dans les accords internationaux d'investissement

Les exceptions prévues par le droit conventionnel sont la manifestation la plus évidente et la plus directe du droit de réglementer de l'État. Les exceptions existent depuis les premiers TBI et sont constamment apparues dans les traités d'investissement⁹⁶⁵. Les préoccupations relatives à l'espace réglementaire de l'État-hôte en droit des investissements prenant de l'ampleur, les exceptions conventionnelles ont progressivement pris une place plus importante dans les traités. En effet, les AII témoignent d'un surcroît de protection en faveur du droit de réglementer de l'État et de la protection des intérêts non-économiques. Si certaines dispositions sont plus anciennes que d'autres, la tendance des AII de nouvelle génération est celle de la multiplication de l'ensemble des exceptions conventionnelles dans les traités⁹⁶⁶.

Une première approche consiste à introduire, à la suite d'une norme de traitement de l'investissement, en particulier celle relative à l'expropriation indirecte, ou dans une annexe relative à cette norme, une exception, dite « spécifique ». L'exception est spécifique en ce que son champ d'application se limite à cette norme. Elle permet de faire exception à la qualification de l'expropriation indirecte si certaines conditions sont réunies. La particularité de ces dispositions est également celle de permettre la protection d'un large éventail d'intérêts publics, par une formulation non-exhaustive qui renvoie aux mesures adoptées dans un but légitime de protection du bien-être public, « par exemple... », « *such as* », ou encore « notamment en matière de... » suivie de quelques exemples. L'incorporation d'exceptions spécifiques relatives à l'expropriation indirecte est, à la différence des exceptions générales, un phénomène relativement récent, qui s'est amorcé à l'orée des années 2000⁹⁶⁷. En effet, environ 4% des AII conclus au cours de la première décennie des années 2000, tous pays confondus, contenaient ce type d'exception⁹⁶⁸. Cette tendance s'est particulièrement observée en Amérique latine, considérant que 21% des AII conclus dans cette même période incorporent une exception spécifique relative à l'expropriation indirecte⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.312-313, 318 et s.

⁹⁶⁶ Ce phénomène est observable au sein du Tableau 2 et s'illustre par les courbes évolutives de la Figure 6, v. Annexes. V. également, CNUCED, *World Investment Report 2017*, *op. cit.*, p.122, Table III.4 ; KEENE (A.), *op. cit.*, pp. 64-65.

⁹⁶⁷ V. *Ibid.*, Figure 4.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, Tableau 2.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, Tableau 3.

L'insertion d'exceptions générales est une seconde approche permettant de garantir le droit de l'État en s'appliquant à l'ensemble du traité. Les exceptions générales sont essentiellement inspirées du droit commercial international. Les exceptions visant à protéger les intérêts essentiels de sécurité et celles visant à protéger les objectifs généraux de bien-être public sont souvent modelées sur les articles XX et XXI du GATT de l'OMC, voire les incorporent *mutatis mutandis* :

« Article XX : Exceptions générales

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 (...) ; (...)
- 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 (...).

« Article XXI : Exceptions concernant la sécurité

Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée

- a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;
- b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité : (...)
- c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. »⁹⁷⁰.

Malgré leurs ressemblances, les deux exceptions précitées sont à distinguer. D'une part, les exceptions de sécurité sont relatives aux « intérêts essentiels de sécurité », s'appliquent à toutes les obligations du traité et emploient souvent une formulation « *self-judging* »⁹⁷¹ qui impliquent

⁹⁷⁰ GATT, articles XX et XXI.

⁹⁷¹ Une clause « *self-judging* » pourrait se traduire comme une clause « automatique » c'est-à-dire une clause dont l'État décide de son application à la mesure litigieuse, les arbitres ne se prononçant que sur la question de savoir si l'État était de bonne foi en adoptant cette mesure. À l'inverse, si elle ne l'est pas, c'est le tribunal arbitral qui tranchera sur l'application de l'exception et décidera si la mesure était bien nécessaire à la protection de l'objectif

que l'État sera seul juge de la question de savoir si l'exception peut être invoquée et s'appliquer à la mesure contestée. D'autre part, les exceptions d'ordre public sont relatives à la protection d'objectifs généraux de bien-être public, au-delà de la seule sécurité nationale. Les dispositions renvoient à la protection de l'ordre public, de la santé publique, de l'environnement etc. La portée de ces exceptions est donc plus importante car elles couvrent des préoccupations d'intérêts publics larges. Elles se distinguent également des exceptions de sécurité par la nature du lien attendu entre la mesure et l'objectif qu'elles poursuivent et par leur assujettissement à certaines conditions qui ne figurent pas dans les premières. Dans les AII, les exceptions générales relatives à la sécurité et à des objectifs généraux de bien-être public sont généralement inspirées du droit de l'OMC, certaines intégrant les articles précités à l'identique et d'autres reprenant leur structure tout en adoptant des variations textuelles⁹⁷². Elles permettent alors de justifier une mesure qui constituerait, *prima facie*, une violation du traité⁹⁷³.

La présence de ces deux catégories d'exceptions conventionnelles dans les traités d'investissement n'est pas un phénomène nouveau. On peut observer, tous pays confondus, que 5 à 9% des AII conclus entre 1959 et 2000 ont incorporé ces exceptions, qui ont fait leur première apparition dès les années 1960⁹⁷⁴. L'insertion de ces exceptions dans les traités s'est relativement renforcée dans la décennie suivante et concernait 9 à 19% des AII conclus. On note que cette tendance est similaire pour les AII conclus par des États latino-américains, bien que l'insertion de ce type d'exceptions soit plus marquée entre 2001 et 2009⁹⁷⁵. Les exceptions conventionnelles sont alors des dispositions qui ne sont majoritairement pas inédites mais qui, à partir des années 2000, se sont multipliées.

Le phénomène de l'intégration d'exceptions conventionnelles a gagné en importance dans les AII de nouvelle génération. À l'échelle mondiale, on observe que 41% des AII conclus comprennent une exception spécifique relative à l'expropriation indirecte, et 36 à 62% incorporent des exceptions générales⁹⁷⁶. En Amérique latine, 58% des AII intègrent une

visé par elle, v. nt. PIROTTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.27. V. également, DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.240 qui traduisent la clause « *self-judging* » comme une clause « auto-exécutoire ».

⁹⁷² V. *infra*, notes 1148 et s.

⁹⁷³ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.2. V. également, NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.484.

⁹⁷⁴ V. Annexes, Tableau 2 et Figure 4. V. également, BOISSON de CHAZOURNES (L.), *op. cit.*, p.386.

⁹⁷⁵ Entre 2001 et 2009, 18 à 38% des AII conclus par des États latino-américains comportaient des exceptions générales relatives aux intérêts essentiels de sécurité et celles visant à protéger des objectifs généraux de bien-être public, v. *Ibid.*, Tableau 3.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, Tableau 2.

exception spécifique et 46 à 80% des exceptions générales⁹⁷⁷. La forte augmentation du nombre d'exceptions conventionnelles dans les traités au cours du temps peut notamment s'illustrer par les courbes évolutives présentées dans la figure 6 en annexe de la présente thèse. Les AII de dernière génération témoignent ainsi d'un surcroît de protection en faveur du droit de réglementer de l'État et de la protection de l'intérêt général, particulièrement en Amérique latine⁹⁷⁸.

B. Les divergences de l'approche conceptuelle des exceptions conventionnelles

Le droit de réglementer se trouve être ainsi notamment garanti au travers des exceptions conventionnelles qui permettent aux États de justifier qu'ils dévient de leurs obligations découlant du traité. Toutefois, la qualification de la nature de ces dispositions doit être précisée, en raison notamment des multiples termes employés pour les nommer qui induisent des conséquences juridiques différentes.

Premièrement, la doctrine est divisée sur la qualification de l'exception spécifique relative à l'expropriation indirecte⁹⁷⁹, considérant qu'il s'agit d'une simple « clarification »⁹⁸⁰, d'une « exception »⁹⁸¹, ou encore d'une « exclusion »⁹⁸². Dans la majorité des cas, elle est insérée au sein d'une annexe relative au standard de l'expropriation indirecte. Celle-ci comprend souvent un premier paragraphe qui précise les critères dont il convient de tenir compte dans l'opération de qualification d'expropriation indirecte puis, un second paragraphe qui indique que sous certaines conditions, une mesure visant la protection d'un intérêt public ne constitue pas une expropriation indirecte – en ajoutant parfois une exception à la disposition par la formule « sauf dans de rares cas »⁹⁸³. Lorsqu'une annexe relative à l'expropriation indirecte est insérée dans un AII, la disposition substantielle du traité portant sur l'expropriation indique

⁹⁷⁷ *Ibid.*, Tableau 3.

⁹⁷⁸ V. Annexe, Tableau 2 et Figure 6. V. également, SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé... », *op. cit.*, p.4.

⁹⁷⁹ KEENE (A.), *op. cit.*, p.68.

⁹⁸⁰ NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs: Increasing Legitimacy or Uncertainty? », in. De MESTRAL (A.), LÉVESQUE (C.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, New-York, 2013, p.283 ; KEENE (A.), *op. cit.*, p.84 ; GEHRING (M. W.), KENT (A.), *op. cit.*, p.294.

⁹⁸¹ TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.42 ; BAETENS (F.), « Protecting Foreign Investment and Public Health through Arbitral Balancing and Treaty Design », *I.C.L.Q.*, vol.71(1), 2022, p.165, qui la qualifie en anglais de « *carve-out* ».

⁹⁸² NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.10. V. également, PAINE (J.), SHEARGOLD (E.), « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », *J.I.E.L.*, 2023, vol.26(2), p.290, qui la qualifie en anglais de « *carve-out* ».

⁹⁸³ Pour des illustrations, v. *infra*, notes 1020 et s.

systématiquement que le standard « est à interpréter en accord avec l'annexe ». L'annexe est alors une grille d'analyse accompagnant l'interprétation des arbitres lors de l'application dudit standard. En raison du fait que l'« exception spécifique » figure généralement au sein d'une annexe dite « interprétative », elle pourrait être qualifiée de clarification⁹⁸⁴.

Les tribunaux arbitraux auprès desquels la disposition a été soulevée n'ont pas permis de résoudre cette incertitude, s'accordant uniquement sur le fait qu'elle reflète la doctrine des *police powers*⁹⁸⁵. En outre, le tribunal de l'affaire *Eco Oro* ne contribue pas à éclaircir sa nature en la nommant « *the exception* », puis en précisant que celle-ci doit être considérée comme « *a reflection or explanation of the factors that are relevant to the expropriation inquiry* », tels qu'ils figurent au premier paragraphe de l'annexe applicable⁹⁸⁶. Néanmoins, si la disposition a l'apparence d'une clarification, les effets de son application sont équivalents à ceux de l'application d'une « exception »⁹⁸⁷. Cette incertitude sur la qualification de l'exception spécifique est d'autant plus accentuée lorsqu'il s'agira d'examiner son interaction avec les exceptions générales⁹⁸⁸.

Deuxièmement, la question de la qualification des exceptions générales s'est également posée ; certains considèrent qu'il s'agit d'une exclusion et d'autres, d'un moyen de défense. La difficulté provient, en partie, du terme « exception », qui est employé de manière générique⁹⁸⁹, tandis que parfois, des exceptions sont dénommées « *emergency exceptions* »⁹⁹⁰ ou encore, « *non-precluded measures* »⁹⁹¹. La distinction est nécessaire car les exclusions permettent de soustraire certains domaines de politiques publiques du champ d'application du traité, tandis

⁹⁸⁴ KEENE (A.), *op. cit.*, p.84

⁹⁸⁵ V. CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§625-626 ; CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §§300-301 ; PIROTTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.23.

⁹⁸⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §629.

⁹⁸⁷ V. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.44 ; KEENE (A.), *op. cit.*, pp.85-86.

⁹⁸⁸ V. Chapitre 6 de la présente thèse.

⁹⁸⁹ V. par ex., VANDEVELDE (K. J.), *Bilateral Investment Treaties...*, *op. cit.*, pp.178-187, qui utilise le terme « *exception* » pour désigner les exceptions de sécurité mais qu'il décrit comme des exemptions ou des « *carve-outs* ».

⁹⁹⁰ V. par ex., BJORKLUND (A. K.), « Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure », in. MUCHLINSKI (P. T.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.459-523.

⁹⁹¹ V. par ex., BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.307 ; PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, pp.483-505.

que les exceptions justifient ce qui constituerait, *a priori*, une violation du traité⁹⁹². Cette distinction n'est pas seulement théorique. Elle se répercute sur les questions de savoir à quel moment de la procédure la clause doit être soulevée⁹⁹³, qui du demandeur ou du défendeur supportera la charge de la preuve⁹⁹⁴, et si une application incorrecte de la disposition peut constituer un motif d'annulation de la sentence⁹⁹⁵.

La doctrine est divisée sur la question. Chaque courant a soulevé de nombreux arguments en faveur de l'une ou l'autre caractérisation⁹⁹⁶. Les tribunaux d'investissement ont d'ailleurs interprété des exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité comme étant des exclusions. Le Comité d'annulation *ad hoc* de l'affaire *CMS* a déclaré que l'exception relative à la sécurité du TBI États-Unis – Argentine est un « *is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply.* »⁹⁹⁷. Toutefois, dans l'affaire *Infinito*

⁹⁹² V. not. VIÑUALES (J. E.), « Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law », in. BARTELS (L.), PADDEU (F.) (dir), *Exceptions in International Law*, O.U.P, 2020, Working paper, 2017, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=2888963>, pp.2-3 ; PAUWELYN (J.), « Defenses and the Burden of Proof in International Law », in. BARTELS (L.), PADDEU (F.) (dir), *Exceptions in International Law*, O.U.P, 2020, Working paper, 2017, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=2863962>, p.2. V. également, HENCKELS (C.), « Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? », *Boston College Law Review*, vol.59(8), 2018, pp.2825-2844 (Caroline Henckels n'emploie pas le terme d'exclusion mais, en anglais, de « permission »).

⁹⁹³ V. VIÑUALES (J. E.), « Seven Ways of Escaping a Rule... », *op. cit.*, p.15 ; EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.556. Si les clauses sont considérées comme des exclusions, alors elles interviennent avant l'examen de la licéité de la mesure au regard des obligations substantielles du traité. Au contraire, elles interviennent postérieurement à cet examen dès lors qu'elles sont considérées comme un moyen de défense, puisqu'elles permettent de justifier une mesure *prima facie* illicite.

⁹⁹⁴ V. PAUWELYN (J.), « Defenses and the Burden of Proof... », *op. cit.*, pp.5-7. Si la clause joue comme une exclusion, la charge de la preuve repose sur le demandeur à l'instance qui devra établir que la réglementation étatique qu'il conteste est couverte par le champ d'application du traité et non par celui de l'exclusion. L'exclusion intervient alors soit au stade de l'examen de sa compétence par le tribunal, soit comme question préliminaire de fond, auquel cas il devra vérifier son application à la mesure litigieuse avant de répondre aux questions relatives à sa conformité au traité. En revanche, si la clause est envisagée comme un moyen de défense, c'est bien l'État défendeur qui devra l'invoquer et supporter la charge de la preuve. Il devra démontrer que les conditions de son application sont réunies.

⁹⁹⁵ La révision des sentences arbitrales est très restrictive, la finalité prenant le pas sur la justesse du fond, v. BROCHES (A.), « Observations on the Finality of ICSID Awards », *ICSID Review – FILJ*, vol.6(2), 1991, pp.321-380. La Convention CIRDI ne prévoit à son article 52(1) que des motifs limités de procédure ou de compétence permettant l'annulation d'une sentence, de sorte que l'application d'une clause peut faire l'objet d'un réexamen si elle est considérée comme une exclusion mais en cas de qualification comme moyen de défense, elle échapperait aux motifs limités de révision et d'annulation, v. Convention de Washington, 1965, art.52(1).

⁹⁹⁶ HENCKELS (C.), « Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? », *op. cit.*, p.2825. Pour une position contraire, v. KEENE (A.), *op. cit.*, pp.62-99. V. également, VIÑUALES (J. E.), « Seven Ways of Escaping a Rule... », *op. cit.*, p.20, qui fait référence aux « *expansive or restrictive interpretations* ».

⁹⁹⁷ CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §129 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008, §164 (et note 236) : « *under Art. XI, such measures would lie outside the scope of the Treaty so that the party taking it would not be in breach of the relevant BIT provision* » ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited c. République de l'Inde* (n°2013-09), sentence sur la compétence et les mérites du 25 Juillet 2016, (*Devas c. Inde (I)*), §354 (à propos d'une clause d'interdiction et de restriction). V.

Gold, le Tribunal a considéré à propos d'une exception générale visant des objectifs généraux de bien-être public qu'il s'agissait d'une question de fond :

*« As is obvious from its plain language quoted above, this provision sets out guidelines regarding the content of measures that may be adopted, maintained or enforced by the host State. It does not relate to the State's consent to arbitrate, nor to whether a claim can be heard or not; it relates to whether a particular measure has or has not breached the BIT. Accordingly, it cannot be deemed a matter of jurisdiction or admissibility; it must properly be regarded as a matter for the merits. »*⁹⁹⁸.

En définitive, l'approche conceptuelle adoptée dépendra de la formulation de la disposition. Néanmoins, la plupart des clauses suivent les modèles des articles du GATT, ce qui pourrait inciter à se reporter à la jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC qui interprète et qualifie les exceptions générales de « moyens de défense »⁹⁹⁹. L'exception générale de l'article XX du GATT est conçue de façon générale comme une « échappatoire »¹⁰⁰⁰. Comme le soulèvent les Professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, l'intérêt des exceptions est que « le Membre concerné peut alors invoquer l'exception pour justifier la violation. »¹⁰⁰¹.

L'exception générale ne permet pas à l'État défendeur d'échapper à l'examen de la licéité de la mesure contestée, voire au constat d'une violation *a priori* du traité, mais sa responsabilité de ne sera pas engagée dès lors que cette violation est couverte par la clause. Ainsi, l'effet d'une exception est de renverser la répartition du risque : si l'État-hôte doit prendre des mesures pour protéger ses intérêts d'ordre public, l'investisseur doit quant à lui assumer le risque que celles-ci portent effectivement préjudice à son investissement. L'État n'est pas responsable financièrement des dommages potentiels. L'insertion d'exceptions générales dans les traités

également, BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.321.

⁹⁹⁸ CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica* (ARB/14/5), décision sur la compétence du 4 décembre 2017, §358.

⁹⁹⁹ OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, p.18 : « Les articles XX et XI:2 c) i) constituent (...), par définition, des moyens de défense affirmatifs. Il est tout simplement normal qu'il incombe d'établir ce moyen de défense à la partie qui s'en prévaut. ». V. également, OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996 (É.-U. – Essence), p.25. V. également, LUFF (D.), *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, p.875 ; WAGNER (K.), *op. cit.*, p.82 ; GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.20 ; VIÑUALES (J. E.), « Seven Ways of Escaping a Rule... », *op. cit.*, pp.10-11 ; KORZUN (V.), *op. cit.*, p.394 ; STUMBERG (R.), *op. cit.*, pp.401-403. ; CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.231.

¹⁰⁰⁰ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.231.

¹⁰⁰¹ La dérogation, à la différence de l'exception, « consiste à relever temporairement un Membre de certaines de ses obligations conventionnelles et est conditionnée par l'existence de circonstances qui appellent ce régime dérogatoire », v. *Idem*.

offre une assise conventionnelle au droit de réglementer de l'État dans le contexte des investissements, assurant que l'État-hôte puisse échapper à l'obligation de verser une indemnisation pour des dommages causés à un investissement dans ce contexte¹⁰⁰².

Indépendamment de la catégorie d'exception conventionnelle, leur interprétation dépendra des formulations décidées par les rédacteurs des traités. Dès lors, bien que leurs distinctions conceptuelles fassent l'objet de divergences, l'analyse doit se concentrer sur les différentes formes d'exceptions incorporées dans les traités afin d'examiner leur structure, les termes employés et d'appréhender de quelle manière elles peuvent être interprétées.

§2. L'anatomie des exceptions aux portées limitées

Les exceptions spécifiques relatives à l'expropriation indirecte permettent de protéger le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public mais ont une portée limitée. De fait, elles ne s'appliquent qu'à une seule norme de traitement de l'investissement. Elles participent à garantir un espace réglementaire à l'État mais soulèvent l'interrogation de leur coexistence avec l'exception générale d'ordre public (A). De même, les exceptions générales de sécurité ont une portée limitée du fait qu'elles ne permettent de protéger que les réglementations adoptées en vue de protéger les intérêts essentiels de sécurité de l'État. Néanmoins, leur similarité avec l'exception générale d'ordre public conduit à tenir compte des interprétations jurisprudentielles dont elles ont fait l'objet (B).

A. Les exceptions spécifiques à l'expropriation indirecte

Les formulations laconiques des TBI¹⁰⁰³ ont conduit les arbitres à développer leurs propres paramètres d'orientation dans le champ de l'expropriation indirecte. Leur grande marge d'appréciation a conduit à des interprétations divergentes¹⁰⁰⁴, certains auteurs résumant alors les démarches des arbitres à la formule : « *I know it when I see it* »¹⁰⁰⁵. Cela a parfois entraîné

¹⁰⁰² PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.489.

¹⁰⁰³ V. DOLZER (R.), « Indirect Expropriation of Alien Property », *op. cit.*, p.55 (Rudolf Dolzer évoque le « *laconic wording* » des accords d'investissement sur l'expropriation indirecte.).

¹⁰⁰⁴ TIETJE (C.), BAETENS (F.), *op. cit.*, p.60 ; v. Chapitre 4 de la présente thèse.

¹⁰⁰⁵ FORTIER (Y. L.), DRYMER (S. L.), *op. cit.*, p.327 (empruntant la formule au juge de la Cour suprême des États-Unis, Potter Stewart, v. note 82.).

la défiance des États, qui ont décidé de les remplacer par de nouvelles définitions conventionnelles¹⁰⁰⁶, induisant davantage de sécurité juridique. Les États ont adopté plusieurs approches. Certains ont fait le choix d'exclure cette catégorie de leur standard sur l'expropriation¹⁰⁰⁷. Tandis que d'autres ont fourni des orientations plus explicites aux interprètes par le biais de dispositions qualifiées de clarifications, souvent combinées avec l'introduction d'une forme atténuée de la doctrine des *police powers*, à savoir l'exception spécifique à l'expropriation indirecte. Ces clarifications et exceptions spécifiques ont été, la plupart du temps, introduites par une annexe relative à l'expropriation, dite « annexe explicative »¹⁰⁰⁸, un protocole au traité ou un paragraphe du standard relatif à l'expropriation.

L'impulsion a été donnée par la révision des modèles conventionnels des États-Unis et du Canada, qui ont, en quelque sorte, balisé l'opération de qualification de l'expropriation indirecte, afin de la distinguer de la mesure réglementaire¹⁰⁰⁹. Leurs modèles se sont alignés sur les lignes directrices de la CNUCED et de l'OCDE sur l'identification des expropriations indirectes¹⁰¹⁰ et reprennent, en partie, le faisceau d'indices développé par les tribunaux arbitraux. Les arbitres doivent ainsi tenir compte de trois critères cumulatifs : l'impact économique de la mesure, les anticipations raisonnables de l'investisseur et, le caractère de la mesure¹⁰¹¹. Par exemple, le modèle canadien expose que :

« Pour établir si une mesure ou une série de mesures d'une Partie constitue une expropriation indirecte, il faudra un examen au cas par cas et une enquête sur les faits où les facteurs suivants, entre autres, seront pris en considération :

(i) les effets économiques de la mesure ou de la série de mesures, encore que le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte ;

(ii) la mesure dans laquelle la mesure ou la série de mesures porte atteinte aux anticipations définies et raisonnables fondées sur l'investissement ;

¹⁰⁰⁶ VANDEVELDE (K. J.), *Bilateral Investment Treaties...*, *op. cit.*, p. 271 et s.

¹⁰⁰⁷ V. Modèle d'ACFI du Brésil, 2015 ; Protocole d'investissement intra-MERCOSUR (2017) ; TBI Brésil – Inde (2020), art.6 (« Direct Expropriation »).

¹⁰⁰⁸ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.11.

¹⁰⁰⁹ V. Modèle de TBI du Canada (2004), Annexe B.13 (1) ; Modèle de TBI des États-Unis (2004), Annexe B(4)(a).

¹⁰¹⁰ V. OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer"...*, *op. cit.*, 24p ; UNCTAD, *Expropriation. Series on Issues in International Investment Agreements II*, Publications des Nations Unies, New York, 2012, xii+97p.

¹⁰¹¹ V. par ex, Modèle de TBI du Canada (2004), Annexe B.13 (1) ; Modèle de TBI du Canada - APIE (2021), Article 9.3 ; Modèle de TBI des États-Unis (2004, 2012), Annexe B(4)(a) ; Modèle de TBI de la Colombie (2008), Article VI.2 ; Modèles de TBI de la Colombie (2017), article relatif à l'expropriation, §§2-3 ; ALE d'Amérique centrale (« CAFTA DR ») (2004), Annexe 10-C, §4(a) ; TBI Colombie – Turquie (2014), article 7.2(b) ; ALE Argentine – Chili (2017), article 8.8, §2(c) ; USMCA (2018), Annexe 14-B, §3(a).

(iii) le caractère de la mesure ou de la série de mesures. »¹⁰¹².

Il convient de noter d'une part que s'agissant du critère de l'impact de la mesure, la majorité des dispositions excluent la doctrine de l'effet unique et précisent : « (...) le fait que la mesure ou la série de mesures de la Partie ait un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffise pas à lui seul à établir qu'il y a eu expropriation indirecte »¹⁰¹³. D'autre part, les deux autres critères connaissent des formulations variées. La référence aux « anticipations raisonnables de l'investisseur »¹⁰¹⁴ a été considérée hasardeuse au regard de la préservation du droit de réglementer de l'État, en ce qu'elle pourrait permettre « [d'] étendre la protection de la clause d'expropriation aux simples intérêts économiques »¹⁰¹⁵. Les investisseurs pourraient systématiquement invoquer que leurs attentes ont été contrecarrées par la mesure.

Cette formulation ne se retrouve pas dans tous les traités. Certains réduisant le champ de l'interférence, par exemple, à celle qui priverait l'investisseur du contrôle de son investissement¹⁰¹⁶ ou explicitent le troisième critère et font référence au but et au contexte de la mesure et non simplement à son « caractère »¹⁰¹⁷.

Les annexes explicatives permettent ainsi de limiter l'appréciation souveraine des arbitres en leur imposant des critères à suivre dans leur opération de qualification de l'expropriation indirecte. Cet encadrement permet d'apporter une certaine sécurité et une prévisibilité aux investisseurs et aux États qui disposent de règles claires pouvant orienter leurs actions futures¹⁰¹⁸. À ce titre, compte tenu de l'existence de mesures réglementaires légitimes adoptées par les États, ce n'est pas une coïncidence si, dans certains traités, les États ont ajouté un paragraphe distinct, qui constitue une exception spécifique¹⁰¹⁹.

¹⁰¹² Modèle canadien (2004), Annexe B.13 (1).

¹⁰¹³ V. UNCTAD, *Expropriation. Series on Issues in International Investment Agreements II*, *op. cit.*, p.70. V. par ex., Modèle canadien (2004), Annexe B.13 (1) i).

¹⁰¹⁴ Modèle canadien (2004), Annexe B.13 (1) ii).

¹⁰¹⁵ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.12.

¹⁰¹⁶ ALE Argentine – Chili (2017), article 8.8, §2(c), i). V. également le Modèle colombien (2017) qui passe sous silence ce critère.

¹⁰¹⁷ USMCA (2018), Annexe 14-B, §3(a) iii) ; ALE Argentine – Chili (2017), article 8.8, §2(c), iii).

¹⁰¹⁸ ESIS VILLARROEL (I. S.), ABREU (M. G. de.), *op. cit.*, p.93.

¹⁰¹⁹ V. POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart... », *op. cit.*, p.86.

L'exception spécifique à l'expropriation indirecte prévoit que :

« Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement »¹⁰²⁰.

La présomption est ainsi déplacée en faveur de l'État : une réglementation légitime ne sera pas qualifiée d'expropriation indirecte, quel que soit son effet dommageable sur l'investissement et par conséquent, ne sera pas indemnisable¹⁰²¹. Toutefois, l'emploi de l'expression « sauf en de rares cas » a pour conséquence que certaines mesures peuvent, malgré tout, être qualifiées d'expropriation indirecte par les tribunaux arbitraux¹⁰²². Cette expression maintient une zone d'ombre, dans laquelle le pouvoir d'appréciation des arbitres aura son rôle à jouer¹⁰²³, d'autant plus si le traité n'explicite pas ce que recouvrent ces « rares cas »¹⁰²⁴.

La majorité des traités précise néanmoins quelles sont les situations visées par cette formulation, ce qui permet de restreindre la marge de manœuvre des arbitres¹⁰²⁵. Il s'agit de celles dans lesquelles : « la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi » ou, « l'impact d'une mesure ou d'une

¹⁰²⁰ Modèle canadien (2004), Annexe B.13 (1) c) ; souligné par nous. Rédigé en des termes similaires : Modèle de TBI des États-Unis (2012), Annexe B (4) b) ; Modèle colombien de 2008, Article VI.2(c) : « *Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied for public purposes or social interest or with objectives such as public health, safety and environment protection, do not constitute indirect expropriation* ». V. également, par ex., USMCA (2018), Annexe 14-B, §3(b) ; TBI Émirats Arabes Unis – Uruguay (2018), Annexe relative à l'expropriation, §4(b) ; TBI Costa Rica – Émirats Arabes Unis (2017), Article 7.3(c) ; ALE Costa Rica – Pérou (2011), Annexe 12.10, e) ; TBI Colombie – Corée (2010), Article 5.2(e) ; ALE Chine – Chili (2005), Annexe A, §3(b) ; ALE d'Amérique centrale (2004), Annexe 10-C, §4(b). V. également, Protocole d'investissement de l'Alliance du Pacifique (2014), Annexe 10-12, §3(b) : « *Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.* » et qui précise par une note de bas de page que ces objectifs sont entre autres, la santé publique, la sécurité et l'environnement.

¹⁰²¹ V. NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.10 ; JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *A.F.D.I.*, 2004, vol. 50, p.676.

¹⁰²² PETERSON (L. E.), « Évaluation du modèle canadien 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) à la lumière des préoccupations de la société civile », *Conseil canadien pour la coopération internationale*, 2006, p.5.

¹⁰²³ ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger...*, *op. cit.*, p.288 ; EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.556.

¹⁰²⁴ V. par ex, COLEMAN (J.), JOHNSON (L. J.), LOBEL (N.), SACHS (L. E.), « IIAs 2018. A Review of Trends and New Approaches », in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.), (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2018*, OUP, New-York, 2019, pp.119-120 ; TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill in a Warming World... », p.247.

¹⁰²⁵ TIETJE (C.), BAETENS (F.), *op. cit.*, p.62.

série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives »¹⁰²⁶. En somme, cette formulation « *requires, inter alia, an assessment of the severity of the measure and its bona fide nature.* »¹⁰²⁷.

Ce type d'exception spécifique a récemment été appliqué dans la décision *Eco Oro*¹⁰²⁸, dans laquelle le Tribunal a considéré que les « rares circonstances » renvoyaient à : « *a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith (...)* »¹⁰²⁹ et cela impliquait que « *there must be a very significant aggravating element or factor in the conduct of the State and not just a bureaucratic muddle or State inefficiency* »¹⁰³⁰.

D'autres traités ont adopté « *a more absolutist approach to indirect expropriation and eliminated that « except in rare circumstances » caveat* »¹⁰³¹ et, mentionnent parfois expressément le droit de réglementer de l'État ou les *police powers* dans l'exception spécifique¹⁰³². Par exemple, l'exception spécifique relative à l'expropriation indirecte du modèle d'accord d'investissement du Canada de 2021 prévoit que :

« (...) Une mesure non discriminatoire d'une Partie qui est adoptée et maintenue de bonne foi pour protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de

¹⁰²⁶ CETA (2016), Annexe 8-A(3). V. également, la formulation identique de l'article 11(5) du TBI Colombie – Espagne (2021) : « *el impacto de una Medida o un conjunto de Medidas sea tan grave en relación con su finalidad que resulte manifiestamente excesivo* ».

¹⁰²⁷ UNCTAD, *Expropriation. Series on Issues in International Investment Agreements II*, op. cit., p.87.

¹⁰²⁸ V. CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021. Pour un examen détaillé de cette décision, v. Chapitre 7 de la présente thèse.

¹⁰²⁹ V. ALE Canada – Colombie (2008), Annex 811(2)(b) : « *Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith, non-discriminatory measures by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, for example health, safety and the protection of the environment, do not constitute indirect expropriation.* ».

¹⁰³⁰ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §643.

¹⁰³¹ TIETJE (C.), BAETENS (F.), op. cit., p.61.

¹⁰³² V. par ex. TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), Art.6(8) : « *Non-discriminatory legislative or regulatory measures designed or applied by either Party to protect general welfare objectives, such as public order, public health, public security, environmental protection and economic policy, shall not constitute indirect expropriation.* » ; Accord d'investissement pour l'espace communautaire du Marché commun de l'Afrique orientale et australe, art. 20 (8) : « *Conformément au droit des États de réglementer et les principes du droit international coutumier sur les pouvoirs de police, les mesures réglementaires prises de bonne foi par un État membre qui sont conçues et appliquées pour protéger ou améliorer les objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent article* ».

santé, de sécurité et d'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte, même si elle a un effet équivalent à une expropriation directe. »¹⁰³³.

L'absence de l'expression « sauf en de rares cas » crée une « barrière hermétique et définitive entre l'expropriation indirecte et certaines réglementations étatiques »¹⁰³⁴. Face à une réglementation visant un intérêt légitime, le tribunal arbitral ne devra pas conclure à une expropriation indirecte sauf si la mesure est discriminatoire ou a été édictée de mauvaise foi. Dès lors, il ne s'agit plus de faire s'affronter liberté normative de l'État et impact économique de la mesure sur l'investisseur, mais simplement de prouver que celle-ci a été adoptée dans un but légitime d'intérêt général et qu'elle n'est pas discriminatoire¹⁰³⁵. Cette exception spécifique permet de rééquilibrer les intérêts en présence, en ce que l'État pouvant se fonder sur l'exception afin de faire valoir son droit à la réglementation d'intérêt général, bien qu'un investisseur soit lésé.

De plus, l'exception spécifique reprend de façon évidente la doctrine des *police powers* telle que formulée dans le troisième *Restatement* relatif au droit international établi par les États-Unis¹⁰³⁶. Certains tribunaux ont alors considéré que cette disposition : « (...) *whether or not introduced ex abundanti cautela, reflect the position under general international law.* »¹⁰³⁷. L'exception spécifique est alors appréhendée comme une codification de la doctrine des *police powers*¹⁰³⁸.

¹⁰³³ Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada (2021), art.9(3) ; V. également, Modèle colombien de 2017, article sur l'expropriation, §4 : « *Non-discriminatory Measures adopted by a Contracting Party, designed, applied or maintained for the protection of public objectives such as the protection of public health and safety, the environment, consumer and competition protection, amongst others, do not constitute an indirect expropriation.* » ; TBI Colombie – Venezuela (2023), Article 7(c) ; TBI Turquie – Uruguay (2022), Annexe A, §3(b) ; ALE Alliance du Pacifique – Singapour (2022), Annexe 8-C, §3(b) ; TBI Brésil – Inde (2020), Article 6.4 (exception qui ne vise que l'expropriation directe) ; TBI Hong-Kong SAR – Mexique (2020), Annexe sur l'expropriation (article 7), §3(b) ; TBI Australie – Uruguay (2019), Annexe B, §3(b) ; TBI Argentine – Japon (2018), Article 11.3(b) ; TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), Article 6(8) ; TBI Haïti – Mexique (2015), Annexe sur l'expropriation (article 7), §3(b) ; TBI Colombie – Turquie (2014), article 7.2(c) ; ALE Mexique – Panama (2014), Annexe 10.11(d) ; TBI Guatemala – Russie (2013), Article 8(2).

¹⁰³⁴ NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.11.

¹⁰³⁵ EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, p.556.

¹⁰³⁶ American Law Institute, *Restatement of the Law [Third] – the Foreign Relations Law of the United States*, *op. cit.*, §712(g).

¹⁰³⁷ CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §301.

¹⁰³⁸ V. CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§625-626 ; CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §§300-301 ; PIROTTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.23 ; COLEMAN (J.), JOHNSON (L. J.), MERRILL (E.), SACHS (L. E.), « Investment Treaties and Models in 2019: (Mis)Aligned with the SDGs? », in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.), (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019*, OUP, New-York, 2021, p.145.

B. Les exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité

Les exceptions conventionnelles visant à protéger les intérêts essentiels de sécurité représentent l'une des catégories d'exceptions les plus importantes considérant qu'elles permettent de sauvegarder des intérêts qui tiennent à l'existence même de l'État. Leur incorporation dans les AII, qui n'est pas une pratique récente¹⁰³⁹, est souvent inspirée de la formulation de l'article XXI du GATT¹⁰⁴⁰. Ces dispositions sont bien connues en droit des investissements en raison des nombreux litiges qui sont notamment nés de ces dispositions dans le contexte de la crise financière argentine des années 2000.

La protection des « intérêts essentiels de sécurité » vise à assurer la propre sécurité de l'État ou le respect de la sécurité sur son territoire¹⁰⁴¹. L'objectif de sécurité revêt généralement un sens traditionnel mais il peut également comprendre les urgences nationales, telles qu'une crise financière conséquente qui menace l'existence même de l'État et de ses institutions¹⁰⁴², comme en témoigne la pratique des tribunaux d'investissement¹⁰⁴³. Bien qu'il soit généralement admis que l'État dispose d'une grande marge d'appréciation dans la définition de ses intérêts en matière de sécurité¹⁰⁴⁴ – tel est le cas lorsque la disposition est « *self-judging* » – cela dépend en réalité de la formulation de l'exception.

¹⁰³⁹ Les exceptions de sécurité sont les exceptions qui étaient les plus intégrées dans les AII conclus entre 1959 et 2000, tous pays confondus, : 9% de ces traités contenaient une exception de sécurité tandis qu'environ 5% des traités contenaient une exception générale relative à des intérêts publics plus généraux. Qu'il s'agisse des périodes suivantes ou des AII latino-américains, cette observation est identique, v. Annexes, Tableau 2. Pour une illustration de cette observation, v. les courbes évolutives, Annexes, Figures 6(A) et 6(B).

¹⁰⁴⁰ WAGNER (K.), *op. cit.*, p.86 et note 43 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, pp.490-491. V. également, CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement*, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, Publications des Nations Unies, New York, 2009, xxii+163p.

¹⁰⁴¹ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p.416 ; WAGNER (K.), *op. cit.*, p.87. V. not. BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.349-355 ; TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, pp.78-81.

¹⁰⁴² L'interprétation de dispositions similaires visant la protection d'intérêts essentiels de sécurité par la CIJ témoigne d'une appréhension relativement large des situations concernées, V. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, p.117, §224 : « la notion d'intérêts vitaux en matière de sécurité déborde certainement la notion d'agression armée et a reçu dans l'histoire des interprétations fort extensives. ».

¹⁰⁴³ V. *infra*, note 1219.

¹⁰⁴⁴ V. par ex., S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016, §245.

Les exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité ont été particulièrement invoquées par l'Argentine dans plusieurs affaires¹⁰⁴⁵ relatives aux décisions qu'elle avait adoptées lors de la crise économique de 2001¹⁰⁴⁶. Ainsi, l'une des exceptions de sécurité la plus connue est celle de l'article XI du TBI États-Unis – Argentine de 1991 qui prévoit que :

*« This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests. »*¹⁰⁴⁷.

Dans ce cas de figure, l'exception est dite « *non self-judging* » car elle renvoie aux « mesures nécessaires ». L'application de l'exception sera déterminée par le tribunal arbitral qui examinera si la mesure étatique contestée était « nécessaire » à la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'État. Au contraire, une disposition « *self-judging* » prévoit que l'État peut adopter les mesures « qu'il estime nécessaires » pour protéger ses intérêts de sécurité essentiels¹⁰⁴⁸. Dans ce cas, la qualification de la nécessité et le choix des moyens permettant de protéger les intérêts essentiels de l'État reposeront sur le pouvoir discrétionnaire de l'État.

L'interprétation des exceptions de sécurité par les tribunaux arbitraux d'investissement, révélées par les affaires argentines, confirme la large définition des intérêts essentiels de sécurité et, dans certains cas, que l'application réussie de la disposition exclut l'indemnisation¹⁰⁴⁹. Dans l'affaire *LG&E*, le Tribunal a estimé que la crise économique traversée par l'Argentine l'avait obligée, en vertu de l'article XI du TBI, à adopter des mesures

¹⁰⁴⁵ S.A. CNUDCI, *BG Group c. Argentine*, sentence finale du 24 décembre 2007, §§60, 72 ; CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §§63, 235-236 ; CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §91 ; CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §64.

¹⁰⁴⁶ V. *supra*, notes 426-427, décret de 2001 sur le gel des compte bancaires (« *Corralito* ») et loi de 2002 relative à l'abandon de la parité du peso avec le dollar.

¹⁰⁴⁷ TBI États-Unis – Argentine (1991), art. XI. En version française, cette disposition prévoit que : « Le présent Traité ne saurait empêcher l'une ou l'autre des Parties de prendre toutes mesures nécessaires au maintien et au rétablissement de l'ordre public, au respect de ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, ou à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité. », v. sa traduction in. YANNACA-SMALL (K.), « Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement », in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, p.120.

¹⁰⁴⁸ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.376-381; TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, pp.190-205.

¹⁰⁴⁹ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §§261-264 ; CIRDI, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. c. République d'Argentine* (ARB/04/16), décision sur la compétence et la responsabilité du 10 avril 2013, §§1060, 1106 ; CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §612 ; CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §168.

en vue de maintenir l'ordre public et de protéger ses intérêts essentiels de sécurité¹⁰⁵⁰. Il a rejeté l'idée que cet article ne visait que les cas d'interventions militaires ou de situations de guerre, affirmant :

« 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 État sont en péril, la situation peut être aussi grave qu'en cas d'invasion militaire, quelle qu'elle soit »¹⁰⁵¹.

Le Tribunal a conclu que, pour la période de décembre 2001 à avril 2003 : « *Argentina is exempt of responsibility, and accordingly, the Claimants should bear the consequences of the measures taken by the host State* »¹⁰⁵².

Toutefois, le raisonnement des arbitres de l'affaire *LG&E* n'a pas été suivi par d'autres tribunaux. Certains ont interprété l'exception de sécurité en s'appuyant sur la proximité des termes entre l'état de "nécessité", circonstance excluant l'illicéité en droit international coutumier, et l'exigence que les mesures soient « nécessaires » à la protection des intérêts essentiels de sécurité. Ces sentences témoignent ainsi d'une confusion entre le moyen de défense fondé sur le droit international coutumier et celui fondé sur une exception conventionnelle¹⁰⁵³. Ces sentences ont été vivement critiquées pour avoir ignoré l'exception prévue par le traité et certaines ont été annulées¹⁰⁵⁴, ce qui a eu un impact conséquent sur les interprétations ultérieures de l'exception conventionnelle¹⁰⁵⁵.

Les contradictions des sentences arbitrales ont conduit les États à adopter des exceptions de sécurité plus précises et de caractère « *self-judging* » dans leurs AII de nouvelle génération.

¹⁰⁵⁰ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §§226-237.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, §238, tel que traduit in YANNACA-SMALL (K.), *op. cit.*, p.122.

¹⁰⁵² *Ibid.*, §266.

¹⁰⁵³ Pour un développement sur cette confusion, v. Chapitre 6 de la présente thèse.

¹⁰⁵⁴ CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (ARB/02/16), décision sur l'annulation du 29 juin 2010 ; CIRDI, *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, LP c. République d'Argentine* (ARB/01/3), décision sur l'annulation du 30 juillet 2010.

¹⁰⁵⁵ V. CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007 (cette sentence n'a pas été annulée mais l'interprétation du Comité *ad hoc* a permis d'éclaircir l'interprétation de l'exception conventionnelle.).

Par exemple, l'article 18 du modèle conventionnel de TBI des États-Unis de 2012 prévoit que :

« Nothing in this Treaty shall be construed:

- 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or*
- 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests. »*¹⁰⁵⁶.

Cette disposition témoigne de l'inspiration empruntée à l'exception de sécurité du GATT par son caractère « *self-judging* ». L'exception s'appliquera aux mesures que l'État estime comme étant nécessaires à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité. Néanmoins, aucune interprétation définitive de l'exception de sécurité n'est donnée ni par le GATT, ni par les organes de règlement des différends de l'OMC, il n'est pas certain que l'application de l'exception soit à l'entière discrétion de l'État¹⁰⁵⁷. D'autant que les exceptions relatives à la sécurité dans les AII de nouvelle génération ne sont nullement uniformes quant à leur contenu ou portée en raison de leurs formulations ou structures diverses¹⁰⁵⁸.

Certaines dispositions définissent précisément les intérêts essentiels de sécurité, tel qu'au sein de l'article 22.4 du modèle d'APIE de 2021 du Canada¹⁰⁵⁹, ce qui pourrait soumettre l'invocation de l'exception à des limites objectives. Un certain nombre de traités, notamment conclus par des États latino-américains, ont pris le parti d'incorporer, quant à eux, les intérêts

¹⁰⁵⁶ Modèle de TBI des États-Unis (2012), art.18. Pour des exemples de dispositions similaires, v., TBI Colombie – Espagne (2021), article 15 ; TBI Brésil – Inde (2020), article 24 ; TBI Australie – Uruguay (2019), art.15(2).

¹⁰⁵⁷ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.492 ; V. également, MATSUSHITA (M.), SCHOENBAUM (T.), MAVROIDIS (P.), *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, O.U.P., Oxford, 2006, 2nd éd., pp. 594-598. Certains traités peuvent indiquer au contraire, explicitement, que tel est le cas, v. l'ALE Panama – États-Unis (2007) qui par une note de bas de page à l'article 21.2(b) indique : « *For greater certainty, if a Party invokes Article 21.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Ten (Investment) or Chapter Twenty (Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.* ».

¹⁰⁵⁸ YANNACA-SMALL (K.), *op. cit.*, p.115. V. également, BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « *Investment Protection in Extraordinary Times...* », *op. cit.*, pp.307-410.

¹⁰⁵⁹ V. Modèle d'APIE du Canada (2021), article 22.4 : « (...) b) d'empêcher une Partie de prendre une mesure qu'elle estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité qui, selon le cas : (i) se rapporte au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre, et au trafic et aux transactions portant sur d'autres produits, matériels, services et technologies destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ou d'autres forces de sécurité, (ii) prise en temps de guerre ou face à toute autre situation d'urgence dans les relations internationales, (iii) se rapporte à la mise en œuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres engins nucléaires explosifs ; c) d'empêcher une Partie d'honorer les obligations en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales qui lui incombent en vertu de la *Charte des Nations Unies*. ». V. également, TBI Colombie – Venezuela (2023), article 5(b) et (c) ; TBI Guatemala – Turquie (2015), article 5.2(b) et (c) ; ALE Costa Rica – Singapour (2010), article 18.3 et note de bas de page y relative.

essentiels de sécurité au sein même de l'exception générale d'ordre public¹⁰⁶⁰. Certaines dispositions s'éloignent d'ailleurs de la clause modelée sur l'article XXI du GATT. Elles intègrent les intérêts essentiels de sécurité à l'exception générale d'ordre public, mais également, dans certains cas, un lien plus souple que la nécessité, prévoyant que l'exception s'applique à « *any measure that is appropriate* » pour la protection des intérêts cités¹⁰⁶¹. Dans tous les cas, si l'État décide de l'application de l'exception, le tribunal arbitral se prononcera uniquement sur la question de savoir si l'État était de bonne foi en adoptant la mesure contestée¹⁰⁶². En ce sens l'exception relative aux intérêts de sécurité essentielle prescrit un lien souvent plus souple que celui qui est attendu dans une exception générale d'ordre public et accorde une grande liberté à l'État dans son application.

Ainsi, les exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité sont régulièrement insérées dans les AII de nouvelle génération¹⁰⁶³ et sont majoritairement de caractère « *self-judging* ». Les sentences arbitrales ne sont pas nombreuses à avoir interprété ce type d'exception, hormis les décisions rendues dans le cadre du TBI entre l'Argentine et les États-Unis, qui est un traité d'ancienne génération. Dans certains cas, l'interprétation par les tribunaux arbitraux de dispositions voisines attestent d'une évolution en ce que leur raisonnement témoigne d'une grande précision technique, ce qui contraste avec l'interprétation des exceptions générales d'ordre public qui reste très imparfaite¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ V. par ex. Modèle colombien de TBI (2017), article « Exceptions générales », (h) ; TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), article 18(b) ; TBI Colombie – Venezuela (2023), article 5 (le chapeau apparaissant à la fin des exceptions générales).

¹⁰⁶¹ V. par ex., TBI Colombie – Émirats Arabes Unis (2017), article 11. Dans ce cas de figure la disposition peut être considérée comme « *non self-judging* » car elle ne renvoie pas à ce que l'État considérerait comme étant approprié.

¹⁰⁶² PIROTTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.27. V. également, NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.492. ; BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.376-381.

¹⁰⁶³ On observe que 62% des AII conclus entre 2010 et 2020, tous pays confondus, contiennent une exception générale de sécurité, v. Annexes, Tableau 2 et Figure 6(A). À l'échelle de l'Amérique latine, ce sont près de 80% des AII conclus entre 2010 et 2023 qui contiennent cette exception, v. Annexes, Tableau 3 et Figure 6(B).

¹⁰⁶⁴ Pour un développement de cette question, v. Chapitre 7 de la présente thèse.

Section 2. Les exceptions générales d'ordre public dans les traités d'investissement

Les exceptions générales d'ordre public, incorporées dans les traités d'investissement de nouvelle génération, sont largement modelées sur l'article XX du GATT. Elles reproduisent la structure-type de ce dernier qui a conduit les organes de règlement des différends à élaborer une analyse objective de son application, articulée par ce que l'on nomme le test à double niveau (§1). Néanmoins, les exceptions générales dans les AII témoignent d'un ensemble de variations textuelles. Cela est particulièrement le cas des traités latino-américains, qui témoignent par ces modifications rédactionnelles, de leur volonté de renforcer la protection du droit de réglementer de l'État. Par ailleurs, les caractéristiques de certaines dispositions présentent la particularité d'emprunter autant à l'exception générale de sécurité qu'à celle d'ordre public. Leur interprétation par les tribunaux arbitraux d'investissement contribue alors à nourrir les réflexions quant à celle qui serait faite des exceptions générales d'ordre public (§2).

§1. Les exceptions générales d'ordre public du droit de l'Organisation mondiale du commerce

L'Organe d'appel de l'OMC a interprété les articles XX du GATT et XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)¹⁰⁶⁵, selon un test en deux étapes, qui doit être appliqué dans un ordre spécifique¹⁰⁶⁶. La première étape vise à examiner si la mesure contestée est « provisoirement justifiée »¹⁰⁶⁷ au regard de l'un des objectifs listés par l'exception.

¹⁰⁶⁵ Accord Général sur le Commerce des Services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, adopté le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, *R.T.N.U.*, vol.1869, p.141.

¹⁰⁶⁶ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998 (*É.-U. – Crevettes*), §119.

¹⁰⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §125.

Les sous-paragraphes de ces articles établissent une liste exhaustive d'objectifs d'intérêts particuliers, dont les plus invoqués sont les suivants :

- « 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 ; (...)
- 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 (...) ; (...)
- 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 ; (...) »¹⁰⁶⁸.

L'Organe d'appel a résumé cette première étape comme suit : pour que la mesure soit provisoirement justifiée au regard d'une exception prévue à l'article XX, il convient que « premièrement, la mesure traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe ; et deuxièmement, il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé »¹⁰⁶⁹ **(A)**. Si l'État défendeur parvient à démontrer que la mesure contestée est provisoirement justifiée, la seconde étape du test consiste alors à vérifier si elle répond aux exigences fixées par le chapeau de la disposition qui prévoit : « 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 (...) »¹⁰⁷⁰. L'Organe d'appel de l'OMC estime que la fonction du chapeau est « de prévenir l'abus ou la mauvaise utilisation du droit qu'a un Membre d'invoquer les exceptions »¹⁰⁷¹ **(B)**.

¹⁰⁶⁸ Le g) ne figure qu'à l'article XX du GATT. De plus, l'alinéa a) de l'AGCS est formulé différemment car il vise « la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public », précisant par une note de bas de page que : « L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société. ».

¹⁰⁶⁹ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/AB/R, adoptés le 14 octobre 2016 (*Inde – Cellules solaires*), §5.57. V. également, OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/AB/R, adopté le 9 mai 2016 (*Argentine – Services financiers*), §6.202 ; OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014 (*CE – Produits dérivés du phoque*), §5.169 et la note de bas page 1178 y relative ; Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §133 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005 (*É.-U. – Jeux*), §292.

¹⁰⁷⁰ Le chapeau de l'AGCS emploie les termes « conditions similaires » et non « mêmes conditions ».

¹⁰⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.297. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25.

A. La justification provisoire d'une mesure : l'importance du lien fonctionnel entre les fins et les moyens

La mesure contestée n'est couverte par l'exception générale que lorsqu'elle entre dans son champ d'application. L'Organe d'appel de l'OMC a établi que cela impliquait deux éléments : la mesure concerne un des intérêts visés par la disposition et il existe un lien suffisant entre eux¹⁰⁷².

Dans un premier temps, l'État défendeur doit démontrer que la mesure contestée est globalement « conçue pour »¹⁰⁷³ traiter, « vise »¹⁰⁷⁴, a un « lien »¹⁰⁷⁵ avec, ou n'est pas « inapte à protéger »¹⁰⁷⁶ l'un des intérêts particuliers mentionnés dans les sous-paragraphes de l'exception générale. Ces intérêts sont nombreux et hétérogènes¹⁰⁷⁷. Ils se rattachent soit à certains produits particuliers (sous-paragraphes c), e) à j)), soit au motif de la défense de l'« ordre public », entendu au sens large (sous-paragraphes a), b) et d))¹⁰⁷⁸. Bien que la liste soit exhaustive et n'englobe pas nécessairement tous les objectifs réglementaires légitimes possibles, les droits de l'homme peuvent, par exemple, être indirectement couverts par les sous-paragraphes a), b) ou e)¹⁰⁷⁹.

Les organes de règlements de l'OMC ont une lecture extensive de certains alinéas, ce qui confère une certaine souplesse à la liste d'intérêts particuliers. À titre d'illustration, dans le cadre de l'alinéa g), les « ressources naturelles épuisables » peuvent faire l'objet d'une mesure qui se rapporte à leur conservation. L'expression n'est toutefois pas définie, bien que l'on considère qu'il s'agit « principalement de matières premières de nature minérale qui, par définition peuvent s'épuiser, alors que tel n'est pas le cas pour celles de nature agricole qui se

¹⁰⁷² V. *supra*, note 1069.

¹⁰⁷³ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/AB/R, adopté le 22 juin 2016 (*Colombie – Textiles*), §5.67.

¹⁰⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §298.

¹⁰⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §§5.68-5.69.

¹⁰⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §§5.68, 5.103

¹⁰⁷⁷ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.233.

¹⁰⁷⁸ *Idem*. Les alinéas a), b) et d) sont des « domaines constitutifs de la notion d'ordre public (law and policy), telle qu'elle est couramment entendue par le droit interne », v. *Ibid*, p.238.

¹⁰⁷⁹ V. par ex., OGBONNA (J. I.), « Protecting Human Rights as Public Morals under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. A review of EC - Seal Products », *International Human Rights Law Review*, vol.3(1), 2014, pp.97-121 ; BARTELS (L.), « Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction *The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights* », *Journal of World Trade*, vol.36(2), 2002, pp.353-403.

renouvellent périodiquement »¹⁰⁸⁰. L'Organe d'appel a alors adopté une interprétation audacieuse, estimant que : « le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" (...) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs". »¹⁰⁸¹. Ainsi, les tortues marines furent qualifiées de « ressources naturelles épuisables »¹⁰⁸², tout comme les dauphins quelques années plus tard¹⁰⁸³. De même, il a été précisé que les « ressources naturelles » peuvent être celles qui sont biologiques comme non-biologiques¹⁰⁸⁴. Un groupe spécial de l'OMC a étalément interprété cette expression comme incluant « l'air pur »¹⁰⁸⁵.

De même, dans l'affaire *É.-U. – Jeux*, l'alinéa a) de l'AGCS¹⁰⁸⁶ a été interprété au sens large :

« "l'expression "moralité publique" désign[ait] les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom"¹⁰⁸⁷. (...) en outre (...) l'"ordre public" désign[ait] la préservation des intérêts fondamentaux d'une société, tels qu'ils [étaient] reflétés dans l'intérêt et le droit publics".¹⁰⁸⁸ »¹⁰⁸⁹.

Ainsi, les restrictions états-uniennes sur les jeux d'argent¹⁰⁹⁰, les mesures européennes relatives au bien-être des animaux¹⁰⁹¹, la surveillance chinoise du contenu des produits audio-visuels¹⁰⁹²,

¹⁰⁸⁰ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.235.

¹⁰⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §130. L'Organe d'appel s'est notamment référé à la CIJ qui a estimé que lorsque les notions sont évolutives, leur « interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue (...) De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu », v. CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec.*, p.31.

¹⁰⁸² Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §§132-134.

¹⁰⁸³ OMC, Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends / États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Deuxième recours du Mexique à l'article 21.5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/RW/USA, WT/DS381/RW2, adoptés le 11 janvier 2019 (*É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – États-Unis) / É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – Mexique II)*), §7.730.

¹⁰⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §128, et note 106.

¹⁰⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, *É.-U. – Essence*, WT/DS2/R, §6.37. Cette qualification n'était pas remise en question dans le cadre de la procédure d'appel.

¹⁰⁸⁶ V. *supra*, note 1068.

¹⁰⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, *É.-U. – Jeux*, WT/DS285/R, §6.465.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, §6.467.

¹⁰⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §296.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, §§296-299. L'Organe d'appel confirmant les constatations du Rapport du Groupe spécial, *É.-U. – Jeux*, WT/DS285/R, §§6.465-6.487.

¹⁰⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.138. L'Organe d'appel confirmant les constatations du Rapport du Groupe spécial, *CE – Produits dérivés du phoque*, WT/DS400/R, WT/DS401/R, §7.409.

¹⁰⁹² OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010 (*Chine – Publications et produits audiovisuels*), §243. L'Organe d'appel renvoyant au Rapport du Groupe spécial, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, WT/DS363/R, §§7.759, 7.763, 7.766.

et les mesures tarifaires colombiennes visant à lutter contre le blanchiment d'argent¹⁰⁹³ ont toutes été considérées comme étant liées à la « moralité publique ». L'identification de l'objectif visé par la mesure contestée implique de « tenir compte de tous les éléments de preuve (...) y compris "les textes de lois, l'historique législatif et d'autres éléments de preuve concernant la structure et le fonctionnement" de la mesure en cause.¹⁰⁹⁴ »¹⁰⁹⁵.

Ainsi, l'examen de la conception de la mesure au regard de son objectif visé n'est pas « une étape particulièrement contraignante »¹⁰⁹⁶. Tel n'est pas le cas de l'évaluation du lien entre celui-ci et la mesure contestée.

Dans un second temps, la mesure doit présenter un lien fonctionnel avec l'intérêt protégé pour être définitivement considérée comme provisoirement justifiée. La nature du lien exigé dans chaque cas est qualifiée par le libellé des alinéas, qui indiquent le degré ou l'intensité du lien requis¹⁰⁹⁷. L'établissement du lien fonctionnel entre la mesure et son objectif représente alors une opération plus déterminante que la précédente¹⁰⁹⁸.

L'article XX du GATT utilise des termes différents en fonction de chaque intérêt particulier, tels que, « imposées pour »¹⁰⁹⁹, « en exécution de »¹¹⁰⁰, « essentielles à »¹¹⁰¹, ou encore, le plus souvent, « nécessaires pour »¹¹⁰² et « se rapportant à »¹¹⁰³. Ces différentes expressions impliquent que « le degré de lien ou la relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser » n'est pas le même¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹³ Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §§5.85, 5.89. L'Organe d'appel renvoyant au Rapport du Groupe spécial, *Colombie – Textiles*, WT/DS461/R, §§7.338-7.339

¹⁰⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012, (*É.-U. – Thon II (Mexique)*), §314. L'Organe d'appel fait notamment référence au Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §304.

¹⁰⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.134.

¹⁰⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.70.

¹⁰⁹⁷ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.241.

¹⁰⁹⁸ MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.21.

¹⁰⁹⁹ À l'alinéa f).

¹¹⁰⁰ À l'alinéa h).

¹¹⁰¹ À l'alinéa j).

¹¹⁰² Aux alinéas a), b) et d).

¹¹⁰³ Aux alinéas c), e) et g).

¹¹⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.19. V. également, OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014 (*Chine – Terres rares*), §5.87 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.67 : « "Le lien requis – ou "degré de connexion" – entre la mesure et l'intérêt est spécifié dans le libellé des paragraphes eux-mêmes, avec l'emploi de termes tels que "se rapportant à" et "nécessaires à" ». L'Organe d'appel renvoyant au Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §292.

L'expression « se rapportant à », qui accorde une grande discrétion au choix de l'État, ne signifie pas pour autant que des mesures vaguement liées à l'objectif seraient tolérées¹¹⁰⁵. Au contraire, l'Organe d'appel a souligné que l'expression exige que la mesure « vise principalement »¹¹⁰⁶ l'objectif, ce qui implique « une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens »¹¹⁰⁷.

Les difficultés se concentrent sur l'expression « nécessaires à », employée par plusieurs alinéas et qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante¹¹⁰⁸. Les différents organes de règlement des différends de l'OMC considèrent que la condition de nécessité est remplie s'il n'existe aucune mesure restrictive alternative constitutive d'un moindre mal¹¹⁰⁹. Ce critère a été précisé et affiné, notamment dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*¹¹¹⁰, conduisant à ce que l'on nomme désormais « le test de nécessité ». Dans cette affaire, l'Organe d'appel a indiqué les trois facteurs principaux qui déterminent la condition de nécessité. Premièrement, il faut tenir compte de l'importance des intérêts, objectifs ou valeurs communes en cause : « [p]lus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" d'une mesure conçue comme un instrument d'application »¹¹¹¹. Deuxièmement, il faut rechercher si la mesure en cause « favorise la réalisation de l'objectif poursuivi » : plus elle y contribue, plus elle sera « nécessaire »¹¹¹².

¹¹⁰⁵ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.242.

¹¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.20.

¹¹⁰⁷ OMC, Rapports de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, §§5.94, 5.105 ; Rapports de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012 (*Chine – Matières premières*), §355. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §136, qui est cité dans chacune de ces deux affaires.

¹¹⁰⁸ Il convient de noter que l'Organe d'appel a considéré qu'il convenait d'appliquer à l'expression « essentielles à », *mutatis mutandis*, le même cadre d'analyse que pour la condition de nécessité, v. Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.60. Par ailleurs, la condition de nécessité n'est appréciée qu'au regard de la nature de la mesure contestée et non en fonction de la législation interne des États, au risque de faire produire un effet extraterritorial aux normes nationales de protection, v. CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, pp.242-243. Bien que dans certaines affaires, l'Organe d'appel ne se soit pas prononcé sur la question « de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite » dans l'article XX du GATT ni, « si c'est le cas, sur la nature ou la portée de cette limitation. », v. Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §133 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.173.

¹¹⁰⁹ V. OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001 (*Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*), §166.

¹¹¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §159 et s.

¹¹¹¹ *Ibid.*, §162. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §306 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007 (*Brésil – Pneumatiques rechapés*), §143 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiant et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001 (*CE – Amiante*), §172.

¹¹¹² Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §163. V. également, Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, §6.234.

Troisièmement, il faut prendre en considération ses effets restrictifs sur le commerce international : plus ils seront importants, moins la mesure paraîtra nécessaire¹¹¹³. En tout état de cause, l'Organe d'appel indique qu'il faut dans chaque cas d'espèce :

« soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations »¹¹¹⁴.

L'appréciation, bien souvent comparative¹¹¹⁵, des trois facteurs composant le test de nécessité, qui suppose de les « soupeser » et de « mettre en balance », est devenue « un véritable leitmotiv dans le test de nécessité »¹¹¹⁶. Celui-ci doit alors permettre de déterminer « si une mesure de rechange (...) ou si une mesure moins incompatible avec les règles de l'OMC (...) est « raisonnablement disponible »¹¹¹⁷. La mesure alternative disponible « doit être une mesure qui préserverait le droit de la partie défenderesse d'assurer le niveau de protection qu'elle souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi »¹¹¹⁸. Par ailleurs, l'absence d'alternative « raisonnablement disponible » ne doit pas simplement résulter de leur impossible mise en œuvre¹¹¹⁹, néanmoins elle ne doit pas être pour autant « de nature purement théorique »¹¹²⁰.

La conceptualisation de l'examen s'est poursuivie dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel précisant l'ordre d'analyse du test de nécessité : il s'agit de considérer ces trois facteurs puis, si cet examen conduit à une « conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire », il faut la confirmer en comparant la mesure et les solutions de rechange possibles, moins restrictives, « tout en apportant une contribution équivalente à la

¹¹¹³ V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §164. V. également, VOON (T.), « Exploring the Meaning of Trade-Restrictiveness in the WTO », *World Trade Review*, vol.14(3), 2015, pp.451-477.

¹¹¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §164.

¹¹¹⁵ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.244.

¹¹¹⁶ *Idem.*

¹¹¹⁷ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005 (*République Dominicaine – Importation et vente de cigarettes*), §70. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §307.

¹¹¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §318 (citant Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §§172-174 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §180 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §156).

¹¹¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §169 : « une autre mesure ne cessait pas d'être "raisonnablement" disponible simplement parce que sa mise en œuvre entraînait des difficultés administratives pour un Membre. » (l'Organe d'appel renvoyant au Rapport du Groupe spécial, *EU – Essence*, §§6.26, 6.28).

¹¹²⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §308 : « (...) par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles. ».

réalisation de l'objectif », et en tenant compte de « l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu. »¹¹²¹. Le processus de soupesage et de mise en balance est ainsi qualifié « [d']opération holistique qui consiste à réunir toutes les variables de l'équation et à les évaluer les unes en relation avec les autres après les avoir examinées individuellement, afin d'arriver à un jugement global »¹¹²² ou encore de « processus séquentiel » dont il convient de respecter l'ordre d'analyse¹¹²³.

Résumée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Cellules solaires*, la structure d'ensemble du test de nécessité suppose un :

« examen global et plus approfondi du lien entre la mesure incompatible et [l'intérêt protégé par l'article XX]. Cela suppose, dans chaque cas, de "sopeser et mettre en balance" une série de facteurs, y compris : l'étendue de la contribution de la mesure qu'il s'agit de justifier à la réalisation du but poursuivi (...) ; l'importance relative de la valeur ou de l'intérêt sociétal que [la mesure] vise à protéger ; et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée. Dans la plupart des cas, une comparaison entre la mesure contestée et des mesures de rechange raisonnablement disponibles devrait ensuite être effectuée. »¹¹²⁴.

Si la nécessité de la mesure est établie, et plus largement le lien particulier qu'exige chaque alinéa, la mesure sera considérée comme provisoirement justifiée. Mais « l'obstacle le plus redoutable réside dans le texte introductif de l'article XX. »¹¹²⁵.

B. Le chapeau de l'exception générale, un rempart contre l'abus de droit

Le texte introductif de l'article XX, ou « chapeau », impose des conditions additionnelles aux mesures provisoirement justifiées. Celles-ci bénéficieront de la protection de l'exception générale « sous réserve [qu'elles] 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

¹¹²¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §178. L'Organe d'appel précisant : « Pour être qualifiée de nécessaire, une mesure n'a pas besoin d'être indispensable. Cependant, sa contribution à la réalisation de l'objectif doit être importante, pas seulement marginale ou insignifiante, surtout si la mesure en cause est aussi restrictive pour le commerce qu'une interdiction d'importer. Par conséquent, la contribution de la mesure doit être mise en balance avec son caractère restrictif pour le commerce, compte tenu de l'importance des intérêts ou des valeurs sous-tendant l'objectif qu'elle poursuit. », v. *Ibid.*, §210.

¹¹²² *Ibid.*, §182.

¹¹²³ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §242.

¹¹²⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.59. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.70 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.169.

¹¹²⁵ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.245.

une restriction déguisée au commerce international ». La justification d'une mesure sous l'exception générale n'est ainsi que limitée et conditionnelle¹¹²⁶.

D'une part, il convient d'interpréter la fonction du chapeau au regard de la formulation de ses prescriptions. L'Organe d'appel a indiqué à ce titre que le chapeau a pour objectif d'empêcher qu'une mesure ne constitue « dans son application, un abus de cette exception au regard du texte introductif »¹¹²⁷. Sa fonction est alors celle de maintenir l'équilibre entre le droit d'un État d'invoquer l'exception générale et les droits des autres États, découlant des dispositions du GATT¹¹²⁸. L'Organe d'appel considère que ce point d'équilibre « n'est pas fixe ni immuable » mais qu'il « se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent »¹¹²⁹.

L'identification de cet équilibre n'est pas évidente, d'autant que l'exception n'est invoquée que parce que la mesure contestée a déjà été déclarée illicite. Par définition, « l'équilibre à atteindre ne saurait être celui qui préservera dans leur intégralité tous les droits que les autres Membres tiennent des accords. »¹¹³⁰. Le chapeau est considéré comme :

« une façon d'exprimer le principe de la bonne foi (...) qui (...) régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la *doctrine de l'abus de droit*, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable". »¹¹³¹.

Il s'agit alors d'éviter que les États utilisent l'exception générale comme un moyen de contourner leurs obligations conventionnelles¹¹³². L'État défendeur, qui invoque l'exception, devra alors démontrer que sa mesure n'est pas appliquée de façon abusive au sens du chapeau, ce qui est « une tâche plus lourde » que celle de la justifier provisoirement¹¹³³. Ainsi, c'est à la lumière de l'abus de droit que s'apprécient les conditions fixées par le chapeau.

¹¹²⁶ *Ibid.*, p.246.

¹¹²⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25.

¹¹²⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.312 (qui renvoie au Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §156.).

¹¹²⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §159.

¹¹³⁰ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.246.

¹¹³¹ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §158 (citant CHENG (B.), *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens and Sons, 1953, p.125.).

¹¹³² Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §178 ; V. également Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §339.

¹¹³³ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25.

D'autre part, il s'agira d'examiner si *l'application* de la mesure constitue un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée ou une restriction déguisée au commerce¹¹³⁴. Le plus souvent, cette application sera appréciée au regard de « [la] conception [de la mesure], ses principes de base et sa structure révélatrice »¹¹³⁵, ce qui implique de tenir compte des « prescriptions de fond aussi bien que de procédure »¹¹³⁶ de la mesure en cause.

Le chapeau exige que l'application de la mesure ne constitue pas « soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». Tout d'abord, la discrimination visée ici est à distinguer de celle qui est interdite par d'autres dispositions du GATT, telles que la clause de traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Malgré une ressemblance apparente, le chapeau est dépourvu d'autonomie et n'est pertinent que lorsqu'une violation *prima facie* est établie ; une interprétation contraire priverait les obligations de non-discrimination de leur sens¹¹³⁷. De plus, l'Organe d'appel a considéré que le libellé « entre les pays où les mêmes conditions existent » renvoie autant à la discrimination entre États exportateurs qu'entre ces derniers et l'État importateur concerné¹¹³⁸. Enfin, si la discrimination doit être « arbitraire ou injustifiable », d'une manière générale l'examen de la mesure ne sera pas axé sur ces caractères mais « sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence. »¹¹³⁹.

Ainsi, l'Organe d'appel a indiqué que la discrimination est arbitraire ou injustifiable si, à « la lumière de l'objectif de la mesure », les raisons d'être de la discrimination n'ont pas de « lien

¹¹³⁴ Souligné par nous. V. GATT, Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Importations de certains assemblages de ressorts pour automobile*, L/5333, adopté le 26 mai 1983, §56 : « *The Panel noted that the Preamble of Article XX made it clear that it was the application of the measure and not the measure itself that needed to be examined.* ». V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25 ; Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §115.

¹¹³⁵ OMC, Rapport de l'Organe d'appel Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996 (*Japon – Boissons alcooliques II*), p.33.

¹¹³⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §160 : « l'application d'une mesure peut être considérée comme un usage abusif ou impropre d'une exception prévue à l'article XX non seulement lorsque les modalités de fonctionnement détaillées de la mesure prescrivent l'activité arbitraire ou injustifiable, mais aussi dans les cas où une mesure, par ailleurs équitable et juste en apparence, est en fait appliquée de manière arbitraire ou injustifiable. À notre avis, les critères que contient le texte introductif impliquent des prescriptions de fond aussi bien que de procédure. »

¹¹³⁷ V. Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25 : « Les dispositions du texte introductif ne peuvent pas, logiquement, se référer aux mêmes critères que ceux qui ont été utilisés pour déterminer qu'il y a eu violation d'une règle de fond. ». V. également, CARREAU (D.), JUILARD (P.), *op. cit.*, p.248.

¹¹³⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.26.

¹¹³⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §226

rationnel avec l'objectif » ou, « iraient à l'encontre de cet objectif »¹¹⁴⁰. De sorte que « l'un des facteurs les plus importants » sera de savoir « si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée (...), ou si elle est rationnellement liée à cet objectif. »¹¹⁴¹. Ce facteur n'étant le seul critère¹¹⁴², d'autres éléments additionnels peuvent être pris en considération, en fonction des circonstances variables des affaires¹¹⁴³. L'Organe d'appel a même fait preuve de souplesse dans son évaluation, en tenant compte du fait qu'une mesure contestée poursuive plusieurs objectifs, dont certains ne sont pas mentionnés expressément par les alinéas de l'article XX du GATT¹¹⁴⁴.

La prescription relative à la « restriction déguisée », moins souvent alléguée du fait du libellé alternatif du chapeau¹¹⁴⁵, peut recouvrir, par exemple, une mesure qui ne serait pas publiée¹¹⁴⁶. L'élément principal tient au caractère « déguisé » de la mesure contestée, qui par nature est une restriction, et plus précisément, à la finalité et non à l'effet protectionniste de la mesure¹¹⁴⁷.

Jusqu'à présent, les organes de jugement ont été plus que prudents dans leur maniement de l'article XX du GATT. Si les mesures peuvent aisément être justifiées provisoirement, l'obstacle le plus difficile à surmonter reste les prescriptions du texte introductif. L'exception générale apparaît néanmoins comme étant un outil pertinent pour assurer un fondement conventionnel au droit de réglementer de l'État dans les AII, en ce qu'il peut apporter plus de flexibilité qu'il n'y paraît et circonscrire le pouvoir d'interprétation discrétionnaire des tribunaux arbitraux.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, §227.

¹¹⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.306, appliquant les principes dégagés dans Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §165 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §§227-228, 232.

¹¹⁴² Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.321.

¹¹⁴³ Il peut s'agir d'un processus « ni transparent ni prévisible », de l'absence de voie de recours contre une décision unilatérale, de la « rigidité » et de l'« inflexibilité » à laquelle conduit la conception de la mesure dans son application concrète, ou encore d'une décision « fantaisiste » ou « fortuite », v. Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §§177, 180 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §232.

¹¹⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.320.

¹¹⁴⁵ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *op. cit.*, p.251.

¹¹⁴⁶ V. OMC, Rapport du Groupe spécial, *CE – Amiante*, WT/DS135/R, adopté le 5 avril 2001, §8.234 ; Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.28.

¹¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, *CE – Amiante*, §8.239 : « Un tel effet est la conséquence naturelle de l'interdiction d'un produit donné et ne saurait suffire en soi à conclure que la mesure a un objectif protectionniste, tant qu'il ne dépasse pas certaines proportions. ». Toutefois, il a été considéré que la question de savoir si une mesure constitue une restriction déguisée au commerce, et une discrimination arbitraire ou injustifiable, ne saurait dépendre de « l'incidence quantitative de cette discrimination sur la réalisation de l'objectif de la mesure en cause. ». V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §229.

§2. La typologie des exceptions générales d'ordre public dans les traités d'investissement

La multiplication des exceptions générales d'ordre public dans les AII s'est renforcée au fur et à mesure que les inquiétudes des États, quant au risque que faisait peser le contenu vague et imprécis des traités d'ancienne génération sur leur liberté réglementaire, grandissaient. Largement inspirées du droit du commerce international, les exceptions générales des traités de nouvelle génération ont tendance à conserver la structure classique des exceptions du GATT et de l'AGCS (A). Au demeurant, elles témoignent, notamment dans les AII conclus en Amérique latine, de quelques variations textuelles qui tendent à limiter la marge d'appréciation des arbitres. En outre, certaines dispositions revêtent ici la terminologie d'exceptions hybrides en ce qu'elles ont la particularité d'emprunter des éléments relevant tant des exceptions générales relatives à la protection de la sécurité qu'à celles d'ordre public (B). Ces clauses ont la particularité d'avoir fait l'objet d'interprétations rigoureuses par les tribunaux d'investissement qui pourraient éclairer celles qui seraient faites des exceptions générales d'ordre public.

A. Les exceptions générales d'ordre public inspirées du droit de l'Organisation mondiale du commerce

Les AII de nouvelle génération ont de plus en plus tendance à insérer des exceptions générales modelées selon l'article XX du GATT ou l'article XIV de l'AGCS – leurs textes sont très similaires – voire à incorporer ces derniers *mutatis mutandis*¹¹⁴⁸. Celles-ci peuvent s'attacher à la protection d'un ensemble de préoccupations d'intérêts publics mais sont regroupées dans deux sous-catégories de notre cadre analytique : celles visant l'environnement et la santé publique¹¹⁴⁹, et celles visant des objectifs non-économiques¹¹⁵⁰. Ces dernières sont regroupées

¹¹⁴⁸ Sur l'incorporation d'exceptions générales d'ordre public, v. les travaux entre-autres, KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law. Converging Systems*, C.U.P., Cambridge, 2016, not. pp.168-228 ; SPEARS (S.), *op. cit.*, pp.1037-1075 ; MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, 50p ; COLLINS (D.), « The Line of Equilibrium: Improving the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration through the Application of the WTO's General Exceptions », *Arbitration International*, vol.32(4), 2016, pp.575-587, disponible à : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2487778> ; TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, 376p ; BREW (R.), « Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection », *Canterbury Law Review*, vol.25, 2019, pp.205-242.

¹¹⁴⁹ D'autres termes peuvent être utilisés tels que « la protection de la santé et la vie des personnes, des animaux ou la préservation des végétaux », « la conservation des ressources naturelles épuisables vivantes ou non-vivantes », « la prévention des maladies », etc. V. CNUCED, *IIA Mapping Project*, p.18.

¹¹⁵⁰ Ces objectifs peuvent être, par exemple, le maintien de l'ordre public, la préservation du patrimoine culturel, le maintien de la diversité culturelle et linguistique, la protection de la moralité publique, le respect des lois et des

sous la dénomination d'exception générale d'ordre public afin de recouvrir toutes les formulations relatives aux intérêts publics. Par ailleurs, ces exceptions sont notamment de plus en plus incluses dans les ALE qui comprennent des chapitres relatifs à la protection des investissements¹¹⁵¹.

Les États-Unis ont intégré ce type d'exception de façon systématique¹¹⁵² mais ont rapidement été rejoints, voire dépassés, par un certain nombre d'États¹¹⁵³. De fait, les exceptions générales visant des intérêts publics multiples représentent l'outil le plus résistant qui permet aux rédacteurs des traités de donner un fondement conventionnel au droit de réglementer de l'État. Comme le notait Kenneth Vandeveld, à propos de l'élaboration du modèle conventionnel de 2004 des États-Unis, les États ont la volonté :

*« to preserve greater regulatory discretion for the BIT parties. This was to be achieved by increasing the number of general exceptions to BIT obligations, by allowing the parties greater latitude to maintain or to adopt measures that do not conform to certain BIT obligations; and by limiting the remedies that investor-state tribunals may impose for a breach of a BIT obligation. »*¹¹⁵⁴.

À l'échelle mondiale, tous pays confondus, environ 5 à 13% des AII d'ancienne génération contenaient des exceptions générales d'ordre public¹¹⁵⁵. On constate une augmentation majeure de ces dispositions dans les traités en ce que cela concerne 36 à 49% des AII conclus depuis les années 2010¹¹⁵⁶. Dans le cadre d'une approche comparative, on observe que ce phénomène est plus significatif en Amérique latine : entre 46 et 54% des AII de nouvelle génération incorporent une exception générale¹¹⁵⁷. Les États latino-américains sont ainsi au premier rang

règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du traité, etc. V. CNUCED, *IIA Mapping Project*, p.18.

¹¹⁵¹ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.500-501 ; ACKERMANN (T.), « Exception Clauses in International Investment Agreements A Case for Systematic Integration », in. AKBABA (M.), CAPURRO (G.) (eds), *International Challenges in Investment Arbitration*, Routledge, New York, 2018, pp.39-41 ; KEENE (A.), *op. cit.*, pp. 64-66.

¹¹⁵² Il s'agit d'une pratique ancienne, v. nt. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *Rec.*, p.392.

¹¹⁵³ Notamment le Canada, v. Modèle canadien (2004), art.10.

¹¹⁵⁴ VANDELDE (K. J.), « A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2008-2009*, O.U.P., New York, 2009, p.288.

¹¹⁵⁵ Cela concerne plus précisément les AII concluent dans les périodes 1959-2000 et 2001-2009, et qui incorporent tant une exception générale relative à la santé et à l'environnement qu'à tout autre objectif non-économique. V. Annexes, Tableau 2.

¹¹⁵⁶ *Idem.*

¹¹⁵⁷ *Idem.*

de ceux qui insèrent le plus d'exceptions générales d'ordre public dans leurs traités d'investissement¹¹⁵⁸.

Les variations rédactionnelles des clauses d'exception générale compliquent parfois la différenciation avec les clauses déclaratoires et interprétatives, en raison de formulations similaires¹¹⁵⁹, toutefois dans une large majorité, les exceptions générales sont modelées sur celles du droit de l'OMC. De plus, certains traités se concentrent sur la protection de certains objectifs très particuliers¹¹⁶⁰ ou limitent le champ d'application de l'exception générale à certaines obligations substantielles dudit traité¹¹⁶¹.

Cette clause-type est insérée par divers États dans leurs AII, avec des variations rédactionnelles plus ou moins conséquentes¹¹⁶². Au demeurant, les exceptions générales modelées sur celles de l'OMC suivent généralement la structure classique en trois parties de l'article XX du GATT¹¹⁶³. Premièrement, elles énumèrent une liste, exhaustive ou non, d'objectifs d'intérêt public¹¹⁶⁴. Deuxièmement, elles requièrent un lien fonctionnel entre les mesures couvertes et la poursuite de l'un de ces objectifs, qui permet de garantir que celui-ci n'est pas seulement accessoire¹¹⁶⁵. Troisièmement, elles comprennent un paragraphe introductif similaire qui permet de garantir que l'exception n'est pas employée par l'État défendeur, qui l'invoque, de façon abusive.

L'examen des exceptions d'ordre public intégrées dans les traités latino-américains conduit à plusieurs observations. Tout d'abord, de nombreux traités intègrent des exceptions générales très similaires aux articles XX du GATT et XIV de l'AGCS¹¹⁶⁶, voire indiquent que ces

¹¹⁵⁸ V. Annexes, Figures 6(A) et 6(B). V. également, SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé... », *op. cit.*, p.4.

¹¹⁵⁹ V. par ex. TBI Mexico – Turquie (2013), article 6.1 ; Protocole d'investissement intra-MERCOSUR (2017), article 16.1 ; TBI Brésil – Colombie (2015), article 15. V. également, *supra*, note 953.

¹¹⁶⁰ C'est le cas par exemple du Canada qui dans son modèle d'APIE de 2021 incorpore une exception générale ne visant que la protection des droits des peuples autochtones et la sécurité, v. Modèle d'APIE du Canada, 2021, art. 22.1 « Exceptions générales ».

¹¹⁶¹ CETA (2016), art.28(3) ; USMCA (2018), art.32.1 (ex-article 2101 de l'ALENA) ; Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (2018), art.29.1 (le CPTPP est un accord signé entre certains pays des régions Asie-Pacifique et d'Amérique).

¹¹⁶² V. KEENE (A.), *op. cit.*, p.74.

¹¹⁶³ V. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, 50p.

¹¹⁶⁴ V. MARKERT (L.), *op. cit.*, p.161, qui identifie une autre possibilité, celle de clauses qui offrent à l'État une liberté réglementaire sans entrave.

¹¹⁶⁵ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.6.

¹¹⁶⁶ V. par ex., TBI Australie – Uruguay (2019), art. 15 ; TBI Émirats Arabes Unis – Uruguay (2018), art. 18.1 ; ALE Canada – Panama (2010), art. 23.02, §3 (dont le chapeau est situé à la fin de la disposition).

dispositions sont intégrées *mutatis mutandis* au traité¹¹⁶⁷. Les exceptions qui s’inspirent de celles de l’OMC sans pour autant les reproduire à l’identique, ont en commun de limiter la liste des intérêts particuliers visés à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, la conservation des ressources naturelles épuisables, le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du traité, et quelques fois, à la protection de l’ordre public (et plus rarement à la moralité publique)¹¹⁶⁸.

La liste des intérêts particuliers couverts par les exceptions ont également en commun d’ajouter une référence explicite à l’environnement, à la suite de l’alinéa visant la protection de la vie ou de la santé humaine etc.¹¹⁶⁹. De plus, à la différence de l’alinéa (g) de l’article XX du GATT, les mesures qui se rapportent à la conservation des ressources naturelles épuisables n’ont pas à être « appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales (...) » et précisent qu’il s’agit des ressources « biologiques et non-biologiques »¹¹⁷⁰.

D’une part, ces précisions et indications supplémentaires attestent de l’incorporation d’éléments de la jurisprudence de l’OMC¹¹⁷¹. D’autre part, ces exceptions illustrent le dilemme auquel peuvent faire face les rédacteurs des traités. Une formulation non-exhaustive, ou en des termes trop généraux, des intérêts publics visés pourrait diminuer l’efficacité de la disposition, tandis qu’une rédaction exhaustive risquerait d’être incomplète ou, au contraire, permettrait de circonscrire la marge d’appréciation des interprètes du traité. Seules les futures sentences arbitrales pourront éclairer sur cette question, pour l’heure en suspens.

¹¹⁶⁷ V. par ex., TBI Argentine – Japon (2018), art. 15 ; ALE Amérique centrale – République de Corée (2018), art.23.1, §2 ; ALE Corée – Pérou (2011), art. 24.1, §2 ; ALE Costa Rica – Singapour (2010), art. 18.2, §2.

¹¹⁶⁸ Soit les alinéas b), g), d) et plus occasionnellement, a) de l’article XX du GATT.

¹¹⁶⁹ V. par ex., TBI Colombie – Venezuela (2023), art. 5(a), i) ; TBI Turquie – Uruguay (2022), art. 7.1(a) ; ALE Argentine – Chili (2017), art. 8.19 (l’environnement est mentionné dans le paragraphe introductif) ; TBI Colombie – Émirats Arabes Unis (2017), art. 11(b) ; TBI Guatemala – Turquie (2015), art. 5.1(a) ; ALE Canada – Panama (2010), art. 23.02, §3(a), i). Les traités incorporant les exceptions générales du droit de l’OMC *mutatis mutandis* ajoutent parfois que : « *The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of the GATS include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health.* », v. ALE Amérique centrale – République de Corée (2018), art. 23.1, §2 ; ALE Corée – Pérou (2011), art. 24.1, §2 ; ALE Costa Rica – Singapour (2010), art. 18.2, §2.

¹¹⁷⁰ V. par ex., TBI Colombie – Venezuela (2023), art. 5(a), ii) ; TBI Turquie – Uruguay (2022), art. 7.1(b) ; TBI Brésil – Inde (2020), art. 23.1(d) (la référence à l’environnement se situe dans cet alinéa relatif à la protection des ressources naturelles) ; TBI Australie – Uruguay (2019), art. 15.1(e) ; TBI Émirats Arabes Unis – Uruguay (2018), art. 18.1(e) ; TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), art. 18(e) ; TBI Colombie – Émirats Arabes Unis (2017), art. 11(c) ; TBI Guatemala – Turquie (2015), art. 5.1(b) ; ALE Canada – Panama (2010), art. 23.02, §3(c), iii). *Contra* : ALE Argentine – Chili (2017), art. 8.19(3) qui conserve cette condition.

¹¹⁷¹ V. Rapport de l’Organe d’appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §151 ; Rapport de l’Organe d’appel, *É.-U. – Crevettes*, §128.

De surcroît, le chapeau des exceptions générales inspirées du droit de l'OMC a été adapté au droit des investissements et il est généralement formulé comme suit :

*« Subject to the requirement that such measures are not applied by a Party in a manner which would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international investment, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent (...) »*¹¹⁷².

Certains traités peuvent se limiter à exiger que la mesure soit « non-discriminatoire »¹¹⁷³, sans donner d'indications sur la façon d'identifier la discrimination ou sur la question de savoir si toutes les discriminations peuvent être prises en compte. Il pourrait être considéré que cela permettrait à l'investisseur d'invoquer un plus large éventail d'éléments comparatifs pour démontrer la discrimination, toutefois il reviendra aux tribunaux arbitraux de déterminer si la comparaison proposée est envisageable¹¹⁷⁴. Il pourrait également être envisagé que cela opère comme un filet de sécurité contre l'exercice abusif de l'exception générale au même titre que dans le cadre du paragraphe introductif de l'article XX du GATT. De fait, la bonne foi est un principe de droit international général qui aurait vocation à s'appliquer même en l'absence de toute mention de l'exigence de non-discrimination.

Enfin, les États ont également adopté une approche plus souple du lien fonctionnel exigé entre la mesure et l'intérêt qu'elle poursuit. De fait, l'État défendeur qui invoque l'exception supportera la charge de la preuve, qui est relativement lourde lorsqu'il s'agit de démontrer que la mesure contestée est « nécessaire », au sens où aucune autre mesure alternative, contribuant de manière équivalente, ne serait disponible. Certains traités ont donc adapté librement l'exception générale issue du droit de l'OMC, en adoptant une formulation plus malléable du lien fonctionnel entre la mesure contestée et sa contribution à l'intérêt poursuivi¹¹⁷⁵. D'autres ont adopté cette même formulation et ont limité leur chapeau à la condition de non-discrimination arbitraire ou injustifiable¹¹⁷⁶.

¹¹⁷² TBI Australie – Uruguay (2019), art. 15.1. V. également, Modèle de TBI du Canada (2012), article 18.1(b), i).

¹¹⁷³ TBI Turquie – Uruguay (2022), article 7.1 ; TBI Brésil – Inde (2020), article 23.1.

¹¹⁷⁴ V. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.39.

¹¹⁷⁵ Par exemple, l'article 5 du TBI Colombie – Venezuela (2023), qui impose seulement que les mesures soient « conçues et appliquées pour (...) » ou « liées à (...) », et non qu'elles soient « nécessaires ».

¹¹⁷⁶ V. par ex., TBI Colombie – Émirats Arabes Unis (2017), art. 11 ; TBI Guatemala – Turquie (2015), art. 5.1.

Par ailleurs, quelques traités ont adopté une approche « *self-judging* » du lien de « nécessité »¹¹⁷⁷, ou ont explicité l'analyse qui devait être appliquée en indiquant : « *In considering whether a measure is "necessary", it shall be taken into account whether there was no less restrictive alternative measure reasonably available to a Party.* »¹¹⁷⁸. Ces formulations offrent ainsi plus de flexibilité aux États que le critère, considéré comme strict et plus usité, de « nécessité ». En outre, lorsque celui-ci est choisi par les rédacteurs du traité, le formuler de sorte que la disposition soit « *self-judging* » ou en imposant une analyse particulière de celle-ci, témoigne d'une volonté des États de préserver leur marge d'appréciation et de circonscrire celles des arbitres.

Indépendamment de leurs quelques variations, les clauses d'exceptions générales d'ordre public permettent de dégager les États de toute responsabilité au titre du traité pour les mesures prises de bonne foi aux fins du bien-être public. Elles visent également à renforcer l'espace réglementaire des États dans le contexte des investissements, en leur permettant de réglementer l'investissement étranger sans risquer que l'adoption, ou la mise en œuvre, de mesures visant un intérêt public, soient qualifiées de violation du traité, et les conduisent à devoir indemniser des investisseurs qui auraient été impactés indirectement par celles-ci. L'ampleur de la garantie du droit de réglementer de l'État par le biais de ce fondement conventionnel dépendra toutefois de la manière dont le tribunal arbitral interprétera la disposition.

B. Le cas des exceptions dites « hybrides » ou « d'interdiction et de restriction »

La pratique des traités n'étant pas homogène, des formes hybrides d'exception générale peuvent apparaître. Un traité peut inclure une clause qui fait référence, non seulement aux objectifs d'ordre public, mais également aux considérations essentielles de sécurité, parfois sous le titre « Interdictions et restrictions ». Ces exceptions, peu répandues, sont dites hybrides car elles empruntent autant à l'exception de sécurité qu'à l'exception générale d'ordre public.

¹¹⁷⁷ V. par ex., ALE Argentine – Chili (2017), art. 8.19 ; TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018), art. 18 (Cette exception ne contient par ailleurs aucun paragraphe introductif, ce qui interroge sur les limites qui pourraient toutefois lui être imposées, par exemple par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. », v. Convention de Vienne, 1969, art.26.)

¹¹⁷⁸ TBI Brésil – Inde (2020), article 23.1, note de bas de page 4 sous cet article.

Ce type de clause trouve son origine dans l'article 11 du TBI Chine-Singapour de 1985¹¹⁷⁹ qui prévoit que :

*« The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection or its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases and pests in animals or plants or the protection of its environment. »*¹¹⁸⁰.

L'intérêt de ce type de clause hybride est qu'elle trouve son origine et son développement dans les PED¹¹⁸¹. Si les dispositions employées dans les AII proviennent bien souvent des traités-modèles des pays développés, elles se sont ensuite diffusées dans les pays en développement lors des négociations bilatérales. Les premiers ont été les auteurs des règles que les seconds ont acceptées et adoptées¹¹⁸².

Les clauses hybrides n'induisent aucun « test de nécessité » et ne comprennent pas de chapeau relatif à la non-discrimination. Ces clauses exigent seulement que la mesure contestée soit « dirigée vers » l'un des objectifs de politique publique explicités pour bénéficier de l'exception. La nature du lien fonctionnel exigé entre la mesure et l'objectif qu'elle poursuit est alors moins contraignante¹¹⁸³. Il suffira à l'État défendeur de démontrer que la mesure a une relation étroite et réelle avec les objectifs à atteindre¹¹⁸⁴. L'insertion d'enjeux de sécurité dans une disposition qui vise également d'autres préoccupations d'ordre public peut expliquer pourquoi les clauses ne prévoient pas de test de nécessité ou de chapeau distinct. Les préoccupations relatives aux intérêts essentiels de sécurité impliquent souvent un seuil d'exigence moins élevé et rend la clause discrétionnaire¹¹⁸⁵.

Il pourrait alors être considéré que la disposition accorde une marge de manœuvre accrue à l'État-hôte pour adopter des mesures susceptibles d'avoir un impact sur les investisseurs

¹¹⁷⁹ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.7.

¹¹⁸⁰ Accord entre le gouvernement de la République Populaire de Chine et le gouvernement de la République de Singapour relatif à l'encouragement et à la protection des investissements étrangers, signé le 21 novembre 1985, entré en vigueur le 07 février 1986 et terminé.

¹¹⁸¹ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.7 ; PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, pp.487, 491.

¹¹⁸² V. ALSCHNER (W.), SKOUGAREVSKIY (D.), « Mapping the Universe of International Investment Agreements », *J.I.E.L.*, vol. 19(3), 2016, pp. 561-588, Forthcoming, disponible à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2801608, pp.16-21. V. également, *supra*, notes 383-387.

¹¹⁸³ PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.492.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p.491.

¹¹⁸⁵ NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 412, 416 ; CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement*, *op. cit.*, pp. 42-46.

étrangers, et génère un risque potentiellement important d'application de mesures abusives qui dissimuleraient l'agenda protectionniste de l'État¹¹⁸⁶. Toutefois, il convient de rappeler que le critère établi par l'exception hybride semble proche de celui figurant à l'alinéa (g) de l'article XX du GATT, visant les mesures qui « se rapportent à (...) ». Or, l'Organe d'appel a affirmé que celui-ci exige, au même titre que lorsque la mesure doit être « nécessaire », une relation « étroite et véritable entre la fin et les moyens »¹¹⁸⁷.

Par ailleurs, la combinaison d'intérêts de sécurité et d'objectifs d'ordre public, relatifs à la santé et à l'environnement, pourrait également conduire à une application plus stricte de l'objectif de sécurité, celui-ci devenant limité aux seules situations d'urgence. Cependant, la pratique des tribunaux arbitraux ne témoigne pas d'une telle approche¹¹⁸⁸. Dans l'affaire *Devas*, les arbitres ont interprété une clause hybride qui était invoquée pour des questions de sécurité nationale¹¹⁸⁹. Le Tribunal a reconnu qu'il devait faire preuve d'une grande déférence à l'égard de l'État d'accueil¹¹⁹⁰, considérant que « *[a]n arbitral tribunal may not sit in judgment on national security matters* »¹¹⁹¹. Il a ajouté que :

*« National security issues relate to the existential core of a State. An investor who wishes to challenge a State decision in that respect faces a heavy burden of proof, such as bad faith, absence of authority or application to measures that do not relate to essential security interests. »*¹¹⁹².

Dès lors, si un État invoque avec succès une exception relative à la sécurité nationale, il ne peut lui être demandé de verser des dommages-intérêts¹¹⁹³, bien que cela n'efface pas l'effet de ses actions illicites antérieures à la situation qui relève de ses intérêts essentiels de sécurité¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁶ PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.492.

¹¹⁸⁷ V. Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Crevettes*, §136 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.60.

¹¹⁸⁸ S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016, §245 (L'application de l'exception et le raisonnement des arbitres à ce propos fait l'objet d'un examen approfondi dans le Chapitre 7 de la présente thèse.).

¹¹⁸⁹ S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, §244.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, §245.

¹¹⁹² *Idem.*

¹¹⁹³ *Ibid.*, §293.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, §294.

Conclusion du Chapitre 5

L'examen de la typologie des exceptions conventionnelles conduit au constat qu'au sein même de l'exception générale d'ordre public, outil « phare » permettant d'asseoir conventionnellement le droit de réglementer, il peut exister un certain nombre de variations rédactionnelles.

Cette exception permet la protection d'un large éventail d'intérêts publics et dispose d'un champ d'application étendu à toutes les dispositions substantielles du traité. L'élaboration de cette clause s'inspire d'un système juridique qui en a élaboré une analyse précise, technique, rigoureuse et évolutive depuis bientôt trente ans. Cela pourrait alors permettre aux tribunaux arbitraux d'investissement de s'appuyer sur les jurisprudences de l'OMC pour évaluer l'application des exceptions générales d'ordre public des AII.

Par ailleurs, les autres exceptions conventionnelles, dont la structure et les conditions d'application ont été soulignées, peuvent contribuer à renforcer la prise en considération du droit de réglementer de l'État lorsqu'elles figurent conjointement dans le traité. Elles témoignent en ce sens des intentions des rédacteurs de l'instrument international d'investissement. De plus, les raisonnements interprétatifs des tribunaux arbitraux devant lesquels ces dispositions ont été invoquées pourraient constituer un faisceau d'indices à l'endroit des problématiques que rencontrerait la mise en œuvre des exceptions générales d'ordre public.

CHAPITRE 6

LES ENJEUX DE L'INTÉGRATION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D'ORDRE PUBLIC DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

L'intégration croissante des exceptions générales dans les AII soulève certaines interrogations, notamment celle de savoir si, dans la perspective de politiques publiques, elles peuvent atteindre un compromis effectif et approprié entre le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public et la promotion des investissements étrangers. Les exceptions générales insérées dans les AII reflètent la volonté des États d'améliorer l'efficacité du régime international des investissements en vue de sa légitimité. Cette volonté est à l'origine des pressions exercées sur le droit international des investissements en vue d'améliorer la protection du droit de réglementer de l'État¹¹⁹⁵.

Dans le cadre de la réorientation du droit des investissements, et plus précisément de sa re-politisation en Amérique latine, les exceptions générales d'ordre public intégrées dans les traités peuvent confronter les tribunaux arbitraux d'investissement à des défis interprétatifs. Les exceptions de sécurité soulevées dans les affaires argentines des années 2000 témoignent des difficultés rencontrées par les arbitres, lesquels faisant face à la question de l'interaction entre le droit international coutumier et le droit conventionnel, ont adopté un ensemble de sentences divergentes vivement critiquées. S'agissant des exceptions générales d'ordre public, il importe de s'interroger, *in abstracto*, sur les outils d'interprétation qui pourraient être utilisés par les arbitres mais également de l'intégration conjointe de différentes exceptions conventionnelles, conduisant à soulever la question de leur réception par les tribunaux d'arbitrage d'investissement. (**Section 1**).

L'application de l'exception générale d'ordre public suppose que la mesure adoptée par l'État, qui contreviendrait *a priori* aux obligations substantielles du traité, soit nécessaire à la protection d'un intérêt public. Cette condition de nécessité conduit à déterminer quel serait le

¹¹⁹⁵ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1042.

standard d'examen approprié à l'exception dans le contexte des investissements. De fait, la terminologie employée s'apparente à celle qui peut être rencontrée dans le droit international coutumier ou dans d'autres systèmes juridiques. Il s'agira alors de démontrer que le test de nécessité, induit par la formulation de l'exception, peut se fonder sur l'analyse conduite au sein de l'OMC et adapter le standard d'examen du lien fonctionnel unissant la mesure et l'objectif qu'elle entend poursuivre, au regard de la préservation de l'espace réglementaire de l'État-hôte (Section 2).

Section 1. L'impact de l'insertion des exceptions générales d'ordre public des accords internationaux d'investissement

L'impact attendu par les États est celui d'accroître leur liberté réglementaire, de fonder conventionnellement leur droit de réglementer dans le contexte des investissements. Toutefois, l'insertion des exceptions générales peut avoir des conséquences imprévues sur la marge de manœuvre politique des États, en raison de l'impact des règles coutumières du droit international de la responsabilité des États. Les sentences arbitrales ont adopté des approches divergentes qu'il convient de rappeler pour démontrer que l'exception conventionnelle doit être distinguée de l'état de nécessité, en raison de leurs fonctions qui diffèrent (§1). Par ailleurs, les exceptions générales d'ordre public, du fait de leurs similarités rédactionnelles avec celles issues du droit du commerce international, soulèvent la question de la possible "importation" de la jurisprudence des organes de jugement de l'OMC dans le contentieux d'investissement. En outre, elles interrogent sur leur interaction avec les dispositions qui composent son contexte interprétatif (§2).

§1. L'interaction entre exceptions conventionnelles et droit international coutumier

Les affaires argentines ont concentré la question des moyens de défense des États dans l'arbitrage international investissement, compte tenu de leur nombre et de leur ampleur. Si la ligne de défense de l'Argentine a pu reposer sur l'inconstitutionnalité des TBI et de la

Convention de Washington¹¹⁹⁶, c'est surtout la transposition du droit international de la responsabilité au droit international des investissements qui a occupé les tribunaux arbitraux.

Le droit de la responsabilité internationale admet que, dans certaines circonstances, l'action illicite de l'État soit excusée. Ces circonstances sont précisées au Chapitre V de la première partie des Articles de la Commission du droit international (ci-après « CDI ») relatifs à la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite¹¹⁹⁷. Reconnues comme coutumières, elles sont au nombre de six¹¹⁹⁸ et, parmi elles, l'état de nécessité (article 25), a été au cœur des affaires argentines. La transposition des règles relatives à la responsabilité internationale de l'État n'est pas toujours adaptée dans le contexte des investissements¹¹⁹⁹. Néanmoins, les États ont puisé dans les circonstances excluant l'illicéité des moyens de défense pour justifier leur violation des AII, notamment dans celle de l'état de nécessité¹²⁰⁰. De même, les arbitres ont estimé que l'imprécision des exceptions de sécurité des traités impliquait un renvoi implicite au droit international coutumier¹²⁰¹.

Ainsi, l'état de nécessité a fait l'objet d'une jurisprudence importante des tribunaux statuant sous l'égide du CIRDI, à la suite de son invocation régulière par l'Argentine dans de nombreuses affaires¹²⁰². À la suite des décisions qu'elle avait adoptées pour faire face à la crise économique traversée en 2001¹²⁰³, l'Argentine a soulevé l'exception de sécurité prévue par le TBI entre les États-Unis et l'Argentine de 1991. Elle a également fait état de la circonstance de

¹¹⁹⁶ V. *supra*, note 379.

¹¹⁹⁷ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol.II, n°2, 2001, p.75 et s.

¹¹⁹⁸ Il s'agit du consentement (article 20), de la légitime défense (article 21), des contre-mesures (article 22), de la force majeure (article 23), de la détresse (article 24) et de l'état de nécessité (article 25).

¹¹⁹⁹ LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *A.F.D.I.*, vol. 54, 2008, p.495 (à propos de l'invocation de la circonstance des contre-mesures, v. pp.493-495).

¹²⁰⁰ V. entre autres, REINISCH (A.), « Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? », *J.W.I.T.*, vol.8(2), 2007, pp.191-214 ; SCHILL (S. W.), « International Investment Law and the Host States Power to Handle Economic Crises – *Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina* », *Journal of International Arbitration*, 2007, vol.24(3), pp.265-286 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.325-371 ; ALVAREZ (J. E.), KHAMSI (K.), *op. cit.*, pp.379-478 ; BINDER (C.), « Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis », in. BINDER (C.), KRIEBAUM (U.), REINISCH (A.), WITTICH (S.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, O.U.P., New York, 2009, pp.608-630 ; GAZZINI (T.), « Foreign Investment and Measures Adopted on Grounds of Necessity: Towards a Common Understanding », *T.D.M.*, vol.7(1), 2010, 28p.

¹²⁰¹ CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §§616-621 (le Tribunal s'est fondé sur l'article 31(3) c) de la Convention de Vienne, 1969).

¹²⁰² V. KENTIN (E.), *op. cit.*, pp. 629-667 ; YANNACA-SMALL (K.), *op. cit.*, pp.109-130.

¹²⁰³ V. *supra*, notes 426-427, décret de 2001 sur le gel des compte bancaires (« *Corralito* ») et loi de 2002 relative à l'abandon de la parité du peso avec le dollar.

l'état de nécessité en vue de justifier la violation de ses obligations, affirmant avoir été contrainte par l'état de nécessité et d'urgence dans lequel elle se trouvait. Ceci a entraîné une profonde contradiction de jurisprudence et une confusion entre exception conventionnelle et droit international coutumier¹²⁰⁴. En effet, les arbitres ont appliqué les règles du droit international coutumier par analogie et non l'exception générale de sécurité prévue par le traité applicable¹²⁰⁵ considérant que :

« *The Treaty itself did not deal with the legal elements necessary for the legitimate invocation of a state of necessity. The rule governing such questions will thus be found under customary international law.* »¹²⁰⁶.

Dans un premier temps, les arbitres ont ainsi adopté une approche dite « confluente »¹²⁰⁷ des exceptions de sécurité et de l'état de nécessité du droit international coutumier (A). Il est certain que la proximité des termes des dispositions a soulevé la question de leur interaction¹²⁰⁸. Certaines décisions arbitrales sont ainsi venues éclaircir cette relation en adoptant des approches fondées sur le droit international public (B) permettant d'assurer que la clause d'exception soit appliquée.

A. L'état de nécessité du droit international coutumier

La codification restrictive de l'état de nécessité par les Articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État¹²⁰⁹ a pour conséquence qu'il n'a vocation à jouer qu'à de rares

¹²⁰⁴ LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *op. cit.*, p.491. V. également, par ex. CHRISTAKIS (Th.), « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine », *R.G.D.I.P.*, 2007, p.880 ; NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.518 ; SUBRAMANIAN (S. R.), « Too Similar of Too Different : State of Necessity as a Defence under Customary International Law and the Bilateral Investment Treaty and their Relationship », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol.9(1), 2012, p.69 ; REINISCH (A.), « Necessity in International Investment Arbitration... », *op. cit.*, p.192.

¹²⁰⁵ V. TBI États-Unis – Argentine (1991), article XI.

¹²⁰⁶ CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007, §378. V. également CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §§308, 374 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §333.

¹²⁰⁷ V. KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.329-330.

¹²⁰⁸ V. la doctrine sur ces exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité, not. BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.307-410 ; ALVAREZ (J. E.), KHAMSI (K.), *op. cit.*, pp.379-478 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.* ; BJORKLUND (A. K.), *op. cit.*, p.479. V. également, RAUX (M.), « Les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre du contentieux investisseurs-États », *La Gazette du Palais – Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2008, n°4, pp.41-47 ; VAN AAKEN (A.), KURTZ (J.), « Prudence or Discrimination? Emergency Measures, the Global Financial Crisis and International Economic Law », *J.I.E.L.*, 2009, vol.12(4), pp. 859-894.

¹²⁰⁹ CIRDI, *Total c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, §220 ; C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.88, Commentaire sous l'article 25, §14.

occasions¹²¹⁰. L'article 25 prévoit que la nécessité ne peut pas être invoquée pour exclure l'illicéité d'une action de l'État, sauf si un ensemble de conditions, positives et négatives, sont cumulativement réunies¹²¹¹. L'État ne pourra pas invoquer l'état de nécessité si le traité l'exclut mais également dans le cas de normes impératives¹²¹². Cela suppose également que l'État ait voulu défendre un intérêt essentiel, tel que :

« sa survie politique ou économique, [le] maintien de la possibilité de fonctionnement de ses services essentiels, [la] conservation de sa paix intérieure, [la] survie d'une partie de sa population, [la] conservation écologique de son territoire ou d'une partie de son territoire, etc. »¹²¹³.

De plus, les mesures doivent être indispensables c'est-à-dire constituer l'unique moyen de protéger ses intérêts face à un péril qui doit être grave et imminent¹²¹⁴. Enfin, les mesures adoptées par l'État ne doivent pas porter atteinte à un intérêt essentiel d'un autre État ou de la communauté internationale¹²¹⁵. Ainsi, la référence à l'état de nécessité comme moyen de défense par les États défendeurs dans des procédures d'arbitrage international d'investissement

¹²¹⁰ CIRDI, *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011, §344.

¹²¹¹ « 1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et
b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou
b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation. », v. C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p.85, Article 25. V. également CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, p.7, §51 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.*, p.136, §140.

¹²¹² V. C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p.90, Article 26 : « Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. ».

¹²¹³ AGO (R.), « Additif au huitième rapport sur la responsabilité des États – Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol.II, n°1, 1980, pp.13-68, p.14. V. également, C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, pp.88-89, Commentaire sous l'article 25, §15 : « La mesure dans laquelle un intérêt donné est « essentiel » dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. ».

¹²¹⁴ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, pp.88-89, Commentaire sous l'article 25, §§15-16 ; SUBRAMANIAN (S. R.), *op. cit.*, p.72 ; CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, §54.

¹²¹⁵ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p.89, Commentaire sous l'article 25, §§17-18. Cette condition est particulière en droit international des investissements du fait que l'intérêt visé n'est plus celui d'un autre État mais d'un investisseur. Comme le note Andrea Bjorklund : « (...) weighing the interests of a State against that of an individual investor might give the investor no greater advantage as in many cases an individual investor's interests will seem trivial compared to those of the State. », v. BJORKLUND (A. K.), *op. cit.*, p.487. Toutefois, il peut être considéré que les intérêts des investisseurs fassent partie des intérêts de la « communauté internationale dans son ensemble », v. REINISCH (A.), « Necessity in International Investment Arbitration... », *op. cit.*, p.201.

a conduit les arbitres à interpréter, en particulier, les conditions relatives au fait que l'acte de l'État doit être le « seul moyen » de protéger un intérêt essentiel (1) et qu'il n'ait pas contribué à la situation (2). La majorité des tribunaux arbitraux a adopté une approche « confluente ». Ils ont considéré que les exceptions conventionnelles de sécurité étaient tautologiques par rapport à l'état de nécessité fondé sur le droit international coutumier, de sorte que les conditions d'application des premières sont essentiellement les mêmes que celles des secondes¹²¹⁶.

1. La condition du « seul moyen », un seuil élevé difficilement atteignable

Le commentaire relatif à l'Article 25 indique que l'exigence que la mesure de l'État soit le « seul moyen » exclut l'application de cette défense « si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes. »¹²¹⁷. En effet, « l'exigence de nécessité étant inhérente à l'excuse invoquée, tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu. »¹²¹⁸. Dans le contexte des affaires argentines, les mesures adoptées pour faire face à la crise financière n'ont pas fait l'objet d'un consensus arbitral quant à leur caractère indispensable.

Certains tribunaux arbitraux d'investissement ont considéré que la "nécessité" des mesures argentines était à rechercher dans les règles du droit international coutumier, par analogie, et ont rejeté l'application de l'exception conventionnelle de sécurité. Dans l'affaire *CMS*, le Tribunal a reconnu dans un premier temps qu'une crise économique entrainait dans le champ des « intérêts essentiels de sécurité »¹²¹⁹. Néanmoins, les arbitres se sont appuyés sur les points de vue présentés par les parties et des économistes. Ces derniers ont notamment allégué que des

¹²¹⁶ Pour une critique de cette approche, v. not. DESIERTO (D. A.), « Necessity and Supplementary Means of Interpretation for Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties », *U.P.J.I.L.*, 2010, vol.31(3), pp.843-844, 850-852, 858 ; BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.395-397 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.344-347.

¹²¹⁷ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, pp.88-89, Commentaire sous l'article 25, §15.

¹²¹⁸ *Idem*.

¹²¹⁹ Le Tribunal de l'affaire *CMS* a constaté qu'« Aucun élément, du point de vue du droit international coutumier ou de l'objet et du but du traité, ne peut, en soi, exclure une situation de crise économique majeure du champ d'application de l'article XI (...). Si le concept d'intérêts essentiels de sécurité devait être limité à des préoccupations politiques et de sécurité nationale immédiates, notamment à caractère international, et exclure d'autres intérêts, par exemple les situations d'urgence économique majeure, il y aurait un risque d'interprétation déséquilibré de l'article XI. Une telle approche ne serait pas totalement cohérente avec les règles qui régissent l'interprétation des traités. », v. CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §§359-360, tel que traduit in. YANNACA-SMALL (K.), *op. cit.*, p.121. V. également dans le même sens, CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §§331-332.

mesures alternatives auraient pu être adoptées, y compris la « *dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others* »¹²²⁰, pour conclure que la condition du « seul moyen » n'était pas remplie¹²²¹. Dans le même sens, le Tribunal de l'affaire *Enron*, a considéré que : « *[a] rather sad world comparative experience in the handling of economic crises, shows that there are always many approaches to address and correct such critical events, and it is difficult to justify that none of them were available (...).* »¹²²². L'interprétation par ces tribunaux de la condition relative au « seul moyen » semble très restrictive car elle exige alors un seuil élevé pour que l'invocation de l'état de nécessité aboutisse. En effet, si on considère qu'il peut "toujours" y avoir des mesures alternatives, alors la condition du « seul moyen » ne sera jamais atteinte et l'état de nécessité ne pourra jamais s'appliquer en cas de crise économique.

Le Tribunal de l'affaire *LG&E* a adopté une approche différente en envisageant l'état de nécessité comme un moyen de défense complémentaire à l'exception de sécurité du traité, qu'il avait jugée applicable¹²²³. Examinant si les mesures adoptées par l'Argentine avaient été le « seul moyen » de protéger ses intérêts essentiels de sécurité, le Tribunal arbitral a alors estimé que : « *an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary* »¹²²⁴. Le Tribunal a considéré que son analyse de l'Article 25 étayait son interprétation de l'exception conventionnelle et que la condition relative au « seul moyen » était atteinte¹²²⁵. Bien que cette formulation soit singulière, elle a permis de rendre la condition effective¹²²⁶.

Toutefois, l'approche du Tribunal *LG&E* n'a pas été suivie et les tribunaux arbitraux ont généralement jugé dans les affaires suivantes que la condition du « seul moyen » n'était pas atteinte¹²²⁷. Dans l'affaire *Suez et Interaguas*, le différend ne concernait pas les

¹²²⁰ CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §323.

¹²²¹ *Ibid.*, §324.

¹²²² CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §308. Le Tribunal de l'affaire *Sempra* a adopté une approche similaire, v. CIRDI, *Sempra c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §§350-351.

¹²²³ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §245.

¹²²⁴ *Ibid.*, §257.

¹²²⁵ *Ibid.*, §§258-259.

¹²²⁶ V. KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.355-356 ; TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.68.

¹²²⁷ V. CIRDI, *Suez and Interaguas c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §238 ; CIRDI, *Unión Fenosa Gas, SA c. Égypte* (ARB/14/4), sentence du 31 août 2018, §§8.46, 8.48. V. également la décision de la Chambre de commerce internationale, *Güris Construction and Engineering Inc and others c. République*

mesures financières adoptées par l'Argentine mais une concession pour la distribution d'eau et le traitement des eaux usées dans la province de Sante Fe. Il était allégué qu'à la suite d'une série d'actions et d'omissions de l'État argentin, les ajustements au régime tarifaire convenus antérieurement à la crise n'auraient pas été appliqués. Le Tribunal a estimé que la distribution d'eau et le traitement des eaux usées dans la province : « (...) *certainly was vital to the health and well-being of a large population and was therefore an essential interest of the Argentine State and of the Province.* »¹²²⁸. Cependant, il n'était pas convaincu que le « seul moyen » de protéger cet intérêt essentiel était celui d'adopter des mesures qui contreviendraient ultérieurement au droit de l'investisseur à un traitement juste et équitable, considérant que : « *the Province could have attempted to apply more flexible means to assure the continuation of the water and sewage services to the people of Santa Fe and at the same time respected its obligations of fair and equitable treatment. The two were by no means mutually exclusive.* »¹²²⁹.

2. La condition de la non-contribution de l'État à la situation de nécessité

La seconde condition de l'article 25, qui fut la plus discutée, est celle relative à la non-contribution de l'État à la situation de nécessité. Selon le commentaire de la CDI, l'excuse de la nécessité sera écartée « si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. »¹²³⁰.

Dans l'affaire *CMS*, le Tribunal a estimé que la contribution de l'Argentine à la crise économique avait été suffisamment substantielle¹²³¹. Bien que la crise ne soit pas imputable à un gouvernement en particulier et résulte des crises et politiques gouvernementales antérieures : « (...) *government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter.* »¹²³². Les tribunaux arbitraux des affaires *Enron* et *Sempra* ont, quant à eux, reconnu l'impact de facteurs exogènes et endogènes mais ils

arabe syrienne (n°21845/ZF/AYZ), sentence finale du 31 août 2020, §320, disponible à : <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-guris-and-others-v-arab-republic-of-syria-final-award-monday-31st-august-2020>

¹²²⁸ CIRDI, *Suez and InterAgua c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §238.

¹²²⁹ *Idem.*

¹²³⁰ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.89, Commentaire sous l'article 25, §20.

¹²³¹ CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §329.

¹²³² *Idem.*

ne se sont pas prononcés sur leur contribution à la crise économique argentine¹²³³. Ils ont brièvement conclu que l'Argentine avait contribué de manière substantielle à la situation et qu'il ne pouvait être soutenu que « *the burden falls entirely on exogenous factors.* »¹²³⁴. Les arbitres de l'affaire *El Paso*, empruntant le même raisonnement¹²³⁵ ont souligné que : « *Argentina's failure to control several internal factors, in particular the fiscal deficit debt accumulation and labour market rigidity, substantially contributed to the crisis.* »¹²³⁶. Le Tribunal avait considéré que l'exception conventionnelle de sécurité s'appliquait mais il a examiné la condition de l'article 25 des Articles de la CDI comme condition directe pour l'application de l'exception¹²³⁷.

Néanmoins, dans les affaires *LG&E* et *Continental Casualty*, au terme de leur examen, les tribunaux arbitraux sont parvenus à des conclusions différentes. Le Tribunal de l'affaire *LG&E* a estimé que « *the attitude adopted by the Argentine Government has shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis* »¹²³⁸ et qu'il n'y avait aucune preuve de sa contribution à la situation¹²³⁹. Dans l'affaire *Continental Casualty*, le Tribunal a procédé à une application subsidiaire des règles coutumières relatives à la nécessité¹²⁴⁰. Les arbitres ont analysé en détails la condition de non-contribution de l'État à la situation de nécessité et ils ont estimé que, bien qu'un État soit responsable de ses décisions économiques :

« *the economic and exchange policies whose ultimate unsustainability led to the crisis were regarded as sound economic policies which had been beneficial for years to Argentina's economy. The fixed parity/convertibility/currency board system was praised by the international financial community and by many qualified observers. It had been recommended by the IMF and received its massive financial assistance, as well as the political support of the United States.* »¹²⁴¹.

¹²³³ CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §311 ; CIRDI, *Sempra c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §353.

¹²³⁴ CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §312 ; CIRDI, *Sempra c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §354.

¹²³⁵ CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §§649-670.

¹²³⁶ *Ibid.*, §656 ; v. également, §665.

¹²³⁷ *Ibid.*, §665 : « (...) having found that Article XI is not "self-judging," the Tribunal has the power and duty to make sure that all conditions for its application are satisfied, including the absence of a substantial contribution by Argentina to the crisis of 2001. »

¹²³⁸ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §256.

¹²³⁹ *Ibid.*, §257.

¹²⁴⁰ V. CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §168

¹²⁴¹ *Ibid.*, §235.

Il a été soutenu que l'Argentine aurait pu rejeter ces recommandations ou, au contraire, les appliquer avec une plus grande détermination¹²⁴². Dans les deux cas, « *conflicting qualified views have been expressed retrospectively on the soundness and feasibility of those policies or of the alternatives.* »¹²⁴³. Le Tribunal en a conclu que le seul moyen pour l'Argentine d'éviter une situation de crise et les mesures adoptées pour y faire face « *would have been to adopt different policies years before, against the advice and support that Argentina was receiving from the outside.* »¹²⁴⁴. Par conséquent, l'Argentine pouvait invoquer l'exception conventionnelle relative aux intérêts essentiels de sécurité¹²⁴⁵.

L'invocation de l'état de nécessité, au titre de circonstance excluant l'illicéité, peut être pertinente dans les différends relatifs aux investissements mais les sentences ont produit des solutions équivoques. En effet, les arbitres ont tendance à confondre l'exception conventionnelle et l'état de nécessité du droit international coutumier dans leur interprétation¹²⁴⁶, ce qui conduit à établir un seuil considérablement élevé pour que son application aboutisse¹²⁴⁷. Les contradictions observées dans les décisions arbitrales sont principalement fondées sur les divergences de raisonnement quant à la relation entretenue par le droit conventionnel et le droit international coutumier, qu'il convenait d'éclaircir.

B. La relation complexe entre l'état de nécessité et les exceptions conventionnelles

L'exception conventionnelle de sécurité et, l'argument de l'état de nécessité issu du droit international coutumier, doivent être distingués. L'exception n'entraîne aucune violation du traité lorsqu'elle s'applique, tandis que l'état de nécessité, inscrit à l'article 25 des Articles de la CDI, est une circonstance permettant d'exclure la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite. Les conditions de l'exception conventionnelle sont ainsi moins rigoureuses que celles de l'état de nécessité et, si elles sont atteintes, les mesures ne feront l'objet d'aucune indemnisation. Appréhender la relation entre l'exception générale de sécurité

¹²⁴² *Ibid.*, §236.

¹²⁴³ *Idem.*

¹²⁴⁴ *Idem.*

¹²⁴⁵ *Idem.*

¹²⁴⁶ V. KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.341-351.

¹²⁴⁷ V. CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §538 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §312 ; S.A. CNUDCI, *National Grid c. Argentine*, sentence du 3 novembre 2008, §260. Les conditions de l'état de nécessité « *makes it impossible for a state to invoke it successfully in practice* », v. ISMAILOV (O.), « Interaction of International Investment and Trade Regimes on Interpreting Treaty "Necessity" Clauses: Convergence or Divergence? », *Georgetown Journal of International Law*, 2017, vol.48(2), p.514.

et l'état de nécessité impose alors de rappeler la différence entre règle primaire et secondaire, ainsi que la fonction distincte d'une exception conventionnelle en tant que *lex specialis* par rapport aux moyens de défense du droit international coutumier.

La CDI a expliqué que les règles primaires du droit international sont « des règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité »¹²⁴⁸. Les règles secondaires, quant à elles, renvoient aux « conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent »¹²⁴⁹. Par conséquent, les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État portent sur les règles secondaires du droit international et ne cherchent pas à identifier les obligations internationales « dont la violation engage la responsabilité : c'est là le rôle des règles primaires »¹²⁵⁰. Les articles de la CDI sont de caractère général et s'appliquent à l'ensemble des obligations internationales des États¹²⁵¹.

Ainsi, dans l'affaire *CMS c. Argentine*, le Comité *ad hoc* d'annulation a mis en exergue que l'argument de l'état de nécessité : « *is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations.* »¹²⁵². En effet, il est essentiel de distinguer entre règles primaires et secondaires, conformément à la jurisprudence de la Cour mondiale¹²⁵³. Le Comité considère alors que :

« *In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law.* »¹²⁵⁴.

L'exception générale apparaît alors comme une condition préalable à la mise en jeu de la responsabilité de l'État, tandis que l'état de nécessité excusera celle-ci. Les tribunaux devraient

¹²⁴⁸ C.D.I., Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol.II, n°2, 1970, p.327, §66(c) ; v. également C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.31, Commentaire général, §1.

¹²⁴⁹ *Idem.*

¹²⁵⁰ *Idem.*

¹²⁵¹ *Ibid.*, p.32, Commentaire général, §5.

¹²⁵² CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation, §129.

¹²⁵³ À propos d'une disposition sur les intérêts essentiels de sécurité dans un traité d'amitié, de commerce et de navigation, v. CIJ, *Plates-formes pétrolières* (Iran c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 6 novembre 2003, *Rec.*, p.161, §34.

¹²⁵⁴ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation, §134.

ainsi rechercher si la violation *a priori* du traité peut être justifiée par l'exception conventionnelle, norme primaire, et ce n'est que dans l'hypothèse où la violation est avérée, que la responsabilité de l'État peut être excusée, entièrement ou partiellement, en vertu des règles secondaires du droit international coutumier.

La même approche a été suivie dans les sentences *Continental*¹²⁵⁵ et *El Paso*¹²⁵⁶, dans lesquelles les Tribunaux ont pris soin de distinguer l'analyse de la règle primaire – l'exception de sécurité du traité – de celle de la règle secondaire relevant du droit international coutumier – l'article 25 des Articles de la CDI.

Au-delà de la distinction entre règle primaire et secondaire, le Comité d'annulation a affirmé que l'exception conventionnelle et l'état de nécessité pouvaient également être appréhendés sous l'angle de l'interprétation de normes conflictuelles et du principe *specialia generalibus derogant* ; l'exception de sécurité relevant alors de la *lex specialis*¹²⁵⁷. Le principe de la *lex specialis* souligne que les articles de la CDI sur la responsabilité sont non seulement des règles secondaires et générales mais aussi des règles résiduelles¹²⁵⁸. Le principe appréhende alors des règles qui appartiennent au même ordre hiérarchique, au-delà de la relation règle primaire-règle secondaire. Cette interprétation de la *lex specialis* a également été adoptée dans des sentences récentes, qui tendent à éviter la distinction entre les règles primaires et secondaires¹²⁵⁹, reprenant parfois le raisonnement du Comité d'annulation de *CMS*¹²⁶⁰.

L'approche de la *lex specialis* conduit alors à accorder la primauté à l'exception conventionnelle en termes d'application, toutefois la *lex generalis* conserve une marge de manœuvre résiduelle pour l'application et l'orientation de l'interprétation de la disposition. Cependant, l'approche des normes primaires et secondaires est à privilégier, en ce qu'elle permet de distinguer clairement l'exception conventionnelle et l'excuse coutumière, dont le

¹²⁵⁵ CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §§162-168, 222. V. également, LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *op. cit.*, p.492.

¹²⁵⁶ CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §§553-555.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, §133.

¹²⁵⁸ V. C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.32, Commentaire général, §5 et p.150, Commentaire sous l'article 55 ; CRAWFORD (J.), *State Responsibility – The General Part*, C.U.P., New York, 2013, p.65 ; KOSKENNIEMI (M.), *op. cit.*, p.21, §56 : « Le principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général est généralement accepté en tant que règle d'interprétation juridique et technique pour le règlement des conflits normatifs. » (note omise).

¹²⁵⁹ CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 octobre 2011, §552.

¹²⁶⁰ CIRDI, *Sempra c. Argentine*, décision sur l'annulation du 29 juin 2010, §200.

contenu et les fonctions sont différentes et qui ne sont pas, en principe, liées l'une à l'autre¹²⁶¹. Par ailleurs, l'objectif de l'insertion d'exceptions conventionnelles dans les traités n'est pas de conduire à l'exclusion des normes coutumières. Au contraire, comme le souligne Jürgen Kurtz :

« *The treaty project was structured to offer a tailored system of legal regulation of the conduct of States vis-à-vis foreign investors which incorporated select customary norms and also constructed new treaty norms.* »¹²⁶².

Dès lors, l'état de nécessité apparaît comme un moyen de défense qui peut permettre à l'État, qui aurait échoué à justifier son action, à excuser celle-ci¹²⁶³. Les règles établies par la CDI, concernant notamment l'état de nécessité, sont, selon la formule consacrée « les règles sur les règles », qui n'ont vocation à s'appliquer que lorsqu'une violation d'une obligation substantielle du traité est établie. Ainsi, ce n'est que si l'exception générale conventionnelle, règle primaire, ne trouve pas à s'appliquer – la responsabilité de l'État étant alors *a priori* engagée – que l'excuse coutumière de responsabilité, règle secondaire, pourra être envisagée¹²⁶⁴. Les tribunaux semblent, depuis la décision du Comité *ad hoc* d'annulation dans l'affaire *CMS*, s'entendre sur une ligne directrice quant à l'interprétation des clauses de sécurité et leur interaction avec l'état de nécessité.

L'expérience de l'interprétation des exceptions générales de sécurité est un premier élément qui peut renseigner sur l'approche qui pourrait être suivie par les arbitres face à une exception générale d'ordre public. Ce n'est pas le seul indice dont on dispose, considérant que les règles coutumières d'interprétation des traités ou encore la jurisprudence de l'OMC pourraient permettre de guider les arbitres.

¹²⁶¹ V. not., GIANNAKOPOULOS (C.), *op. cit.*, p.23 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, pp.358-359 ; BJORKLUND (A. K.), *op. cit.*, p.498 ; LATTY (F.), « Quelques configurations complexes de l'application du principe *lex specialis* au plan international: le point de vue du droit international des investissements », in. SFDI (Muriel UBEDA- SAILLARD, dir.), *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*, Journée d'études de Lille, Paris, Pedone, 2017, p.128.

¹²⁶² KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.357.

¹²⁶³ V. C.P.J.I., *Affaire Oscar Chinn* (Royaume-Uni c. Belgique), opinion individuelle de M. Anzilotti, 12 décembre 1934, Série A/B, n°63, pp.113-114 : « [L]a nécessité peut excuser l'inobservance des obligations internationales. (...) [L]a nécessité (...) suppose l'impossibilité d'agir de toute autre manière que celle qui est contraire au droit. ».

¹²⁶⁴ V. CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §§133-134.

§2. L'interprétation des exceptions générales, *in abstracto*

L'analyse des références au droit de réglementer de l'État dans les AII conduit à observer, non seulement la multiplication de celles-ci, mais également leur intégration conjointe. Sous l'angle des dispositions qui auraient vocation à s'appliquer lorsqu'une expropriation indirecte serait alléguée par l'investisseur, cette tendance soulève deux interrogations dans le cadre de leur interprétation *in abstracto*, qui sont celles de la pertinence de leur coexistence, sous l'angle de la volonté des États de préserver leur espace réglementaire (A), et de la complexité de leur relation dès lors qu'un tribunal pourrait les considérer comme applicables (B). Par ailleurs, la référence aux jurisprudences d'autres organes judiciaires peut être instructive pour l'interprétation des exceptions générales d'ordre public dans le contentieux des investissements. Celles-ci permettent de montrer comment les méthodes d'interprétation peuvent contribuer à concilier le droit de réglementer de l'État en vue de préoccupations non-économiques avec d'autres obligations internationales¹²⁶⁵ (C).

A. La combinaison des références au droit de réglementer dans le traité au soutien de l'interprétation des exceptions générales d'ordre public

Les accords internationaux d'investissement, comme tout traité international en général, doivent être examinés au regard des règles d'interprétation du droit international coutumier, telles qu'elles sont codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment au sein des articles 31 et 32. L'article 31(1) de la Convention de Vienne prévoit qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹²⁶⁶, tandis que le paragraphe suivant indique que le contexte comprend le texte et inclut notamment le préambule et les annexes du traité¹²⁶⁷. Les travaux préparatoires et les circonstances entourant l'adoption d'un traité peuvent

¹²⁶⁵ BOISSON de CHAZOURNES (L.), *op. cit.*, p.380.

¹²⁶⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(1) : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. ».

¹²⁶⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(2) : « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. ».

également être pris en compte, comme moyens complémentaires d'interprétation¹²⁶⁸. Ces règles doivent guider l'interprétation d'une exception générale d'ordre public dans le cas où elle se trouverait incorporée dans un AII qui contient également des références au droit de réglementer et à la protection d'intérêts publics particuliers dans le préambule, une clause déclaratoire et surtout, une exception spécifique à l'expropriation indirecte.

La combinaison de ces dispositions et références dans les AII est un phénomène nouveau depuis les années 2010¹²⁶⁹. Tous pays confondus, 8% des AII conclus entre 2010 et 2020 combinent des dispositions relatives au droit de réglementer au sein du préambule et par une clause déclaratoire avec une exception conventionnelle¹²⁷⁰. Ce phénomène est plus significatif en Amérique latine où cela concerne 17% des traités conclus¹²⁷¹. Par ailleurs, sur les dix pays qui ont conclu le plus grand nombre d'AII de nouvelle génération qui combinent ces références, six sont latino-américains et la Colombie figure à la première place de ce classement¹²⁷².

Au regard des règles d'interprétation de la Convention de Vienne, lorsqu'un traité incorpore à la fois une exception générale d'ordre public et des références à des préoccupations précises d'intérêts publics dans son préambule, ces dernières font non seulement partie du contexte, moyen supplémentaire d'interprétation, mais elles peuvent également permettre de fonder une interprétation téléologique de l'exception générale. En effet, les références du préambule peuvent permettre de guider l'interprétation d'une exception dont la liste des intérêts particuliers couverts serait formulée en des termes trop généraux. Le préambule peut permettre de soutenir que tel ou tel objectif doit être entendu comme étant couvert, au regard de l'objet et du but du traité¹²⁷³.

¹²⁶⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.32 : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. ».

¹²⁶⁹ V. Annexes, Tableau 2.

¹²⁷⁰ *Idem.*

¹²⁷¹ *Idem.*

¹²⁷² Il s'agit plus précisément des pays qui ont conclu, entre 2010 et 2020, le plus grand nombre de traités d'investissement comportant une combinaison d'au moins huit des références qui composent notre cadre analytique détaillé, v. Annexes, Figure 5(C).

¹²⁷³ V. KEENE (A.), *op. cit.*, p.77. V. également, *supra*, note 859.

Dans le cadre de l'OMC, tel a été le cas, par exemple, lorsque l'Organe d'appel a cherché à interpréter l'expression « ressources naturelles épuisables » dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* et qu'il a indiqué que :

« L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'*Accord sur l'OMC* montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* – qui éclaire non seulement le GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de "l'objectif de développement durable" (...). »¹²⁷⁴.

De même, les différentes formes du droit de réglementer, que représentent les références du préambule, les clauses déclaratoires relatives au droit de réglementer ou encore les exceptions conventionnelles à portée limitée, font partie du contexte de l'exception générale. Elles pourraient permettre de soutenir une interprétation fondée sur l'effet utile de l'exception générale d'ordre public¹²⁷⁵. Au regard de ce contexte, les rédacteurs des traités ont certainement cherché à garantir que leur droit de réglementer puisse être assuré, aussi l'exception générale ne saurait se limiter à constituer un simple "rappel" de ce droit.

De plus, l'exception générale prévoit, généralement dans son paragraphe introductif, que : « rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures (...) ». Tant l'interprétation ordinaire des termes que celle fondée sur l'effet utile conduisent à juger que si l'exception est considérée comme étant applicable, elle doit permettre à l'État-hôte de justifier des mesures dans l'intérêt public, qui *a priori* constitueraient une violation du traité, sans qu'il ne soit contraint d'indemniser l'investisseur lésé¹²⁷⁶.

¹²⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *É.-U – Crevettes*, §129 (et note 107 : « On considère généralement que cette notion comprend le développement économique et social et la protection de l'environnement. Voir, par exemple, G. Handl, "Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations", dans *Sustainable Development and International Law* (éd. W. Lang, 1995), page 35; Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous* (Éditions du FLEUVE, Québec, 1988), page 51. ») ; souligné dans l'original.

¹²⁷⁵ Sur l'effet utile dans l'interprétation des traités, v. par ex. DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.288.

¹²⁷⁶ V. LESTER (S.), « L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales : l'exemple australien », *IISD – Investment Treaty News*, vol.5(2), 2014, pp.8-9, p.9. Pour une position contraire, v. LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.368.

En outre, il a été considéré que même dans le cas où un ALE comprend un chapitre sur l'environnement qui n'est pas applicable au chapitre sur l'investissement, le premier fait partie du contexte pertinent pour interpréter les dispositions du second. Le Tribunal de l'affaire *Al Tamimi* a estimé que l'existence du chapitre sur l'environnement illustre le fait que les États parties au traité avaient souhaité conserver « *a significant margin of discretion to themselves in the application and enforcement of their respective environmental laws (...)* »¹²⁷⁷.

Ainsi, la combinaison de ces références au sein d'un traité peut permettre une interprétation extensive de l'exception générale¹²⁷⁸. En revanche, la question de la combinaison des exceptions générales d'ordre public et des exceptions spécifiques à l'expropriation au sein d'un même traité représente un défi interprétatif.

B. La question du chevauchement de l'exception générale d'ordre public et de l'exception spécifique sur l'expropriation indirecte

L'une des questions soulevée par la combinaison des références au droit de réglementer dans les AII est celle de l'interaction entre l'exception spécifique à l'expropriation indirecte et l'exception générale d'ordre public.

Premièrement, l'annexe relative à l'expropriation indirecte, incluant l'"exception spécifique", pourrait être qualifiée de « clarification », notamment en ce qu'il s'agit d'une grille d'analyse pour l'opération de qualification de l'expropriation indirecte et que l'"exception" ne fait que rappeler la doctrine des *police powers*. L'existence d'une exception générale dans le traité pourrait être considérée comme un élément supplémentaire amenant à considérer que l'annexe opère comme une clarification et non comme une exception¹²⁷⁹. Tel serait notamment le cas lorsque la disposition s'intitule « Exception générale ». En effet, au regard de l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'intitulé de la clause est un élément important et immédiat du contexte de celle-ci.

¹²⁷⁷ CIRDI, *Al Tamimi c. Oman*, sentence du 3 novembre 2015, §389.

¹²⁷⁸ V. KEENE (A.), *op. cit.*, p.79 ; GEHRING (M. W.), KENT (A.), *op. cit.*, p.295 ; EL BOUDOUHI (S.), *op. cit.*, pp.560-561.

¹²⁷⁹ KEENE (A.), *op. cit.*, p.85.

La pertinence de l'exception générale est source de questionnements. De fait, l'exception spécifique couvre un ensemble plus large d'intérêts publics par sa formulation, bien souvent non-exhaustive, et semble plus souple à mettre en œuvre que l'exception générale. Dans ce cas de figure, l'exception générale n'interviendrait que dans l'hypothèse où les mesures contestées entreraient dans le champ d'application des « rares cas »¹²⁸⁰. Toutefois, les situations visées par cette formulation sont celles dans lesquelles les mesures auraient été adoptées et appliquées en violation du principe de bonne foi. Sur ce point, Amelia Keene souligne qu'il serait douteux que les exceptions générales permettent alors de justifier des mesures qui ont été adoptées et appliquées de manière abusive par l'État-hôte¹²⁸¹. D'une part, les rédacteurs des traités n'ont sans doute pas eu cette intention en incorporant les deux dispositions dans leurs traités¹²⁸² et, d'autre part, il n'est pas certain que dans cette hypothèse, les mesures puissent répondre aux exigences du chapeau de l'exception générale.

Deuxièmement, si l'exception spécifique relative à l'expropriation indirecte est reconnue comme telle par un tribunal arbitral, ce dernier pourrait être amené à la considérer sous l'angle du conflit de normes et qualifier l'exception spécifique comme étant *la lex specialis* face à l'exception générale¹²⁸³. Une application résiduelle à l'expropriation directe serait dès lors difficilement envisageable. Il serait en effet surprenant que les rédacteurs des traités aient prévu que l'exception générale permette de justifier des mesures, directement adressées aux droits de propriété des investisseurs, dans un objectif d'intérêt public, appliquées de manière non-discriminatoire, afin d'éviter de devoir indemniser les investisseurs lésés¹²⁸⁴. En outre, il est difficilement envisageable qu'une telle mesure réponde aux conditions établies par l'exception générale elle-même. Ainsi, l'exception générale d'ordre public serait *in fine* éclipsée par l'application de l'exception spécifique. Néanmoins, le cas de l'expropriation indirecte écarté, l'exception générale demeure pertinente pour les autres obligations substantielles du traité auxquelles elle peut s'appliquer.

¹²⁸⁰ V. par exemple, Modèle canadien (2004), Annexe B.13 (1) c : « Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures (...) ».

¹²⁸¹ KEENE (A.), *op. cit.*, p.85.

¹²⁸² *Idem.*

¹²⁸³ *Idem.*

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p.86.

Cependant, la pertinence des exceptions générales ne saurait être écartée pour autant. En effet, les sentences arbitrales considèrent principalement la disposition comme un reflet de la doctrine des *police powers*, dont l'objectif serait d'indiquer aux arbitres que le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public doit faire l'objet d'une plus haute considération. Toutefois, les arbitres conserveraient leur marge d'appréciation discrétionnaire à cet égard¹²⁸⁵. L'intérêt d'une exception générale est alors constitué par son caractère juridiquement contraignant, à la différence d'un faisceau d'indicateurs interprétatifs. Par ailleurs, la différence des standards d'examen applicables à chaque exception tend à confirmer que l'exception générale demeure pertinente. En effet, si l'Organe d'appel de l'OMC reçoit davantage d'éloges pour avoir réussi, au travers d'un examen précis, à faire preuve d'un plus grand respect envers le droit de réglementer des États dans l'intérêt public¹²⁸⁶, l'application de la doctrine des *police powers* par les arbitres dans le contentieux des investissements est régulièrement critiquée en raison de l'ambiguïté de leur raisonnement. Les différences de formulation de ces deux dispositions, de leur champ d'application et de leur portée, conduit à nuancer l'affirmation selon laquelle l'exception générale serait dénuée d'intérêt car elles n'opèrent pas de la même façon¹²⁸⁷.

A l'instar du débat sur la distinction entre les clauses de sécurité et la défense de nécessité du droit international général, la question de savoir si les exceptions spécifiques relatives à l'expropriation indirecte remplacent ou complètent les flexibilités existantes du droit international coutumier mériterait d'être clarifiée¹²⁸⁸.

C. Le recours à la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce aux fins d'interprétation des exceptions générales d'ordre public dans le domaine des investissements

La jurisprudence des organes de jugement de l'OMC peut aider les tribunaux arbitraux d'investissement à interpréter correctement l'exception générale insérée dans l'AII¹²⁸⁹, en raison notamment de leur similitude avec les articles XX du GATT et XIV de l'AGCS.

¹²⁸⁵ TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.182.

¹²⁸⁶ DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? », *A.J.I.L.*, 2008, vol.102(1), pp.53, 57.

¹²⁸⁷ V. également, Chapitre 8 de la présente thèse.

¹²⁸⁸ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.15.

¹²⁸⁹ NANTEUIL (A. de.), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », *op. cit.*, p.604.

Lorsqu'un traité d'investissement intègre *mutatis mutandis* les exceptions du droit de l'OMC, la jurisprudence issue du droit du commerce international peut, en raison de sa pertinence, être utilisée pour déterminer le sens ordinaire des termes de l'exception générale. Elle peut également s'avérer être un moyen subsidiaire d'identification des règles de droit international applicables¹²⁹⁰ ou encore un moyen complémentaire d'interprétation, au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne¹²⁹¹. En réalité, les tribunaux arbitraux d'investissement ne précisent pas nécessairement le fondement juridique à partir duquel ils font référence à la jurisprudence de l'OMC¹²⁹².

Bien que l'utilisation de la jurisprudence OMC par les tribunaux arbitraux d'investissement qui interprètent une exception conventionnelle soit pertinente, certains auteurs ont souligné que cela pouvait créer certains risques interprétatifs. Dans le cadre du test de nécessité, Donald H. Regan a caractérisé le processus de mise en balance des organes de jugement de l'OMC comme étant :

*« dangerous because as long as the Appellate Body continues to state a standard cost-benefit balancing test in part of each opinion on “necessity”, and as long as trade lawyers continue to believe that such balancing is the applicable test, there is always the possibility that the Appellate Body will be taken in by its own misdescription of what it has been doing and will start actually trying to balance the domestic benefits of a measure against the cost in reduced trade. »*¹²⁹³.

En effet, les arbitres pourraient être tentés de transposer le test de nécessité et les exigences qui découlent du paragraphe introductif de l'exception générale d'ordre public sans être attentifs aux nuances dont fait preuve l'Organe d'appel en pratique¹²⁹⁴. Les tribunaux d'investissement pourraient, par exemple, à l'inverse de la jurisprudence de l'OMC, échouer à adopter une interprétation extensive et évolutive de la liste exhaustive d'intérêts publics couverts par l'exception ou adopter un processus de classement des objectifs publics selon leur importance

¹²⁹⁰ Au sens de l'article 31(3), c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de l'article 38(1) du Statut de la CIJ selon lequel, les décisions judiciaires font partie des « règles du droit international », comme moyens auxiliaires de détermination de ces règles. V. Convention de Vienne, 1969, art. 31(3), c) ; Statut de la Cour Internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *C.N.U.O.I.*, Vol. 15, p.365, article 38(1).

¹²⁹¹ L'article 32 de la Convention de Vienne indique qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, « notamment » les travaux préparatoires et les circonstances de la conclusion du traité. L'indication non-exhaustive permettrait ainsi de considérer la jurisprudence de l'OMC au titre de moyen complémentaire d'interprétation, v. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.35.

¹²⁹² V. CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §192.

¹²⁹³ REGAN (D. H.), « The Meaning of “Necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: the Myth of Cost-Benefit Balancing », *World Trade Review*, vol.6(3), 2007, p.350.

¹²⁹⁴ V. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.37.

en lieu et place des États, ce que n'implique pas le test de nécessité malgré les apparences. Certains tribunaux, sans faire référence à la jurisprudence de l'OMC, ont par le passé suggéré que les exceptions de sécurité devaient être interprétées strictement¹²⁹⁵, quant au contraire, l'Organe d'appel a toujours été clair sur le fait qu'une telle règle d'interprétation n'avait pas vocation à s'appliquer¹²⁹⁶. Néanmoins, si l'un des membres du Tribunal arbitral possède une profonde expérience du droit du commerce international, ces risques pourraient tendre à s'amenuiser.

Les tribunaux arbitraux d'investissement devant lesquels une exception générale d'ordre public serait invoquée devrait ainsi tenir compte de la jurisprudence développée par les organes de jugement de l'OMC. D'une part, les rédacteurs du traité qui incorporent des exceptions générales modelées ou relativement similaires à celles du GATT et de l'AGCS se sont, sans doute, inspirés des exceptions de l'OMC en supposant que leur interprétation était prévisible du fait de la jurisprudence bien établie de l'Organe d'appel. D'autre part, certains auteurs ont soutenu que les tribunaux d'investissement devraient suivre cette jurisprudence considérant la similarité des formulations entre l'exception générale du GATT et celles insérées dans les AII¹²⁹⁷. Toutefois, certains tribunaux se sont montrés réticents à l'idée de s'appuyer sur les raisonnements de la jurisprudence de l'OMC pour interpréter les dispositions des AII bien qu'elles soient similaires¹²⁹⁸.

L'importation du test de nécessité de l'OMC dans l'arbitrage d'investissement n'a pu s'opérer dans le cadre des affaires portées contre l'Argentine à la suite de la crise financière qu'elle a traversée dès 2001. Sur l'ensemble des décisions arbitrales relatives aux mesures adoptées par l'Argentine pour faire face à la crise, seul le Tribunal de l'affaire *Continental Casualty* s'est montré enclin à adopter le test de nécessité, développé par les organes de jugement de l'OMC dans le cadre de l'article XX du GATT, dont les conditions sont plus flexibles que celles établies par l'état de nécessité de l'article 25 des Articles de la CDI.

¹²⁹⁵ V. par ex., CIRDI, *Noble Ventures c. Roumanie*, sentence du 12 octobre 2005, §55 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §331 ; CIRDI, *Sempra c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §373.

¹²⁹⁶ V. OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptés le 13 février 1998, §104. V. également, NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, pp.486-488 ; NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, pp.363-364.

¹²⁹⁷ V. SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1065 ; NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.275.

¹²⁹⁸ Pour une analyse particulièrement détaillée de l'utilisation de la jurisprudence de l'OMC dans l'arbitrage d'investissement, v. KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, *op. cit.*, pp.168-228.

Le Tribunal a estimé :

*« Since the text of Art. XI (...) reflect the formulation of Art. XX of GATT 1947, the Tribunal finds it more appropriate to refer to the GATT and WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirements of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law. »*¹²⁹⁹.

Le Tribunal a ensuite considéré qu'il devait rechercher si l'Argentine « *had reasonably available alternatives, less in conflict or more compliant with its international obligations, "while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective pursued"* » en faisant référence *expressis verbis* à la jurisprudence de l'OMC¹³⁰⁰. Il a également pris le soin de préciser que son rôle n'était pas de juger la politique économique de l'Argentine, mais de rechercher si les mesures adoptées avaient été indispensables pour faire face à la crise économique entre 2001 et 2002¹³⁰¹. Dès lors :

*« If the conclusion upholds this defence, then Argentina will escape any liability since necessity would exclude a breach of the BIT's obligations to the detriment of the Claimant, and/or would exempt Argentina from responsibility. »*¹³⁰².

Au terme d'une analyse prudente et sophistiquée¹³⁰³, le Tribunal a admis que les mesures avaient été nécessaires¹³⁰⁴, l'exception s'appliquant par conséquence¹³⁰⁵. Cette sentence témoigne de la possibilité pour les arbitres d'être guidés par la jurisprudence de l'OMC dans l'interprétation des clauses d'exceptions générales des AII par analogie ; il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un cas unique¹³⁰⁶.

Bien que la jurisprudence de l'OMC ne se rapporte pas directement à des litiges relatifs à l'investissement, elle a l'avantage de proposer une meilleure compréhension de questions qui peuvent se rencontrer tant en matière de commerce international que dans le contexte des

¹²⁹⁹ CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §192 (notes de bas de page ôtées).

¹³⁰⁰ *Ibid.*, §198, citant le Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §156. Le Tribunal a ajouté que cela incluait notamment de rechercher si « *alternatives to the Measures, not in breach of the BIT, that might have been available when the Measures challenged were taken (...) and that would have yielded equivalent results/relief* ».

¹³⁰¹ *Ibid.*, §199.

¹³⁰² *Idem.*

¹³⁰³ V. KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, *op. cit.*, pp.221, 224.

¹³⁰⁴ CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, §230.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, §236.

¹³⁰⁶ Le fait que le Président du Tribunal, le Professeur Giorgio Sacerdoti, ait été membre de l'Organe d'appel de l'OMC n'est sans doute pas étranger au raisonnement poursuivi par les arbitres dans cette affaire, v. KEENE (A.), *op. cit.*, p.82 ; ROBERTS (A.), « *Clash of Paradigms...* », *op. cit.*, p.55.

investissements¹³⁰⁷. Certains auteurs appellent néanmoins à faire preuve de prudence. Malgré leurs points communs, ces deux systèmes juridiques règlementent des relations dissemblables¹³⁰⁸. Au demeurant, les arbitres sont libres de s'appuyer sur la jurisprudence issue d'autres organes judiciaires, tels que la CIJ, l'Organe d'appel de l'OMC ou encore la Cour européenne des droits de l'homme, tout dépendra du pouvoir de persuasion des conseils des parties au litige ou des affinités des arbitres avec ces divers systèmes juridiques.

Section 2. La quête du standard d'examen approprié à l'exception générale d'ordre public dans le contexte des investissements

Les accords internationaux d'investissement avaient vocation, initialement, à protéger les investisseurs contre les risques des actions arbitraires, anormales, de l'État d'accueil, avant que le dogme néolibéral ne conduise à considérer toute interférence à l'initiative économique privée comme étant une atteinte portée aux droits de propriété des investisseurs étrangers, susceptible d'engager la responsabilité de l'État¹³⁰⁹. Les exceptions générales d'ordre public font partie des outils permettant de revenir à cette conception initiale. Celles qui prennent appui sur la formulation des exceptions du droit de l'OMC ont l'avantage de la simplicité et de la clarté : une clause relative au droit de réglementer de l'État, opérant comme une « *belts-and-braces provision* »¹³¹⁰, visant l'adoption de réglementations dans l'intérêt public, tandis que le chapeau exigeant la non-discrimination impose quant à lui un degré de bonne foi et évite tout abus potentiel. Toutefois, l'examen de la rationalité de l'action étatique suppose que la clause permette aux arbitres de la contrôler sans conduire pour autant à un activisme judiciaire (§1). Dans le contexte des investissements, la recherche d'un standard d'examen approprié pourrait amener à adapter le test de la mesure la moins restrictive (§2). Il s'agirait ainsi, de s'inspirer sur le test de nécessité développé par les organes de jugement de l'OMC en ce qu'il serait plus adéquat que celui du test de proportionnalité, et de le renforcer au regard du principe du raisonnable.

¹³⁰⁷ NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *op. cit.*, p.504 ; NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, p.364.

¹³⁰⁸ DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), *op. cit.*, pp.53-58 ; LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), « GATT Article XX and International Investment Law », in. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., 2013, p.351 et passim.

¹³⁰⁹ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.565.

¹³¹⁰ NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, p.357.

§1. L'examen du lien fonctionnel entre la mesure et son objectif

L'exception générale d'ordre public couvre généralement les réglementations étatiques « nécessaires » pour la protection d'un intérêt public légitime, ce qui induit l'existence d'un lien fonctionnel entre la mesure et l'objectif qu'elle poursuit. Dans le cadre de l'examen de l'application de cette exception, les arbitres seront ainsi amenés à examiner ce lien fonctionnel. D'une part, cela suppose que la mesure le permette en accordant au Tribunal une marge d'appréciation suffisante pour évaluer la rationalité du comportement étatique (A). D'autre part, cela soulève la question du test approprié pour cet examen. Certains auteurs ont plaidé en faveur d'un standard d'examen de l'exception fondé sur le test de proportionnalité, considérant cette notion comme « *the most successful legal transplant of the twentieth century* »¹³¹¹. D'autres dénoncent au contraire « une chimère »¹³¹², les plus grands défenseurs de la proportionnalité reconnaissant même l'imperfection de son usage et le risque de réduire les droits humains à « *a pure exercise of weighing and balancing* »¹³¹³. De fait, ce test ne représente pas nécessairement le standard d'examen le plus approprié à l'interprétation des exceptions générales dans le contexte des investissements (B).

A. La délimitation de la marge d'appréciation des arbitres

La marge d'appréciation des arbitres, quant au lien fonctionnel entre la mesure et l'intérêt public qu'elle poursuit, dépend de la formulation de la clause d'exception générale. Les clauses prévoient principalement que le lien est celui de la nécessité. Toutefois, il convient de rappeler que lorsque la disposition couvre les mesures adoptées par l'État « qu'il estime nécessaires », la clause est dite « *self-judging* ». Dans ce cas, la marge d'appréciation de l'État dans l'application de la clause est la plus importante, la qualification de la nécessité et des moyens permettant de protéger l'objectif légitime visé reposent sur le pouvoir discrétionnaire de l'État.

¹³¹¹ KUMM (M.), « Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice », *International Journal of Constitutional Law*, Vol 2, N°3, 2004, p.595.

¹³¹² V. LACEY (N.), PICKARD (H.), « The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems », *The Modern Law Review*, 78(2), pp. 216-240.

¹³¹³ BÜCHELER (G.), *Proportionality in Investor-State Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2015, p.62.

Néanmoins, celle-ci sera toujours sujette à un examen résiduel des tribunaux arbitraux qui s'attacheront à vérifier la « bonne foi » de l'État¹³¹⁴. En effet, l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit que : « [t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. »¹³¹⁵. Il s'agira alors pour les arbitres de vérifier si l'opération de l'État est « honnête et équitable » et s'il existe un « fondement rationnel » à l'invocation de l'exception¹³¹⁶, ou encore de mesurer la légalité et non l'opportunité de l'action de l'État¹³¹⁷. À cet égard, le Tribunal de l'affaire *LG&E* a indiqué que s'il en arrivait à la conclusion que l'exception de sécurité était une disposition « *self-judging* » : « *Argentina's determination would be subject to a good faith review anyway* »¹³¹⁸.

En revanche, lorsque la clause d'exception générale couvre les mesures adoptées par l'État qui sont « nécessaires », la clause est dite « non *self-judging* ». L'application de l'exception sera déterminée par le tribunal arbitral qui examinera alors le lien fonctionnel unissant la mesure et l'objectif qu'elle tend à poursuivre. Le Tribunal s'attachera à vérifier l'existence d'une situation impliquant l'un des intérêts couverts par la disposition et, si la mesure adoptée satisfait l'exigence de nécessité. Cela ne signifie pas que les arbitres prennent la place de l'État dans sa propre évaluation de la situation ou qu'ils mettent en question la décision de l'État¹³¹⁹. Il s'agira plutôt d'apprécier la rationalité de l'action de ce dernier.

Les critères d'appréciation de la rationalité de l'action publique sont bien connus, qu'il s'agisse de la bonne foi, de l'absence de discrimination, de la nécessité des mesures adoptées ou encore de la proportionnalité de celles-ci. S'ajoute la poursuite d'un intérêt public légitime car l'État n'est censé intervenir que dans ce but. Toutefois, comme le souligne la Professeure Sabrina Robert-Cuendet : « le contrôle des arbitres s'exerce davantage sur la qualité d'ensemble de la

¹³¹⁴ CIRDI, *Sempra c. Argentine*, sentence du 28 septembre 2007, §366 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007 §324 ; CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §208. V. BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.376-386.

¹³¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, article 26.

¹³¹⁶ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.379-380. V. également, DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *op. cit.*, p.239 : négativement, il s'agira de vérifier que l'action de l'État n'est pas une « fraude à la loi », une ruse, et positivement, cela exige fidélité et loyauté aux engagements pris.

¹³¹⁷ V. VAN AAKEN (A.), « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View », *J.W.I.T.*, vol.15(5-6), 2014, p.855.

¹³¹⁸ CIRDI, *LG&E c. Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006, §214.

¹³¹⁹ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.369 et s.

mesure étatique litigieuse que sur la raison nue – l’objectif – qu’elle est censée satisfaire »¹³²⁰. Dès lors, la difficulté ne réside pas dans l’identification de ces critères mais dans les standards d’examen empruntés par les tribunaux arbitraux pour évaluer les actions de l’État. En effet, le « degré du contrôle »¹³²¹ que les arbitres peuvent exercer sur les mesures étatiques adoptées dans l’intérêt public est encore très incertain¹³²².

Dans le cadre de l’exception générale, le lien fonctionnel exigé entre la mesure adoptée et appliquée par l’État et l’objectif qu’elle poursuit, constitue un aspect essentiel du droit de réglementer puisqu’il permet de déterminer si l’exception s’applique et, partant, la « répartition des risques entre l’État-hôte et l’investisseur étranger »¹³²³. Le lien requis est sujet à une variété de formulations dont la plus fréquente exige que la mesure soit « nécessaire à » la protection d’un intérêt public particulier. Cette formulation induit que la nature du lien soit étroite, contrairement à d’autres formulations telles que « se rapportant », « liées », ou encore « pour », qui sont plus souples, plus flexibles. Dès lors, plus la formulation empruntée est malléable, meilleur est l’espace réglementaire de l’État¹³²⁴ et inversement, plus la formulation est rigoureuse, plus la marge discrétionnaire de l’État se réduit¹³²⁵.

Au demeurant, le lien de nécessité n’est pas si rigide que cela, considérant que dans l’affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l’Organe d’appel de l’OMC a précisé que :

« Pour être qualifiée de nécessaire, une mesure n’a pas besoin d’être indispensable. Cependant, sa contribution à la réalisation de l’objectif doit être importante, pas seulement marginale ou insignifiante, surtout si la mesure en cause est aussi restrictive pour le commerce qu’une interdiction d’importer. »¹³²⁶.

Dès lors, plusieurs standards d’examen peuvent être envisagés pour apprécier cette relation fonctionnelle et contrôler les mesures adoptées par l’État. Le test du « seul moyen » issu du

¹³²⁰ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.568.

¹³²¹ *Ibid.*, pp.568-569.

¹³²² Anthea Roberts y voit d’ailleurs le « nouveau champ de bataille » de l’arbitrage d’investissement, v. ROBERTS (A.), « The Next Battleground... », *op. cit.*, pp.170-180.

¹³²³ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, pp.329-331, 370.

¹³²⁴ Cela ne signifie pas pour autant que l’expression n’exige pas une relation « véritable » entre la fin et les moyens, v. Rapport de l’Organe d’appel, *É.-U. – Essence*, p.20 ; OMC, Rapports de l’Organe d’appel, *Chine – Terres rares*, §§5.94, 5.105 ; Rapports de l’Organe d’appel, *Chine – Matières premières*, §355 ; Rapport de l’Organe d’appel, *É.-U. – Crevettes*, §136.

¹³²⁵ V. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, *op. cit.*, p.191 qui emploie les termes de « looser » ou « stricter » ; V. également, BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.348 qui emploient les termes de « broad » ou « narrow ».

¹³²⁶ Rapport de l’Organe d’appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §210.

droit international coutumier peut être écarté. L'exception générale étant une norme primaire, il n'y a pas d'obligation à avoir recours à ce test excessivement restrictif. Les tribunaux arbitraux d'investissement peuvent alors s'inspirer de deux systèmes juridiques que sont celui du droit de l'OMC et celui de la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier a situé le terme de « nécessité » sur un *continuum* entre « favoriser » et « indispensable »¹³²⁷ tandis que le second considère que cela s'étend de l'« utile » à l'« indispensable »¹³²⁸.

B. Le test de proportionnalité, « *panacea or placeholder* »¹³²⁹ ?

Certains auteurs souhaiteraient que soit importé le critère de la marge d'appréciation dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme¹³³⁰ dans le cadre de l'examen des mesures « *highly policy-relevant* »¹³³¹ adoptées par l'État. La doctrine de la marge d'appréciation, développée par la Cour de Strasbourg, reconnaît aux États une marge de manœuvre pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme¹³³². Cette doctrine se doit toutefois de respecter le principe de proportionnalité¹³³³.

L'application de la doctrine de la marge d'appréciation dans la pratique de la Cour est ainsi de plus en plus étroitement liée au critère de proportionnalité, les deux étant invoqués pour justifier ses décisions sans davantage de précisions¹³³⁴. La Cour européenne des droits de l'homme a

¹³²⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §161.

¹³²⁸ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, n°5493/72, §38.

¹³²⁹ Expression empruntée à ARCURI (A.), VIOLI (F.), « Public Interest and International Investment Law : A Critical Perspective on Three Mainstream Narratives », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, p. 2200.

¹³³⁰ V. par exemple, ARATO (J.), « The Margin of Appreciation in International Investment Law », *Virginia Journal of International Law*, 2014, vol.54(3), pp.545-578 ; BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Private Litigation in the Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration », *Yale Journal of International Law*, vol.35(2), 2010, pp.283-346 ; SWEET (S.), « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol.4(1), pp.47-76 ; RANJAN (P.), « Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection With Regulation in International Investment Law : A Critical Appraisal », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.3(3), 2014, pp.853-883.

¹³³¹ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.371.

¹³³² V. SPIELMANN (D.), « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques, vol.XIII, Luxembourg, 2010, p.205.

¹³³³ V. LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », in. SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.63-89.

¹³³⁴ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Private Litigation in the Public Law Sphere... », *op. cit.*, pp.306-307.

répondu à l'exigence de proportionnalité en appliquant le test du « juste équilibre »¹³³⁵. Celui-ci vise à déterminer s'il existe « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure appliquée par l'État, y compris les mesures privant une personne de sa propriété »¹³³⁶. Transposée au droit des investissements, la doctrine impliquerait que le tribunal accorde aux États une certaine flexibilité ou « déférence » dans l'invocation de l'exception¹³³⁷.

Importer le standard d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme impliquerait ainsi de vérifier, dans un premier temps, si la mesure poursuit un objectif légitime, en accordant une large marge de manœuvre à l'État. Dans un second temps, il s'agirait de vérifier si la mesure est proportionnée au regard de la charge qui repose sur l'investisseur¹³³⁸. L'évaluation de la proportionnalité implique communément trois étapes : examiner si la mesure vise un objectif légitime, évaluer l'existence de moyens moins restrictifs pour atteindre cet objectif et vérifier l'équilibre de la mesure, c'est-à-dire, que les conséquences de celle-ci sur l'investisseur ne soient pas disproportionnées vis-à-vis des bénéfices attendus¹³³⁹. Les partisans du contrôle de proportionnalité ont tendance à se concentrer sur cette dernière étape et pour cette raison, Jürgen Kurtz souligne que :

*« The judicial organ becomes responsible for assessment and weighting of relative values rather than national legislatures. Yet this form of weighting often involves complex value-laden and empirical judgments. It is highly doubtful that courts, in general, are better assessors of values and empirical questions than elected representatives. »*¹³⁴⁰.

Ainsi, le test de proportionnalité souffre de nombreuses critiques¹³⁴¹. D'une part, cela reviendrait à ce que les arbitres se comportent pratiquement comme des législateurs¹³⁴², ce qui n'est pas le rôle envisagé pour eux par les États. D'autre part, les États pourraient avoir des préférences et des échelles de valeurs différentes, et qui varieraient fortement en fonction du

¹³³⁵ V. CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, n°7151/75 7152/75, §69 : « la Cour doit rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (...) »

¹³³⁶ CEDH, Grande Chambre, *Kozacioğlu c. Turquie*, arrêt du 19 février 2009, n°2334/03, §63.

¹³³⁷ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.372.

¹³³⁸ KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.365.

¹³³⁹ V. *Ibid.*, p.366. V. également, ARCURI (A.), VIOLI (F.), *op. cit.*, p.2200.

¹³⁴⁰ V. KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.367.

¹³⁴¹ Pour une présentation détaillée de ces critiques, v. KINGSBURY (B.), SCHILL (S. W.), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in Public Interest – The Concept of Proportionality », in SCHILL (S. W.) (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, O.U.P., Oxford, 2010, p.102 et s. V. également, BÜCHELER (G.), *op. cit.*, p.62 et s.

¹³⁴² V. ALVAREZ (J. E.), « Is Investor-State Arbitration "Public"? », *op. cit.*, p.552.

contexte¹³⁴³. En effet, ils pourraient avoir une compréhension spécifique et socio-contextuelle de ce qui est « juste » et « équitable » et du niveau de protection approprié à accorder à l'investisseur étranger¹³⁴⁴.

Le test de proportionnalité, conduit les juges et arbitres à s'interroger sur la notion d'intérêt public. Or, comme le souligne très justement Valentina Vadi :

*« (...) proportionality analysis tells us nothing about the scale of values that will determine the final outcome. The critical question is “what must be proportional to what”. Must the justification relied on by the host State – be it public health, morals, or others – be proportional to the goal of promoting foreign direct investment? Or should this assessment be limited to the tools selected by the State to achieve a selected level of protection of the given public policy objective? The fact that proportionality concerns quantity rather than quality leaves the adjudicator free to select his or her own value system and to explain why one value is considered more important than another. »*¹³⁴⁵.

À ces interrogations s'ajoute celle de savoir comment l'intérêt public serait délimité dans ce standard d'examen, quels seraient les intérêts acceptés et ceux qui, au contraire, seraient exclus¹³⁴⁶. La Cour européenne des droits de l'homme, qui est « gardienne d'un système institutionnalisé de valeurs communes aux États du Conseil de l'Europe »¹³⁴⁷, constitutives de l'« intérêt général de la Communauté »¹³⁴⁸, peut aisément mettre en œuvre ce standard d'examen de proportionnalité. Cela semble plus difficile dans le cadre du droit des investissements et pourrait conduire à l'échec de l'équilibre de tous les intérêts concurrents en jeu, au risque de mettre l'accent sur les droits des investisseurs¹³⁴⁹. Par ailleurs, il n'existe aucun mécanisme d'appel ni de Cour permanente à ce jour, qui pourrait sanctionner la dérive de l'activisme judiciaire.

Le test de nécessité issu du droit de l'OMC apparaît ainsi comme celui à privilégier, d'autant qu'il est naturellement suggéré par le terme « nécessaire » dans l'exception générale d'ordre public.

¹³⁴³ ARCURI (A.), VIOLI (F.), *op. cit.*, p.2201.

¹³⁴⁴ *Idem.*

¹³⁴⁵ VADI (V.), *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, C.U.P., Cambridge, 2015, p.204-205.

¹³⁴⁶ ARCURI (A.), VIOLI (F.), *op. cit.*, p. 2204.

¹³⁴⁷ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.569.

¹³⁴⁸ CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, n°7151/75 7152/75, §69.

¹³⁴⁹ ARCURI (A.), VIOLI (F.), *op. cit.*, p. 2207.

§2. L'adaptation du test de nécessité de l'Organisation mondiale du commerce au droit international des investissements

Le test de nécessité de l'OMC peut s'adapter au droit des investissements mais il ne faut pas le confondre avec celui de la proportionnalité, auquel les arbitres sont plus familiers (A). Insérer la notion du raisonnable dans le standard d'examen de la mesure la moins restrictive, développé par les organes de jugement de l'OMC, pourrait permettre d'adapter ce test au contexte des investissements sous l'angle de la préservation de la liberté réglementaire de l'État (B).

A. Le test de nécessité de l'Organisation mondiale du commerce importé dans le contexte des investissements

L'analyse des tribunaux arbitraux semble pouvoir s'appuyer plus aisément sur le standard d'examen adopté par les organes de jugement de l'OMC¹³⁵⁰. Le test de nécessité ne revient pas à un examen *de novo* de la raison qui fonde l'intervention de l'État, ni à accorder à celui-ci une entière déférence. Il s'agit davantage de concentrer l'évaluation sur la manière dont est intervenu l'État, en s'assurant de l'existence d'un lien rationnel entre les mesures adoptées et l'objectif visé d'une part et, de l'adéquation entre les moyens choisis et leur fin. Ainsi, le test de nécessité adopté par les organes de jugement de l'OMC ne remet jamais en cause le droit de l'État de déterminer son propre niveau de protection de l'objectif public légitime. Le standard d'examen développé par l'Organe d'appel s'est ainsi progressivement affranchi de la conception restrictive de la nécessité au regard du droit international coutumier¹³⁵¹.

Le test de nécessité de l'OMC tend vers une approche holistique qui met en balance une série de facteurs incluant : « l'étendue de la contribution de la mesure qu'il s'agit de justifier à la réalisation du but poursuivi (...) ; l'importance relative de la valeur ou de l'intérêt sociétal que [la mesure] vise à protéger ; et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée. »¹³⁵².

¹³⁵⁰ ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *op. cit.*, p.569.

¹³⁵¹ V. GALVEZ (C.C.), « 'Necessity', Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration », *Cornell International Law Journal*, 2013, vol.46.1, p.145.

¹³⁵² Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.59. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.70 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.169.

Certains commentateurs ont suggéré que l'identification de l'« importance relative » de l'objectif affiché par la mesure et la "pondération" de celle-ci par rapport aux autres facteurs – la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif et ses effets restrictifs sur le commerce – impliquaient un test de proportionnalité semblable à celui qui est réalisé dans le cadre de l'examen des standards relatifs à l'expropriation indirecte¹³⁵³ et au traitement juste et équitable¹³⁵⁴ dans le contentieux de l'investissement. Toutefois, l'analyse entreprise par les organes de jugement de l'OMC ne correspond pas à ce cadre. Face à une exception générale d'ordre public, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne s'engagent pas dans un « *cost-benefit balancing* »¹³⁵⁵, en comparant « *benefits from the measure in the achievement of [its] goal against the cost of the measure in reduced trade* »¹³⁵⁶. Les organes de jugement de l'OMC procèdent à « une comparaison entre la mesure contestée et des mesures de rechange raisonnablement disponibles »¹³⁵⁷ qui doivent contribuer de manière équivalente, sinon plus, au niveau de protection établi par l'État¹³⁵⁸. Ils considèrent dans ce cadre que la contribution de la mesure, contestée, à l'objectif qu'elle poursuit, peut être fondée sur une relation qualitative et non quantitative¹³⁵⁹.

De plus, l'« importance relative des intérêts » visés par la mesure étatique a été citée à plusieurs reprises par l'Organe d'appel comme étant le premier facteur à prendre en compte dans le test

¹³⁵³ V. CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §122 ; CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §305 ; S.A. CNUDCI, *Chemtura c. Canada*, sentence du 2 août 2010, §266 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte*, sentence finale du 23 décembre 2019, §230 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Olympic c. Ukraine*, sentence du 15 avril 2021, §90 ; CIRDI, *Casinos Austria c. Argentine*, sentence du 5 novembre 2021, §336.

¹³⁵⁴ V. par ex. MARTINEZ LOPEZ (C.), MARTINEZ (L.), « Proportionality in Investment Treaty Arbitration and Beyond: An “Irresistible Attraction”? », *BCDR International Arbitration Review*, vol.2(2), 2015, p.271 ; CROW (K.), « A Taxonomy of Proportionality in International Courts », *iCourts Working Paper Series No 107*, 2017, pp.13-18, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=3064059>.

¹³⁵⁵ REGAN (D. H.), *op. cit.*, p.347. V. également, DESMEDT (A.), « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol.4(3), 2001, p.476 ; KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, *op. cit.*, p.201.

¹³⁵⁶ REGAN (D. H.), *op. cit.*, p.347.

¹³⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.59. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.70 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.169.

¹³⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §§178, 210.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, §146 : « Dans des affaires antérieures, l'Organe d'appel n'a pas établi l'existence d'une prescription imposant de quantifier une telle contribution. Au contraire, dans l'affaire *CE – Amiante*, il a souligné que "l'article XX b) du GATT de 1994 ne prescri[vait] [pas] la *quantification* en tant que telle du risque pour la santé et la vie des personnes". Autrement dit, "[u]n risque peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif". (...) [I]l apparaît, selon nous, que le même raisonnement s'applique à l'analyse de la contribution, qui peut être faite d'un point de vue quantitatif ou qualitatif. » (notes de bas de page omises). L'Organe d'appel a également opéré une distinction entre la mesure qui « apporte » une contribution et celle qui « est à même d'apporter » une contribution, v. §151.

de nécessité¹³⁶⁰, sans aucune explication sur la détermination de cette importance. Il a également indiqué qu'il s'agit d'un facteur à pondérer avec l'effet restrictif de la mesure et sa contribution à l'objectif¹³⁶¹, tout en suggérant parfois que la mise en balance doit être réalisée entre la contribution de la mesure et son caractère restrictif « à la lumière » de l'importance de l'objectif¹³⁶², que la comparaison entre la mesure contestée et les alternatives proposées soit effectuée « à la lumière » de l'importance de l'objectif¹³⁶³, ou encore que la non-discrimination visée dans le chapeau soit évaluée « à la lumière des objectifs énumérés dans les paragraphes de l'article XX »¹³⁶⁴.

Dans certaines affaires, l'Organe d'appel n'a même pas explicitement vérifié l'importance de l'objectif, se concentrant plutôt sur la disponibilité de mesures alternatives raisonnables permettant d'atteindre le « niveau d'application souhaité » par l'État¹³⁶⁵, ou il s'est contenté d'indiquer, par exemple, à propos de la protection de la vie et de la santé des personnes, que : « [l]a valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point »¹³⁶⁶. Cette jurisprudence de l'OMC démontre que, généralement, les intérêts publics particuliers, couverts par l'exception générale et visés par les mesures contestées, sont évalués comme étant extrêmement élevés¹³⁶⁷. L'importance des valeurs ou intérêts n'est donc pas un facteur susceptible de varier¹³⁶⁸. Il pèse toujours en faveur de la justification de la mesure, de sorte que seuls les États ont le droit de déterminer le niveau de protection requis pour atteindre un objectif particulier. Cette approche peut être considérée plus respectueuse de la liberté réglementaire

¹³⁶⁰ V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §162 ; Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §306 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §143 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §172.

¹³⁶¹ V. Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §241 ; Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §306.

¹³⁶² Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §§156, 179, 182. V. MITCHELL (A. D.), HENCKELS (C.), « Variations on a Theme: Comparing the Concept of “Necessity” in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law*, vol.14(1), 2013, pp.129-130.

¹³⁶³ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §307 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §178 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §§240-241.

¹³⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §§225, 227.

¹³⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §§178-180.

¹³⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §172. Cette description a été reprise de nombreuses fois, v. Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §301 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §179 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §243 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.105.

¹³⁶⁷ MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.25.

¹³⁶⁸ De fait, si les organes de jugement de l'OMC jugeaient de l'importance de ces valeurs, cela impliquerait : « a serious intrusion on the Members' regulatory autonomy (...) at odds with the whole spirit of the WTO agreements, which leave the evaluation of domestic benefits to domestic regulators. », v. REGAN (D. H.), *op. cit.*, pp.349-350. V. également, RANJAN (P.), *op. cit.*, p.877.

par rapport au test de proportionnalité appliqué dans le droit international de l'investissement¹³⁶⁹.

Partant, les organes de jugement de l'OMC déploient un standard d'examen dit de la « mesure la moins restrictive » qui ne se concentre que sur le fait de savoir si l'État avait à sa disposition, ou s'il pouvait être attendu qu'il dispose, d'une mesure alternative à mettre en œuvre. Celle-ci doit être une mesure qui préserve le niveau de protection choisi par l'État concernant l'objectif poursuivi¹³⁷⁰, dont les effets sur le commerce international seraient moins restrictifs. Par ailleurs, l'Organe d'appel ne considère pas la comparaison entre la mesure contestée et la mesure alternative comme étant déterminante, mais comme un « outil conceptuel »¹³⁷¹.

La caractéristique principale du test de nécessité apparaît ici. Il s'agit de celle du « niveau de protection » déterminé par l'État défendeur pour atteindre l'objectif poursuivi par la mesure¹³⁷². Tel n'est pas le cas dans le cadre du test de proportionnalité, dans lequel la mesure échoue dès lors qu'elle est disproportionnée, par comparaison entre l'importance de la valeur de l'objectif d'intérêt public poursuivi par la mesure et ses répercussions sur l'investissement ou l'investisseur impacté. Cette conclusion signifie que la mesure contrevient aux obligations du traité, y compris dans l'hypothèse où l'État d'accueil ne disposait pas d'autres moyens alternatifs pour apporter une contribution équivalente à l'objectif d'intérêt public.

B. Le standard d'examen de la mesure « raisonnable » la moins restrictive

L'importation du standard d'examen de la « mesure la moins restrictive » dans le contexte des investissements soulève quelques interrogations. La principale concerne la manière dont les

¹³⁶⁹ V. MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.23 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.368.

¹³⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §308 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.115 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §178. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §§176, 178 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §318 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.59 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.200.

¹³⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Thon II (Mexique)*, §320.

¹³⁷² MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), *op. cit.*, p.25 ; V. également, COTTIER (T.), ECHANDI (R.), LIECHTI-McKEE (R.), PAYOSOVA (T.), SIEBER (C.), « The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations », *J.W.I.T.*, 2017, vol.18(4), p.654 ; ORTINO (F.), « Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing », *Leiden Journal of International Law*, vol.30(1), 2017, pp.88–89 ; KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.368.

arbitres devraient traiter le "coût" de la mesure alternative par rapport à la mesure initialement choisie et qui se trouve être contestée. Dans l'affaire *CMS*, le Tribunal a identifié un ensemble de mesures alternatives que l'Argentine aurait pu adopter, « *including dollarization of the economy, granting of direct subsidies to the affected population or industries and many others.* »¹³⁷³. En adoptant un simple standard d'examen de la « mesure la moins restrictive » dans ces circonstances, les arbitres examineraient : « *whether the alternative measure (subsidization of consumers of utility services) achieves the same level of benefit at less restriction to foreign investment than the chosen measure (abrogation of investor rights under utility contracts).* »¹³⁷⁴. Dans cette hypothèse, si la mesure alternative semble moins restrictive pour les droits des investisseurs étrangers, l'importance de son coût pour l'État, compte tenu des contraintes budgétaires, diminuerait sa pertinence.

Une version alternative au standard d'examen de la « mesure la moins restrictive », suggérée par Jürgen Kurtz¹³⁷⁵, permettrait d'identifier une mesure alternative moins restrictive et d'évaluer son caractère raisonnable compte tenu des coûts que cela impliquerait pour l'État-hôte :

« *[T]he State's chosen measure will be necessary if every alternative measure achieves the same level of benefit at less restriction but requires unreasonable administration and enforcement costs. Under this reasonable [less restrictive means] test, a tribunal could then evaluate the cost and time delays that would be incurred by a State in adopting the alternate course of action.* »¹³⁷⁶.

La notion de mesure « raisonnable » la moins restrictive n'est pas sans précédent, et se reflète dans la jurisprudence de l'OMC. En effet, l'Organe d'appel a précisé que le processus de soupesage et de mise en balance des différents critères devait permettre de déterminer si une mesure de rechange moins restrictive était à la disposition de l'État défendeur, précisant qu'il devait s'agir d'une mesure « dont on pourrait "raisonnablement attendre" (...) "qu'il y ait recours" » ou qu'elle soit « "raisonnablement disponible". »¹³⁷⁷.

Le raisonnable est un concept familier dans le droit international, dont l'utilité est apparue dès la création des normes internationales et la résolution des différends cristallisant des conflits

¹³⁷³ CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §323.

¹³⁷⁴ KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.369.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, pp.369-370.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, p.369.

¹³⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §166.

d'intérêts. Le concept a notamment joué un rôle conséquent dans le contrôle de l'exercice de la compétence juridictionnelle des tribunaux¹³⁷⁸. Le raisonnable, qui « qualifie une attitude de souplesse pragmatique et s'oppose à cet égard à l'intransigeance du rationnel »¹³⁷⁹, impose de confronter les moyens aux fins, de distinguer entre le discrétionnaire et l'arbitraire, en vue d'aboutir à l'établissement d'un équilibre entre des intérêts ou des droits concurrents et divergents¹³⁸⁰. Ainsi, intégrée au cœur du standard d'examen de la « mesure la moins restrictive », elle pourrait représenter l'occasion d'expliquer « l'irrationnelle » d'une mesure réglementaire qui, poursuivant un objectif d'intérêt public, impacte négativement la propriété privée étrangère.

Le standard d'examen de la « mesure raisonnable la moins restrictive » peut sembler similaire à celui de la proportionnalité puisqu'il implique également une certaine pondération. Toutefois, si ce dernier conduit l'arbitre à mettre en balance les avantages visés par la mesure et ses effets restrictifs sur l'IDE, le standard d'examen de la « mesure raisonnable la moins restrictive » ne lui permet pas de juger de l'importance de l'objectif visé par la mesure ni de ses avantages relatifs¹³⁸¹. Ce standard d'examen vise uniquement à équilibrer les différents coûts d'application des mesures (contestée et alternative) avec la restriction sur les investissements¹³⁸². L'intérêt de cette version alternative du standard de la « mesure la moins restrictive » serait alors celui de permettre de ne pas faire supporter à l'État, l'intégralité des coûts consécutifs, par exemple, à une escalade d'une crise financière comme l'a connue l'Argentine, qui par extension, sont supportés par les ressortissants de l'État.

¹³⁷⁸ V. par ex., L'affaire *North Atlantic Coast Fisheries*, dans laquelle la CPA a estimé que la Grande-Bretagne n'avait pas outrepassé son droit de réglementation raisonnable des libertés individuelles en matière de pêche prévue par le traité de 1918 qui la liait aux États-Unis : « [...] Regulations which are (1) appropriate or necessary for the protection and preservation of such fisheries, or (2) desirable or necessary on grounds of public order and morals without unnecessarily interfering with the fishery itself, and in both cases equitable and fair as between local and American fishermen, and not so framed as to give unfairly an advantage to the former over the latter class, are not inconsistent with the obligation to execute the Treaty in good faith, and are therefore reasonable and not in violation of the Treaty. », v. CPA, Affaire *North Atlantic Coast Fisheries*, (*Grande Bretagne c. États-Unis d'Amérique*), sentence du 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol.XI, p.189.

¹³⁷⁹ V. SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, pp.447-478.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, pp.470-471.

¹³⁸¹ V. KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.369.

¹³⁸² *Idem.*

Conclusion du Chapitre 6

Les enjeux soulevés par l'insertion des clauses d'exceptions générales d'ordre public se concentrent sur l'interprétation qui en serait faite par les tribunaux arbitraux d'investissement. Les sentences arbitrales qui se sont prononcées par le passé sur l'application des exceptions générales relatives aux intérêts essentiels de sécurité de l'État offrent un premier point de départ. Les conditions d'application de l'exception générale ne doivent pas être confondues avec celles de l'état de nécessité du droit international coutumier. La distinction entre la règle primaire que représente l'exception conventionnelle et la règle secondaire que représente l'excuse coutumière est nécessaire.

Les exceptions générales d'ordre public soulèvent également la question d'autres interactions. Tout d'abord, celle qu'elle pourrait entretenir avec les autres dispositions du traité qui contribuent à la protection du droit de réglementer. Le cas particulier de l'exception spécifique à l'expropriation indirecte a ainsi été souligné. À ce propos, les interprétations proposées *in abstracto* sont incertaines. Enfin, il a été démontré que les exceptions générales d'ordre public, du fait de leur similarité avec les exceptions du droit du commerce international, pourraient conduire à une importation de la jurisprudence des organes de jugement de l'OMC dans le contentieux d'investissement. Celle-ci suppose néanmoins de déterminer quel standard d'examen de la « nécessité » les arbitres pourraient emprunter dans le cadre de l'analyse des réglementations étatiques pour lesquelles la clause est invoquée. Si le standard de la mesure la moins restrictive permet de se concentrer sur la contribution de la mesure à l'objectif qu'elle poursuit pour déterminer sa nécessité, il n'en reste pas moins que le principe du raisonnable pourrait y être joint, afin de contribuer à renforcer la prise en considération des intérêts de l'État-hôte.

Conclusion du Titre 3

L'examen des différentes exceptions conventionnelles intégrées dans les accords internationaux d'investissement, quant à leur structure et leur rédaction, et les défis interprétatifs qu'elles peuvent représenter, nourrit une grande incertitude quant à l'application effective des exceptions générales d'ordre public. Les clauses d'exceptions générales d'ordre public apparaissent ainsi combinées, non seulement à un ensemble favorable de dispositions relatives au droit de réglementer mais également d'autres exceptions. Bien que cela puisse conduire à certaines incertitudes interprétatives, ces dispositions font partie du contexte interprétatif pertinent qu'il convient de prendre en considération. Si des premiers éléments de réponses peuvent être envisagés, l'incertitude interprétative qui entoure les exceptions générales d'ordre public impose aux tribunaux arbitraux de participer à leur clarification lorsqu'ils les interprètent.

L'impact des exceptions générales comme garantie de la protection du droit de réglementer dans le contexte des investissements dépendra principalement de la mesure dans laquelle les tribunaux d'arbitrage d'investissement prendront appui sur la jurisprudence de l'OMC mais plus généralement, sur la manière dont ils s'engageront dans l'interprétation des traités au titre de la Convention de Vienne. L'importation de la jurisprudence de l'OMC est une sorte de test « "clefs en mains" »¹³⁸³, qui pourrait permettre de contrebalancer les critiques adressées aux tribunaux d'investissement quant à leur incohérence et leur manque de prévisibilité juridique.

¹³⁸³ NANTEUIL (A., de), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », *op. cit.*, p.607.

TITRE 4

L'EXCEPTION GÉNÉRALE D'ORDRE PUBLIC, UN MÉCANISME SUSCEPTIBLE D'AMÉLIORATION

Suzanne Spears estimait que les AII de nouvelle génération, incorporant un ensemble de formes du droit de réglementer, pourraient offrir aux arbitres de nouveaux « outils analytiques » pour trancher les différends impliquant des objectifs politiques concurrents¹³⁸⁴. Elle estimait que ces accords encourageraient les tribunaux arbitraux à :

*« to consider host states' rights and obligations to regulate in the public interest more frequently than they have in the past and that this should alleviate some of the concerns that have been raised in recent years about the potential for IIAs and investor-state arbitration to unduly fetter states' regulatory power. »*¹³⁸⁵.

En vue de garantir un fondement conventionnel au droit de réglementer dans le contexte particulier des investissements, les États ont inséré, entre autres, des exceptions générales d'ordre public. Ce mécanisme, prometteur en théorie, n'a pas reçu l'accueil escompté en pratique (**Chapitre 7**). Wolfgang Alschner indique à ce propos : « *In fact, new-generation treaties are being interpreted just like old ones. (...) [C]rucial treaty design innovation aimed at rebalancing investment protection and state sovereignty is being rolled back.* »¹³⁸⁶.

Néanmoins, les exceptions générales n'ont fait l'objet que de rares interprétations et les traités de nouvelle génération, qui les ont accompagnées d'un ensemble de dispositions favorables à leur application effective, commencent seulement à être invoqués dans le contentieux d'investissement. Les quelques sentences arbitrales en la matière montrent que des défis subsistent, en particulier, lorsque les tribunaux d'investissement interprètent les traités comportant des exceptions comme s'il s'agissait de traités ne comportant pas d'exceptions. Il est relativement tôt pour savoir comment évoluera l'interprétation des traités de nouvelle génération qui intègrent le droit de réglementer. Cependant les enseignements tirés de ces prémisses

¹³⁸⁴ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1044.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, p.1045.

¹³⁸⁶ ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform...*, *op. cit.*, pp.6-7.

interprétatives attestent du besoin de précision sur le rôle que les États souhaitent faire jouer aux exceptions générales.

Les débats doctrinaux et les raisonnements évasifs des tribunaux arbitraux amènent à repenser la modélisation de l'exception générale et à envisager quels outils additionnels pourraient permettre de s'assurer que les intentions des États vis-à-vis de la protection de leur droit de réglementer soit respectées. Il s'agit alors, dans un champ en pleine transformation, de tenir compte des débats de la doctrine, des réticences des tribunaux d'investissement, de l'expérience du droit de l'OMC, de la fragmentation du droit international public etc. pour envisager les améliorations qui pourraient être apportées dans la rédaction des exceptions générales d'ordre public (**Chapitre 8**).

CHAPITRE 7

L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES D'EXCEPTION PAR LES TRIBUNAUX D'INVESTISSEMENT : ENTRE OCCASIONS MANQUÉES DES ÉTATS ET RÉTICENCES DES ARBITRES

Les accords internationaux d'investissement de nouvelle génération ont permis aux États de clarifier les normes de protection des investissements, de supprimer des dispositions controversées et surtout, d'insérer de nouvelles exceptions générales d'ordre public. On pouvait alors raisonnablement supposer que ces nouveaux traités pourraient pourvoir de nouveaux outils d'analyse aux tribunaux d'investissement pour trancher des différends impliquant des objectifs politiques concurrents¹³⁸⁷. Ils permettraient également de tempérer les inquiétudes concernant les restrictions excessives que les précédents traités avaient imposé au droit de réglementer de l'État en droit international des investissements. Toutefois, au regard de la première série de décisions arbitrales, les espoirs suscités par ces nouvelles dispositions laissent place au désenchantement¹³⁸⁸.

Les tribunaux d'investissement ont interprété durant des décennies des AII de première génération, aux dispositions vagues et ambiguës. Bien qu'au travers de ces dispositions les États aient pu transmettre des orientations pour l'interprétation des traités, les arbitres ont appliqué les dispositions pertinentes des traités à des situations factuelles particulières liées à des différends spécifiques¹³⁸⁹. Ils ont ainsi développé un pouvoir "quasi-législatif"¹³⁹⁰ et sont devenus les principaux moteurs du développement normatif du droit international des

¹³⁸⁷ SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1044.

¹³⁸⁸ ALSCHNER (W.), « From a Backlash Against Investment Arbitration to a Backlash by Investment Arbitrators? », *Kluwer Arbitration Blog*, 2022, disponible à : <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/04/from-a-backlash-against-investment-arbitration-to-a-backlash-by-investment-arbitrators/>

¹³⁸⁹ GORDON (K.), POHL (J.), *op. cit.*, p.12.

¹³⁹⁰ BROWER (C. H.), « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.40(1), 2001, p.56.

investissements. Toutefois, les lacunes des anciens traités ont été cette fois comblées par les États, au travers d'une nouvelle génération d'AII.

La jurisprudence relative aux clauses d'exceptions générales est ainsi relativement récente et peu prolifique en raison du nombre limité d'AII contenant ce type de disposition. L'ensemble des affaires concernant des AII conclus entre le Canada et un État latino-américain. D'une part, cela s'explique par le fait que le Canada fait partie des premiers États développés à avoir inclus des exceptions, notamment de type article XX du GATT dans ses traités. D'autre part, les États latino-américains, soucieux de la préservation de l'environnement – considérant leur géographie – ont adopté de nombreuses mesures à cet effet. L'invocation des clauses d'exception générale dans leurs défenses témoignent également de leur engagement dans le mouvement réformateur du droit des investissements. De façon générale, tous les différends tranchés au regard d'une clause d'exception générale concernaient le secteur minier et découlaient de mesures réglementaires adoptées en raison de la protection de l'environnement. L'analyse des clauses étaient souvent liée à d'autres moyens de défense tels que la doctrine des *police powers* ou sa codification par des dispositions relatives à l'expropriation indirecte.

Afin d'examiner dans quelle mesure ces clauses sont prises en compte par les tribunaux, de quelle façon elles sont interprétées, et si leur application conduit au versement d'une compensation ou non, il convient d'analyser plus largement la jurisprudence existante et de tenir également compte des clauses dites hybrides. Les affaires examinées dans ce chapitre attestent des nombreuses questions anticipatrices soulevées par la doctrine. Cependant, les tribunaux, qui s'appuient généralement sur les interprétations arbitrales antérieures¹³⁹¹, ne se sont pas engagés dans une analyse détaillée de l'interprétation des clauses d'exception générale et de leurs effets. Ils n'ont pas non plus tenu compte de la jurisprudence antérieure relative aux exceptions hybrides. Les décisions rendues par les arbitres ont empêché, dans la plupart des cas, une mise en œuvre réussie des clauses d'exception générale. Ainsi, les États qui ont cherché à corriger des approches qu'ils considéraient erronées par l'insertion de nouvelles clauses afin de protéger leur intérêt réglementaire, se sont heurtés aux tribunaux d'investissement.

¹³⁹¹ V. ALSCHNER (W.), « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *op. cit.*, pp.13-14.

Au regard des décisions adoptées, les tribunaux se sont montrés peu enclins à s'en remettre aux choix et aux changements normatifs opérés par les États, se limitant à approcher la clause d'exception générale sans s'en saisir (**Section 1**), voir à ne pas la prendre en compte (**Section 2**). Dès lors, les interprétations adoptées par les tribunaux ont pour conséquence de mettre à mal l'effet utile de ce type de disposition.

Section 1. Une approche évasive des clauses d'exceptions générales

Pour comprendre le fonctionnement des clauses d'exception et les problématiques actuelles rencontrées par l'application des exceptions générales, il est nécessaire d'analyser plus largement la jurisprudence existante. Les premières affaires ayant traité de clauses d'exception générale ne s'en sont pas réellement saisis. Les tribunaux ont contourné la clause sans jamais l'analyser de façon approfondie. En effet, restant ancrés dans les jurisprudences antérieures relatives à des traités qui ne contenaient pas de telles clauses, les tribunaux se sont référés à la doctrine des *police powers*, au point de confondre celle-ci avec la disposition conventionnelle soulevée par les États-hôtes (§1). Au milieu de cette incohérence interprétative, l'analyse de certaines clauses d'exception hybrides par les tribunaux arbitraux peut toutefois se révéler pertinente (§2). Ces clauses ont été principalement invoquées par les États afin de défendre la protection d'intérêts essentiels de sécurité mais leur libellé est similaire à celui des clauses d'exception générale. De sorte que cela permet de tirer des enseignements sur l'approche interprétative qui pourrait être suivie par les tribunaux d'investissement à l'égard de ces dernières.

§1. La confusion entre exception générale et doctrine des *police powers*

Les premiers tribunaux d'investissement qui ont été confrontés à une clause d'exception générale ont dû trancher la question de sa relation avec la doctrine des *police powers*. Si elles ont été caractérisées comme étant toutes deux des exceptions, les tribunaux les ont pourtant confondues. Tandis que le Tribunal de l'affaire *Copper Mesa c. Équateur*¹³⁹² a considéré que

¹³⁹² S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016.

ces deux moyens de défense étaient distincts mais liés par les faits (A), celui de l'affaire *Bear Creek c. Pérou*¹³⁹³ a estimé que la première s'appliquait à l'exclusion de la seconde (B). Ces affaires ont laissé en suspens toute interprétation de la clause d'exception générale et illustrent notamment le fait que les tribunaux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider de leur application ou non.

A. La sentence *Copper Mesa c. Équateur* : une analyse conjointe de la doctrine des *police powers* et de la clause d'exception générale

L'affaire *Copper Mesa c. la République d'Équateur* est la première affaire connue concernant une exception générale d'ordre public dans l'arbitrage d'investissement. En 2011, Copper Mesa a entamé une procédure d'arbitrage contre l'Équateur en vertu du TBI Canada – Équateur de 1996¹³⁹⁴ et des règles d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Il a soutenu que l'annulation et la résiliation de ses concessions minières par l'Équateur constituaient une expropriation illégale, ainsi qu'une violation des standards du traitement juste et équitable, et de la pleine et entière protection et sécurité¹³⁹⁵. En réponse, l'Équateur a fait valoir que les mesures d'annulation et de résiliation qu'il avait adoptées ne violaient pas le TBI¹³⁹⁶ car elles visaient des questions d'environnement et de santé publique qui relevaient alors de son pouvoir réglementaire légitime et de ses *police powers*¹³⁹⁷. Il a également argué que si le Tribunal devait qualifier les mesures contestées comme expropriatrices, elles ne constitueraient pas pour autant une violation du traité car elles relèveraient alors de l'exception générale prévue par l'article XVII(3) du traité¹³⁹⁸.

L'exception invoquée par l'Équateur était rédigée en ces termes :

« (...) À condition que de telles mesures ne soient pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiable, ou qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée des échanges internationaux ou de l'investissement, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures, y compris des mesures de protection de l'environnement :

- a) nécessaires pour assurer l'observation de lois et de règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,

¹³⁹³ CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (ARB/14/21), sentence du 30 novembre 2017.

¹³⁹⁴ TBI Canada – Équateur (1996).

¹³⁹⁵ S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016, §§1.8-1.9, 1.71.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, §§6.2, 6.9.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, §§6.11, 6.16.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, §6.14.

- b) nécessaires pour protéger la vie ou la santé des humains, des animaux et des végétaux ou
- c) nécessaires pour assurer la conservation des ressources naturelles épuisables, vivantes ou non. »¹³⁹⁹.

Bien que le Tribunal ait considéré les *police powers* et la clause d'exception générale comme des moyens de défense distincts, il a décidé de les analyser conjointement considérant que dans ce cas particulier, les deux justifications reposaient sur les mêmes facteurs¹⁴⁰⁰. Il a ainsi fait preuve de déférence envers les pouvoirs réglementaires de l'État et s'est référé au troisième *Restatement* relatif au droit international établi par les États-Unis¹⁴⁰¹, ainsi qu'aux décisions *Methanex c. É.-U.*¹⁴⁰² et *Tecmed c. Mexique*¹⁴⁰³, pour reconnaître que les réglementations non-discriminatoires, visant un objectif public de bonne foi, ne donnent pas lieu à une indemnisation¹⁴⁰⁴. Cependant, il a ensuite conclu que les mesures contestées « *were made in an arbitrary manner and without due process* »¹⁴⁰⁵. Dès lors, elles ne relèvent pas de la doctrine des *police powers* ni ne respectent le chapeau introductif du paragraphe 3 de l'exception générale, la rendant ainsi inapplicable¹⁴⁰⁶. Par conséquent, le Tribunal a conclu que l'Équateur avait violé les clauses d'expropriation, de traitement juste et équitable, et de pleine et entière protection et sécurité en vertu du traité, malgré la présence de la clause d'exception générale¹⁴⁰⁷.

En raison de sa brève analyse, le Tribunal de l'affaire *Copper Mesa c. Équateur* a à peine abordé la qualification juridique de l'exception générale. Il n'a pas précisé le sens à donner à l'application non-discriminatoire de la mesure, exigée par l'exception, ni s'il était nécessairement le même que celui de l'exigence de "*due process*" pour une expropriation. Le Tribunal ne s'est pas plus expliqué sur sa conclusion et n'a établi aucun parallèle avec la

¹³⁹⁹ TBI Canada – Équateur (1996), art. XVII(3). Cette exception générale était associée à un droit "déclaratoire" de réglementer figurant au paragraphe 2 du même article. Toutefois, seul le 3^{ème} paragraphe a été soulevé et discuté dans cette affaire par les parties et le tribunal.

¹⁴⁰⁰ S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016, §6.58.

¹⁴⁰¹ American Law Institute, *Restatement of the Law [Third] – the Foreign Relations Law of the United States*, op. cit., §712(g).

¹⁴⁰² S.A. CNUDCI, *Methanex c. États-Unis*, sentence finale du 3 août 2005, Part IV, Chapter D, §7 : « *As a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation* ».

¹⁴⁰³ CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, §119 : « *The principle that the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable* ».

¹⁴⁰⁴ S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016, §6.60.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, §6.66.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, §6.67.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, §§10.5-10.6.

jurisprudence de l'OMC. Il a considéré la clause d'exception "inapplicable" sans prendre le soin de l'interpréter.

B. La sentence *Bear Creek c. Pérou* : le conflit de normes entre la doctrine des *police powers* et la clause d'exception générale

L'affaire *Bear Creek c. Pérou* concerne une requête d'arbitrage en vertu des règles d'arbitrage du CIRDI, sur le fondement de l'ALE Canada – Pérou de 2008¹⁴⁰⁸, au sujet de la révocation d'une licence d'exploitation minière par le gouvernement péruvien. La constitution péruvienne restreint la propriété étrangère dans l'industrie minière dans ses régions frontalières, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il s'agit d'une nécessité publique¹⁴⁰⁹. Bear Creek, une compagnie minière canadienne, a demandé et obtenu une autorisation spécifique du pouvoir exécutif péruvien à ce titre en 2007¹⁴¹⁰, afin d'exploiter la mine de Santa Ana, située à moins de cinquante kilomètres de la frontière entre le Pérou et la Bolivie. Le gouvernement a soutenu le projet au cours des premières années mais progressivement les communautés locales ont commencé à s'y opposer¹⁴¹¹. Elles étaient préoccupées par le fait que les activités minières polluaient les terres avoisinantes et le lac Titicaca, situé à proximité¹⁴¹². C'est ainsi qu'en 2011 le gouvernement péruvien, notamment afin de mettre fin aux troubles sociaux¹⁴¹³, a révoqué l'autorisation qu'il lui avait accordée et par corollaire, sa concession¹⁴¹⁴.

La compagnie Bear Creek a introduit une demande d'arbitrage d'investissement en 2014¹⁴¹⁵, alléguant que la révocation était incompatible avec les dispositions du chapitre sur l'investissement de l'ALE Canada – Pérou. Le gouvernement péruvien a, quant à lui, soutenu que les mesures adoptées visaient à protéger la santé et la sécurité de ses citoyens¹⁴¹⁶ et relevaient de ses *police powers*. Il a ajouté que si le Tribunal devait conclure que cette doctrine

¹⁴⁰⁸ ALE Canada – Pérou (2008).

¹⁴⁰⁹ S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016, §124, citant l'article 71 de la Constitution du Pérou.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, §149, citant le décret suprême 083-2007-EM.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, §§129-130, 155-169, 172-178.

¹⁴¹² V. not. ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Non-disputing party written submission of DHUMA and Dr. Carlos Lopez, May 9, 2016, pp.8, 15.

¹⁴¹³ CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, sentence du 30 novembre 2017, §367.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, §§201-202, citant le décret suprême 032-2011-EM.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, §§207-216, 9-12.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, §469.

ne s'applique que lorsque le traité la stipule expressément, tel serait le cas via l'exception générale de l'article 2201(3)¹⁴¹⁷. Celui-ci prévoit que :

« (...) Aux fins du chapitre huit (Investissement), sous réserve qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, soit une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, étant entendu par les Parties que ces mesures englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- b) pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord;
- c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques. »¹⁴¹⁸.

Le Tribunal a été confronté, comme dans l'affaire *Copper Mesa*, à la relation entre les *police powers* et l'exception générale invoquée par l'État défendeur. Tandis que les tribunaux appliquent généralement la doctrine en vue de déterminer l'existence ou non d'une expropriation indirecte¹⁴¹⁹, le Tribunal l'a considérée ici comme un moyen de défense affirmatif, au même titre que l'exception conventionnelle. Présument un conflit de normes entre la doctrine et l'exception conventionnelle, la majorité du Tribunal a observé que l'exception contenait une liste exhaustive d'intérêts réglementaires¹⁴²⁰ et que son libellé était très détaillé (tout comme les dispositions relatives à l'expropriation, au regard de l'article 812 et de l'annexe 812.1). De sorte qu'il a considéré que l'exception générale s'appliquait en tant que *lex specialis*, à l'exclusion de tout autre moyen de défense en vertu du droit international, y compris les *police powers*¹⁴²¹.

Dans son opinion dissidente, le Professeur Philippe Sands a rejoint la majorité du Tribunal sur l'exclusion de l'application des *police powers* mais a nuancé leur interprétation. Il a considéré que l'exception ne rendait pas automatiquement inapplicable les moyens de défense prévus par

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, §462 ; ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Respondent's Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction, April 13, 2016, §442.

¹⁴¹⁸ ALE Canada – Pérou (2008), art.2201(3).

¹⁴¹⁹ *V. par ex.*, CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §§287-307 ; CIRDI, *Casinos Austria c. Argentine*, sentence du 5 novembre 2021, §§331-332.

¹⁴²⁰ CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, sentence du 30 novembre 2017, §473. Le tribunal a considéré que « (...) the list is not introduced by any wording (e.g. "such as") which could be understood that it is only exemplary ».

¹⁴²¹ *Ibid.*, §§473-474.

le droit international général, notamment l'état de nécessité¹⁴²², encadré par l'article 25 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹⁴²³. Toutefois, l'analyse du Professeur Philippe Sands ne contribue pas à clarifier le rôle d'une clause d'exception générale fondée sur le traité. Au contraire, elle prête à confusion, notamment quand il opère une distinction entre la fonction des *police powers* et celle de la circonstance excluant l'illicéité fondée sur l'état de nécessité, ce qui paraît difficilement justifiable considérant qu'elles font toutes deux parties du droit international coutumier.

Après avoir constaté l'inapplicabilité de la doctrine des *police powers*, le Tribunal a ensuite conclu brièvement, que même dans l'hypothèse où le décret en cause relevait de l'exception en ce qu'il visait à protéger la vie ou la santé humaine, celui-ci ne faisait pas explicitement référence à cet objectif et qu'il pourrait être contraire à l'exigence de non-discrimination du paragraphe introductif de l'exception¹⁴²⁴. Surtout, les arbitres ont estimé qu'en tout état de cause, l'exception générale « *does not offer any waiver from the obligation in Article 812 to compensate for the expropriation* »¹⁴²⁵. Enfin, ils ont conclu que le décret violait le traité, « *irrespective of a possible applicability of the Exception* »¹⁴²⁶. En conséquence, le décret de révocation constituait une expropriation indirecte illégale au regard du traité et le Tribunal n'a pas examiné les autres réclamations et leur relation potentielle avec la clause d'exception générale¹⁴²⁷.

Les raisonnements des arbitres sur l'articulation entre exception conventionnelle, doctrine des *police powers* et autres moyens de défense du droit international sont déroutants. D'une part, la question de l'applicabilité de la doctrine des *police powers* ne dépend pas de celle de l'exception générale. L'ALE Canada – Pérou a incorporé une forme atténuée de la doctrine dans son annexe relative à l'expropriation indirecte¹⁴²⁸. Celle-ci intervient alors dans l'opération de qualification d'une expropriation indirecte. Dès lors, la question est plutôt de savoir si la doctrine peut s'appliquer indépendamment – ou non – de son incorporation dans l'annexe. D'autre part, le

¹⁴²² CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (ARB/14/21), Opinion dissidente partielle du Professeur Philippe Sands QC du 30 novembre 2017, §41.

¹⁴²³ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, article 25, p.85 et s.

¹⁴²⁴ CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, sentence du 30 novembre 2017, §§475-476.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, §477.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, §478.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, §§533, 544, 553.

¹⁴²⁸ ALE Canada – Pérou (2008), Annexe 812.1, c).

Tribunal semble avoir ignoré la différence de nature entre l'exception générale et les autres moyens de défense du droit international, tel que l'état de nécessité. L'exception générale étant une règle primaire et l'état de nécessité une règle secondaire, ce n'est que si la première ne trouve pas à s'appliquer – la responsabilité de l'État étant alors *a priori* engagée – que l'excuse coutumière pourra être envisagée¹⁴²⁹. Enfin, l'analyse relativement sommaire du Tribunal sur l'exception générale conduit à priver la clause de son efficacité. Il a fait le choix de la traiter comme un simple appendice de la clause relative à l'expropriation, plutôt que la considérer comme une disposition autonome. Cette interprétation a alors pavé la voie aux décisions ultérieures *Infinito Gold c. Costa Rica*¹⁴³⁰ et *Eco Oro c. Colombie*¹⁴³¹.

Ces deux premières sentences sur les exceptions générales d'ordre public ont laissé en suspens de nombreuses questions d'interprétation. Chaque tribunal a confondu l'exception générale avec la doctrine des *police powers*, sans expliquer avec rigueur son choix interprétatif.

Par ailleurs, les tribunaux n'ont pas précisé la portée normative des exceptions générales, ni examiné les mesures contestées au regard de chaque composante de l'exception. Ils ont rapidement conclu que les lacunes liées aux procédures dans les relations entre les États-hôtes et les investisseurs étrangers étaient contraires aux obligations principales du traité et aux conditions posées par le paragraphe introductif des clauses d'exception. Les raisonnements insuffisants des tribunaux arbitraux associés à une assimilation de la doctrine des *police powers* et de l'exception générale est problématique¹⁴³². Leurs fonctions sont complètement différentes en ce que la première a vocation à limiter la portée de l'obligation primaire d'expropriation¹⁴³³ tandis que la seconde – si elle est considérée comme une exception – permet de justifier la violation d'une obligation sans être soumis à l'obligation de verser une compensation. De plus, la doctrine des *police powers* s'applique principalement dans le contexte des expropriations indirectes, là où l'exception générale s'applique potentiellement à toutes les obligations primaires du traité. Ainsi, les analyses sommaires et contradictoires des tribunaux laissent en suspens la question de la relation entre la clause d'exception et cette

¹⁴²⁹ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §133.

¹⁴³⁰ CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, sentence du 3 juin 2021.

¹⁴³¹ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021.

¹⁴³² ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.19.

¹⁴³³ LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.370.

doctrine, telle qu'incorporée dans une annexe sur l'expropriation – notamment l'ordre de leur analyse respective.

Néanmoins, les tribunaux arbitraux ne sont pas les seuls acteurs de cette confusion. Dans l'affaire *Bear Creek*, le Canada, au titre de Partie non-contestante, a présenté une communication écrite dans laquelle l'applicabilité de la clause d'exception générale était passée sous silence, préférant se concentrer sur l'annexe qui clarifie la notion d'expropriation indirecte¹⁴³⁴. Il n'a pas saisi l'occasion pour clarifier le rôle que ces clauses devaient jouer, y compris par rapport aux autres dispositions du traité qui distinguent déjà l'expropriation qui doit être indemnisée de la réglementation qui ne l'est pas. De même, le Pérou, en tant qu'État défendeur porte une responsabilité. Il a fondé principalement sa défense sur les *police powers*, indépendamment de la formulation spécifique du traité¹⁴³⁵, puis il a soutenu, à titre subsidiaire, que l'exception était une incarnation de cette doctrine¹⁴³⁶. Par conséquent, la sentence *Bear Creek* illustre la responsabilité d'interprétation qui incombe aux États, notamment en tant que parties au différend.

§2. La pertinence des interprétations relatives aux clauses d'exception hybrides

Les affaires *Devas c. Inde (I)*¹⁴³⁷ et *Deutsche Telekom c. Inde*¹⁴³⁸ sont des affaires découlant des mêmes faits et traitant de la défense des intérêts essentiels de sécurité des États. Devas était une société indienne de multimédias, dont certains actionnaires étaient mauriciens et allemands. En 2005, elle a signé un contrat avec une entreprise publique indienne (Antrix, bras commercial de l'agence spatiale indienne) portant sur la licence d'une fréquence du spectre (bande S) en vue de fournir des services Internet à haut-débit par satellite. Le gouvernement indien ayant annulé le contrat en 2011, les actionnaires ont respectivement engagé des procédures d'arbitrage contre l'Inde en vertu du TBI Maurice – Inde de 1998¹⁴³⁹ et du TBI Allemagne – Inde de 1995¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁴ V. ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Submission of Canada Pursuant to Article 832 of the Canada-Peru Free Trade Agreement, June 9, 2016.

¹⁴³⁵ CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, sentence du 30 novembre 2017, §460.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, §462.

¹⁴³⁷ S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016.

¹⁴³⁸ S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Deutsche Telekom c. République de l'Inde* (n°2014-10), sentence provisoire du 13 Décembre 2017.

¹⁴³⁹ TBI Maurice – Inde (1998).

¹⁴⁴⁰ TBI Allemagne – Inde (1995).

Dans chaque affaire, l'Inde a fait valoir qu'en vertu d'une clause d'interdiction et de restriction, elle était exonérée de toute responsabilité car le contrat avait été annulé pour des raisons de sécurité nationale. Toutefois, si les clauses invoquées présentaient une importante similitude textuelle, c'est leur différence relative au degré de nécessité exigé entre la mesure et son objectif poursuivi qui a conduit les tribunaux dans le premier cas à considérer la clause applicable (A) et non dans le second (B). La pertinence de ces décisions réside alors dans le fait qu'elles sont basées sur une clause d'interdiction et de restriction, qui est qualifiée d'hybride. En effet, leur rédaction est similaire à l'exception de sécurité mais leur champ d'application couvre à la fois des objectifs de sécurité et des objectifs de non-sécurité, tels que l'environnement et la santé publique. Compte tenu du fait que les conditions permettant d'invoquer la protection d'intérêts essentiels de sécurité sont les mêmes que pour invoquer les autres motifs d'ordre public, l'interprétation de ce type de clause peut éclairer sur la manière dont les exceptions générales pourraient être interprétées.

A. La sentence *Devas c. Inde*

Dans le cadre du premier différend, fondé sur le TBI Maurice – Inde, l'Inde a basé la défense de ses intérêts essentiels de sécurité sur la clause relative aux interdictions et restrictions prévue à l'article 11(3) du traité, qui dispose que :

« The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection of its essential security interests, or to the protection of public health or the prevention of diseases in pests or animals or plants. »¹⁴⁴¹.

Dans cette affaire, le Tribunal a interprété et appliqué cette clause avec rigueur. Le tribunal a considéré en premier lieu que la clause n'était pas *self-judging* en raison de l'absence d'une formulation explicite à cet effet¹⁴⁴². Puis, il s'est attaché à préciser l'exigence de lien de la disposition, selon laquelle les mesures doivent être « *directed to* », c'est-à-dire "orientées vers" ou "vise à", la poursuite d'un objectif cité par la clause – ici ses intérêts essentiels de sécurité. En vertu des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il a estimé que le défendeur n'avait pas à établir qu'une mesure doit être "*necessary*", c'est-à-dire

¹⁴⁴¹ TBI Maurice – Inde (1998), art.11(3) ; souligné par nous.

¹⁴⁴² S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016, §219.

"nécessaire", au sens où elle doit être le seul moyen disponible, pour atteindre l'objectif escompté et ainsi bénéficier de la clause¹⁴⁴³. Le Tribunal a conclu qu'il suffit de démontrer qu'une mesure est "*related to*", c'est-à-dire "liée à" l'un des objectifs spécifiques énoncés, afin de satisfaire l'exigence de lien¹⁴⁴⁴. Par la suite, il a clarifié la relation entre la clause d'interdiction et de restriction de l'article 11(3) et la défense fondée sur l'état de nécessité du droit international coutumier. Considérant que les deux étaient distincts, il a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'interpréter les exigences de la seconde dans la première¹⁴⁴⁵. Enfin, le Tribunal a évalué si la clause était susceptible de priver l'investisseur d'obtenir une indemnisation et a indirectement abordé la question de savoir si la clause fonctionnait comme une exclusion ou comme un moyen de défense affirmatif. Il s'est fondé sur la jurisprudence antérieure – notamment sur les affaires *CMS c. Argentine*¹⁴⁴⁶ et *Continental Casualty c. Argentine*¹⁴⁴⁷ – et a conclu que lorsque l'article 11(3) s'applique, le traité est inapplicable aux mesures relevant de la clause et aucune compensation n'est due¹⁴⁴⁸. La majorité du Tribunal, considérant alors cette clause comme une exclusion¹⁴⁴⁹, a estimé qu'elle s'appliquait partiellement aux mesures de l'Inde et par conséquent, que seule la partie de la mesure n'entrant pas dans son champ d'application pouvait être examinée quant à sa conformité avec le traité¹⁴⁵⁰. Le Tribunal a finalement conclu que cette partie de la mesure, qui ne relevait pas de la sécurité nationale, violait les standards d'expropriation et de traitement juste et équitable du traité¹⁴⁵¹.

B. La sentence *Deutsche Telekom c. Inde*

Dans le second différend, découlant des mêmes faits et initié par Deutsche Telekom, un investisseur allemand détenant une participation dans Devas, le Tribunal est parvenu à une conclusion différente.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, §§230-243.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, §243.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, §§255-256.

¹⁴⁴⁶ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §146.

¹⁴⁴⁷ CIRDI, *Continental Casualty c. Argentine*, sentence du 5 septembre 2008, note 236.

¹⁴⁴⁸ S.A. CNUDCI/CPA, *Devas c. Inde (I)*, sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016, §293.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, §354.

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, §373.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, §§425, 470.

Cette affaire portait cette fois sur le TBI Allemagne – Inde et sa clause d’interdiction et de restriction prévue à son article 12, qui dispose que :

« *Nothing in this Agreement shall prevent either Contracting Party from applying prohibitions or restrictions to the extent necessary for the protection of its essential security interests, or for the prevention of diseases and pests in animals or plants.* »¹⁴⁵².

À la différence de la clause de l’affaire *Devas c. Inde*, la formulation de l’article 12 est ici plus restrictive. De sorte que le Tribunal s’est appuyé sur cette différence textuelle pour distinguer son affaire de la précédente et a considéré que les conditions d’application de la disposition n’étaient pas réunies.

Dans un premier temps, le Tribunal a rejoint l’approche de la sentence *Devas c. Inde* considérant que la clause devait être distinguée de la défense fondée sur l’état de nécessité du droit international coutumier et être lue selon ses propres termes¹⁴⁵³. Dans un deuxième temps, il a estimé que la clause n’était pas *self-judging* en raison de l’absence d’une formulation expresse à cet effet¹⁴⁵⁴ et qu’elle imposait trois conditions pour qu’une mesure soit couverte par son champ d’application : être qualifiée "d’interdiction ou de restriction", protéger les "intérêts essentiels de sécurité" de l’Inde et être appliquée "dans la mesure où cela est nécessaire" pour atteindre cet objectif¹⁴⁵⁵. Partant, le Tribunal a interprété et appliqué ces conditions, considérant sans difficulté que la première était atteinte en ce que la révocation de la licence par l’Inde était qualifiable "d’interdiction ou de restriction"¹⁴⁵⁶. Concernant la deuxième, il a estimé que la détermination de l’existence d’un "intérêt essentiel de sécurité" requiert un certain "degré de déférence" à l’égard de l’évaluation de la situation par l’État-hôte¹⁴⁵⁷. Néanmoins, elle doit être limitée par le sens naturel de l’expression, qui renvoie à des intérêts "essentiels" et d’une valeur plus élevée que n’importe quel "intérêt public"¹⁴⁵⁸. Enfin, après avoir qualifié la disposition de « *non-precluded measures clause* », donc d’exclusion, le Tribunal a précisé le sens à donner à la troisième condition relative à l’exigence de lien¹⁴⁵⁹. Il a opéré une distinction entre

¹⁴⁵² TBI Allemagne – Inde (1995), art.12.

¹⁴⁵³ S.A. CPA/CNUDCI, *Deutsche Telekom c. Inde*, sentence provisoire du 13 décembre 2017, §§228-229. Le tribunal a notamment fait référence aux décisions suivantes : CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d’annulation du 25 septembre 2007, §129 ; CIRDI, *Sempra c. Argentine*, décision sur l’annulation du 29 juin 2010, §187.

¹⁴⁵⁴ S.A. CPA/CNUDCI, *Deutsche Telekom c. Inde*, sentence provisoire du 13 décembre 2017, §231.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, §§230-232.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, §233.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, §235.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, §§235-236.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, §288.

l'expression "nécessaire à" et l'expression "vise à" du TBI Maurice – Inde de l'affaire *Devas*, estimant que la première implique un lien plus étroit entre la mesure et l'objectif qu'elle poursuit¹⁴⁶⁰. Affirmant qu'il ne suivrait pas une approche exigeant de l'État-hôte qu'il prouve que la mesure était le « seul moyen » d'atteindre son objectif¹⁴⁶¹, le Tribunal s'est alors inspiré du test de nécessité de l'article XX du GATT. Il a considéré que la clause d'exclusion de l'article 12 ne couvrait que les mesures qui sont nécessaires pour atteindre l'objectif de protection des intérêts essentiels de sécurité, « *taking into account whether the state had reasonable alternatives, less in conflict or more compliant with its international obligations* »¹⁴⁶². Le Tribunal a conclu par la suite que l'Inde n'avait pas été en mesure de démontrer l'existence d'un tel lien et que les obligations substantielles du traité avaient ainsi vocation à s'appliquer à l'investissement de Deutsche Telekom¹⁴⁶³.

Ces deux sentences relatives à des clauses hybrides permettent de révéler certains aspects liés au traitement des exceptions générales dont les États et les tribunaux arbitraux peuvent tenir compte. Tout d'abord, ce sont des affaires dans lesquelles les tribunaux ont fait preuve d'une approche méthodique et approfondie, qui pourrait être suivie par d'autres tribunaux faisant face à des clauses d'exception. Toutefois les tribunaux qui seraient amenés à interpréter ces clauses – de type article XX du GATT – pourraient hésiter à s'appuyer sur la jurisprudence rendue en vertu de clauses d'interdiction et de restriction. De fait, les deux catégories de clauses sont rédigées différemment, notamment quant à l'exigence de lien et aux objectifs visés. Reste que les tribunaux pourraient prendre en exemple la qualité de l'analyse des clauses par les arbitres dans ces deux affaires¹⁴⁶⁴. De plus, celles-ci témoignent de l'attention qui doit être portée par les États quant à la rédaction des clauses d'exception dans leurs traités et quant à l'interprétation de celles-ci présentée devant les tribunaux. Comme le montrera la section suivante, tant les impairs des États que les raisonnements des tribunaux conduisent à une interprétation erronée de la clause d'exception générale.

¹⁴⁶⁰ *Idem.*

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, §238

¹⁴⁶² *Ibid.*, §239.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, §§288-291.

¹⁴⁶⁴ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.24.

Section 2. L'exception générale, une clause ignorée

Les affaires suivantes témoignent du fait que les clauses d'exception générale ne sont pas, pour le moment, prises en compte par les tribunaux d'investissement. Certains ont nié l'existence de la clause car les États défendeurs ne l'avaient pas invoquée (§1), s'appuyant principalement sur les jurisprudences antérieures pour analyser la licéité d'une mesure poursuivant un objectif d'ordre public. Puis elle a été confondue avec le droit de réglementer de l'État *lato sensu* (§2), ce qui prive de toute réponse quant aux effets d'une exception générale ou de sa relation avec les autres dispositions du traité et le droit international coutumier. Plus récemment, la clause a été complètement occultée par un tribunal (§3). Cela nous amène d'une part à constater que l'introduction de clause d'exception générale dans les traités est inefficace si les arbitres refusent d'interpréter et d'appliquer correctement ces dispositions. D'autre part, cela permet de noter quels éléments textuels pourraient être retravaillés afin que donner tout son effet à la clause d'exception générale. L'impact et l'efficacité de la réforme des traités menée par les États dépend assurément de la façon dont les parties contestantes et les tribunaux intègrent les clauses d'exception générale dans leur raisonnement, et de l'interprétation qui en est faite.

§1. Les affaires *Gold Reserve*, *Crystallex* et *Rusoro c. Venezuela*¹⁴⁶⁵ : l'opportunité manquée par l'État défendeur

En 2008, le Venezuela, dirigé par le président Hugo Chávez, a lancé une large campagne de nationalisation de l'industrie minière aurifère, comprenant notamment des concessions exploitées par des sociétés minières canadiennes¹⁴⁶⁶. Cette campagne a abouti en 2011 à l'adoption d'un décret d'expropriation, nationalisant l'ensemble du secteur minier aurifère du pays¹⁴⁶⁷. Les sociétés minières canadiennes *Gold Reserve*, *Crystallex* et *Rusoro* ont alors déposé des demandes d'arbitrage d'investissement distinctes en vertu du TBI Canada – Venezuela de

¹⁴⁶⁵ CIRDI, *Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/09/1), sentence du 22 septembre 2014 ; CIRDI, *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/11/2), sentence du 4 avril 2016 ; CIRDI, *Rusoro Mining Ltd c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/12/5), sentence du 22 août 2016.

¹⁴⁶⁶ CIRDI, *Gold Reserve c. Venezuela*, sentence du 22 septembre 2014, §§580-581 ; CIRDI, *Crystallex c. Venezuela*, sentence du 4 avril 2016, §§50-58.

¹⁴⁶⁷ CIRDI, *Rusoro c. Venezuela*, sentence du 22 août 2016, §§160-165.

1996¹⁴⁶⁸, contre différents aspects de la campagne de nationalisation vénézuélienne. Dans les trois cas, le Venezuela a tenté de justifier ses mesures par des motifs environnementaux¹⁴⁶⁹. Il est toutefois surprenant de constater que, d'après le texte des sentences – les observations du Venezuela n'ont pas été rendues publiques – le Venezuela n'a soulevé l'exception générale figurant à l'article II.10(b) de l'annexe du TBI dans aucune des affaires. Pourtant, cette exception couvre spécifiquement les mesures environnementales.

L'exception générale du TBI Canada – Venezuela a pour particularité d'être associée à un droit "déclaratoire" de réglementer, c'est-à-dire à une condition de "compatibilité" avec le TBI¹⁴⁷⁰. En effet, l'article II.10 prévoit que :

« a) Aucune disposition du présent Accord n'a pour effet d'empêcher une partie contractante d'adopter, de maintenir ou d'appliquer *une mesure par ailleurs compatible avec le présent Accord* qu'elle juge opportune pour faire en sorte que l'investissement dans son territoire tienne compte de préoccupations environnementales.

b) À la condition *qu'une telle mesure* ne soit pas appliquée de façon arbitraire ou injustifiable ni ne constitue une restriction déguisée du commerce ou de l'investissement international, aucune disposition du présent Accord n'a pour effet d'empêcher une partie contractante d'adopter ou de maintenir une mesure, y compris une mesure environnementale

(i) nécessaire pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord,

(ii) nécessaire à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale, ou

(iii) se rapportant à la conservation de ressources naturelles épuisables, biotiques ou non. »¹⁴⁷¹.

Le Venezuela n'ayant pas soulevé cette exception, il n'est pas certain que celle-ci, dans sa formulation particulière, ait pu servir de véritable clause d'exception. Si le défendeur ne semble pas l'avoir invoquée, reste que le tribunal aurait pu l'examiner de son propre chef, en vertu du principe *iura novit curia*¹⁴⁷². Dans ces trois affaires, chaque tribunal a ignoré la clause dans le

¹⁴⁶⁸ TBI Canada – Venezuela (1996).

¹⁴⁶⁹ CIRDI, *Gold Reserve c. Venezuela*, sentence du 22 septembre 2014, §§557, 590 ; CIRDI, *Crystallex c. Venezuela*, sentence du 4 avril 2016, §§344, 377-378 ; CIRDI, *Rusoro c. Venezuela*, sentence du 22 août 2016, §381.

¹⁴⁷⁰ TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.57.

¹⁴⁷¹ TBI Canada – Venezuela (1996), Annexe, art. II.10 ; souligné par nous.

¹⁴⁷² Les tribunaux arbitraux considèrent régulièrement que : « [w]hen applying the law (whether national or international), the Tribunal is of the view that it is not bound by the arguments and sources invoked by the Parties. The principle *iura novit curia* – or better, *iura novit arbiter* – allows the Tribunal to form its own opinion of the meaning of the law, provided that it does not surprise the Parties with a legal theory that was not subject to debate and that the Parties could not anticipate. », in. CIRDI, *Quiborax c. Bolivie*, sentence du 16 septembre 2015, §92. V. également : CIRDI, (DS)2, *S.A., Peter de Sutter and Kristof De Sutter c. République de Madagascar (II)* (ARB/17/8), sentence du 17 avril 2020, §132 ; CIRDI, *Carlos Ríos and Francisco Ríos c. République du Chili*

but d'établir sa compétence et le droit applicable, et d'interpréter les obligations primaires du traité. De sorte qu'ils ont nié l'existence de la clause d'exception générale contenue dans le TBI Canada – Venezuela.

A. L'affaire *Gold Reserve c. Venezuela*

Dans l'affaire *Gold Reserve*, le demandeur a soutenu que la révocation de deux de ses permis d'exploration et d'exploitation minière violait plusieurs dispositions du TBI. Le Venezuela, quant à lui, n'a pas soulevé la clause d'exception générale. Il a soutenu que les permis accordés à l'entreprise canadienne avaient été retirés valablement pour des motifs environnementaux¹⁴⁷³. Dans sa sentence, le Tribunal a conclu que le Venezuela avait violé l'obligation de traitement juste et équitable du TBI en frustrant les attentes légitimes de *Gold Reserve* et en refusant une procédure régulière¹⁴⁷⁴. Dans ce contexte, le tribunal a considéré que :

« a State has a responsibility to preserve the environment and protect local populations living in the area where mining activities are conducted. However, this responsibility does not exempt a State from complying with its commitments to international investors by searching ways and means to satisfy in a balanced way both conditions. »¹⁴⁷⁵.

Force est de constater que le Tribunal a complètement contourné l'exception générale contenue dans le traité qui, au contraire, peut conduire à ne pas mettre en jeu la responsabilité de l'État si les conditions sont réunies¹⁴⁷⁶. Le Tribunal lui a préféré l'approche jurisprudentielle dominante, selon laquelle les États doivent respecter tant leurs engagements en matière de protection des investissements que leurs obligations en matière de protection de l'environnement. Pour ce faire, il s'est fondé sur des affaires tranchées en vertu de traités ne contenant aucune exception générale, telles que *Saluka c. République Tchèque*, *Thunderbird c. Mexique* et *MTD c. Chili*¹⁴⁷⁷. En définitive, le Tribunal de *Gold Reserve* a ancré son approche

(ARB/17/16), sentence du 11 janvier 2021, §130 ; CIRDI, *Astrida Benita Carrizosa c. République de Colombie* (ARB/18/5), sentence du 19 avril 2021, §20 ; CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, sentence du 3 juin 2021, §280. Ce principe n'exempte pas le défendeur de produire les éléments de preuve suffisants pour étayer ses affirmations, v. OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004, §105.

¹⁴⁷³ CIRDI, *Gold Reserve c. Venezuela*, sentence du 22 septembre 2014, §§312, 341, 557, 590.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, §§613-615, 863.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, §595.

¹⁴⁷⁶ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.25.

¹⁴⁷⁷ CIRDI, *Gold Reserve c. Venezuela*, sentence du 22 septembre 2014, §§569-570, citant : S.A. CNUDCI/CPA, *Saluka c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006 (fondée sur le TBI Pays-Bas – République Tchèque de 1991) ; S.A. CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence du 26

interprétative dans la jurisprudence antérieure, en dépit du traité applicable et ainsi, l'innovation introduite par l'exception générale, incluse dans l'annexe du traité, a été privée de tout effet.

B. L'affaire *Crystallex c. Venezuela*

Dans l'affaire *Crystallex c. Venezuela*, le Tribunal a suivi une approche similaire. Crystallex soutenait que le refus du Venezuela d'accorder une autorisation d'exploitation était contraire aux déclarations spécifiques faites par celui-ci et violait ainsi les obligations en matière d'expropriation et de traitement juste et équitable du TBI Canada – Venezuela. Le Tribunal a conclu que la série de mesures adoptées par le Venezuela constituait bien une expropriation et une violation du traitement juste et équitable au regard du traité¹⁴⁷⁸.

Comme dans l'affaire *Gold Reserve*, le Venezuela a soutenu que ces mesures étaient justifiées, en se fondant sur l'impact environnemental et social négatif des mines de Crystallex¹⁴⁷⁹. Pourtant, ni le Venezuela n'a soulevé l'exception générale de l'article II.10(b) de l'annexe du TBI pour sa défense, ni le Tribunal n'a examiné cette disposition de sa propre initiative. Tout comme le tribunal de *Gold Reserve*, il s'est référé à la jurisprudence en matière d'investissements rendue en vertu de traité ne prévoyant aucune exception générale¹⁴⁸⁰ pour établir que si les décisions souveraines des États bénéficient d'un certain degré de déférence, celle-ci n'est pas sans limites¹⁴⁸¹, notamment lorsque leurs actes présentent de graves vices de procédure¹⁴⁸². Sur la base de ce postulat, le Tribunal a déterminé que le refus d'accorder le permis à Crystallex était arbitraire et manquait de transparence et de cohérence, ce qui caractérisait une violation du TBI¹⁴⁸³. À ce propos, il a notamment noté que le courrier de refus ne soulevait la préoccupation environnementale que pour la première fois et qu'il ne présentait aucune donnée scientifique sous-tendant le refus¹⁴⁸⁴.

janvier 2006 (fondée sur l'ALENA de 1992) et CIRDI, *MTD c. Chili*, sentence du 24 mai 2004 (fondée sur le TBI Chili – Malaisie de 1992).

¹⁴⁷⁸ CIRDI, *Crystallex c. Venezuela*, sentence du 4 avril 2016, §§575, 623, 718.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, §§344, 376-377.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, §584 (citant, CIRDI, *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. République du Costa Rica* (ARB/08/1 et ARB/09/20), sentence du 16 mai 2012, arbitrage fondé sur le TBI Allemagne – Costa Rica de 1994.).

¹⁴⁸¹ CIRDI, *Crystallex c. Venezuela*, sentence du 4 avril 2016, §§581-584.

¹⁴⁸² *Ibid.*, §585.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, §591.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, §§592-594.

Le constat est ici identique à celui de l'affaire *Gold Reserve*. Contrairement à ce qu'affirme le tribunal, la délimitation du degré de déférence à accorder aux mesures de politiques publiques ne se trouve pas dans la jurisprudence antérieure à laquelle il renvoie, mais dans la formulation explicite de l'exception générale incluse dans l'annexe du TBI. Certes l'issue de l'affaire aurait sans doute été la même, mais le tribunal de l'affaire *Crystallex* aurait dû, lui aussi, fonder son raisonnement sur ce que prévoit le TBI et non sur une jurisprudence rendue dans le cadre d'un traité ne contenant aucune exception générale.

C. L'affaire *Rusoro c. Venezuela*

Enfin, dans l'affaire *Rusoro c. Venezuela*, la société canadienne Rusoro s'est plainte de la nationalisation du secteur aurifère en 2011, qui a conduit à l'expropriation de ses intérêts majoritaires dans vingt-quatre sociétés vénézuéliennes qu'elle avait acquises entre 2006 et 2008, totalisant cinquante-huit concessions minières et autres droits contractuels pour l'exploration et l'exploitation de mines d'or¹⁴⁸⁵. Le Venezuela a soutenu pour sa défense que ses actions découlaient de préoccupations environnementales et que l'objectif de la nationalisation était d'assurer une exploitation durable et socialement responsable des ressources naturelles¹⁴⁸⁶.

Certes, le Tribunal a reconnu au Venezuela que la mesure avait été adoptée dans un objectif d'intérêt public¹⁴⁸⁷, dans le cadre d'une procédure régulière¹⁴⁸⁸ et de manière non-discriminatoire¹⁴⁸⁹, mais il a conclu toutefois que le décret d'expropriation était illégal en vertu du TBI, en l'absence du versement d'une indemnisation prompte, adéquate et efficace à Rusoro¹⁴⁹⁰.

Il aurait été intéressant de voir si l'exception générale de l'article II.10(b) de l'annexe du TBI pouvait justifier l'absence de cette indemnisation. Contrairement à *Gold Reserve* et *Crystallex*, le tribunal de *Rusoro* n'a pas considéré que l'expropriation était discriminatoire ou arbitraire. Dès lors, la mesure aurait pu être considérée comme relevant de l'exception générale. Cela aurait permis au Tribunal de clarifier la relation entre la clause d'expropriation du traité, le droit

¹⁴⁸⁵ CIRDI, *Rusoro c. Venezuela*, sentence du 22 août 2016, §78.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, §381.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, §§383-385.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, §§388-393.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, §397.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, §§407-409.

international coutumier et l'exception. Malheureusement, là encore, le Venezuela n'a pas soulevé l'exception générale et le Tribunal n'a pas fait sien l'examen de la disposition.

Ainsi, comme l'ont souligné W. Alschner et K. Hui, ces trois affaires sont des occasions manquées en ce que le « *Venezuela failed to mount a more effective defence by invoking the exception, and the larger investment law community was deprived of the opportunity to better understand the role of general public policy exceptions in investment treaties.* »¹⁴⁹¹.

§2. L'affaire *Infinito Gold c. Costa Rica* : la confusion entre clause d'exception générale et droit de réglementer de l'État *lato sensu*

L'affaire *Infinito Gold c. Costa Rica* est également une affaire dans laquelle l'exception générale n'a pas été invoquée mais d'une façon différente des affaires précédentes. En l'espèce, le demandeur détenait une concession d'exploitation d'un gisement aurifère au Costa Rica. Celle-ci a été annulée par l'adoption de mesures réglementaires et judiciaires, au nom de la préservation de l'environnement¹⁴⁹². L'investisseur a déposé une requête d'arbitrage en vertu du TBI Canada – Costa Rica de 1998¹⁴⁹³, arguant que cette annulation constituait une violation dudit traité. À l'instar des affaires précédentes, l'État défendeur s'est appuyé sur une clause d'exception générale combinée à un droit "déclaratoire" de réglementer. L'annexe I(III) du TBI disposait que :

« 1. Aucune disposition de l'Accord ne sera interprétée comme interdisant à une Partie contractante d'adopter, de maintenir ou de faire appliquer *toute mesure, compatible avec l'Accord*, jugée par elle appropriée pour s'assurer que les activités d'investissements menées sur son territoire le soient dans le respect de certains facteurs environnementaux.

2. À condition que *ces* mesures ne soient pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiable, ou qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement, l'Accord n'a pas pour effet d'interdire à une Partie contractante d'adopter ou de maintenir les mesures suivantes :

- a) nécessaires pour faire respecter les lois et les règlements qui ne sont pas incompatibles avec ses dispositions ;
- b) nécessaires pour protéger la vie ou la santé humaine, ou celle des animaux et des végétaux ;

¹⁴⁹¹ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.26.

¹⁴⁹² CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, sentence du 3 juin 2021, §762.

¹⁴⁹³ TBI Canada – Costa Rica (1998).

- c) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, vivantes ou non vivantes, pour autant qu'elles prennent effet conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. (...) »¹⁴⁹⁴.

Le Costa Rica a fait valoir que l'annulation de la licence de l'investisseur était une mesure environnementale, exclue du champ d'application du traité en vertu de l'annexe I, section III(1) du TBI¹⁴⁹⁵. Pour une raison inconnue, l'État défendeur n'a pas choisi de s'appuyer sur le paragraphe (2) de cette section qui constitue une véritable exception générale, couvrant notamment les mesures environnementales incompatibles avec le traité. Il lui a préféré la disposition relative au droit de réglementer « déclaratoire », n'autorisant que les mesures environnementales compatibles avec le traité, figurant au premier paragraphe de cette même section.

La discussion s'est ainsi concentrée autour du libellé de la section III(1) : « toute mesure, compatible avec l'Accord ». Le Tribunal a utilisé la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter la disposition du traité¹⁴⁹⁶ et en a conclu que la section III(1) n'était pas une exemption permettant d'exclure du champ du traité les mesures environnementales, mais une simple « réaffirmation » du droit de réglementer de l'État¹⁴⁹⁷.

Le Costa Rica considérait que si la disposition devait couvrir uniquement les mesures compatibles avec le traité, elle n'aurait vocation qu'à s'appliquer aux situations où la responsabilité de l'État défendeur n'était pas en jeu. Invoquant l'argument de l'effet utile, il soutenait que la disposition ne pouvait pas établir un mécanisme qui ne serait jamais déclenché, au risque d'être incompatible avec l'objet substantiel de ladite clause¹⁴⁹⁸. Toutefois, le Tribunal a considéré que l'expression « toute mesure, compatible avec l'Accord » signifie que toutes les mesures visant à garantir que les activités de l'investissement respectent l'environnement doivent également être conformes au cadre de protection de l'investissement du TBI¹⁴⁹⁹. S'appuyant sur la littérature relative aux clauses telles que celle visant à protéger l'environnement de l'ALENA¹⁵⁰⁰, il a considéré que cette disposition ne pouvait pas prévaloir

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, Annexe I, Section III ; souligné par nous.

¹⁴⁹⁵ CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, sentence du 3 juin 2021, §757.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, §§770-781.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, §§776-777.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, §761.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, §772.

¹⁵⁰⁰ ALENA, art. 1114 (USMCA, art.14.16). Le Tribunal a relevé uniquement trois textes qui traitent brièvement de ces questions : WEILER (T.), *op. cit.*, p.182 ; NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *op. cit.*, p.9 ; JOHNSON (L.), SACHS (L.), « International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New

sur les obligations impératives du traité¹⁵⁰¹. Dès lors, la clause devrait être interprétée comme : « *acknowledging and reminding interpreters that these two objectives – environment and investment protection – should, if possible, be reconciled (...). In other words, this provision reaffirms the State's right to regulate.* »¹⁵⁰². Enfin, le Tribunal a tenu à préciser que dès qu'une clause contient les termes « compatibles avec l'Accord », elle ne saurait être interprétée comme étant une exception ou une exemption aux standards de protection de l'investissement contenus dans le traité¹⁵⁰³. Il est intéressant de noter que le Tribunal appuie cette argumentation en faisant référence, *a contrario* aux paragraphes (3) et (4) de la section III, qu'ils caractérisent d'exceptions et d'exemptions qui ne sont pas limitées par des termes identiques à ceux du paragraphe (1). Il ne fait aucunement mention du paragraphe (2), qui constitue une exception générale.

L'affaire *Infinito Gold* est une nouvelle fois, une opportunité manquée¹⁵⁰⁴. D'une part, le Costa Rica a confondu la disposition du traité relative au droit de réglementer "déclaratoire" avec l'exception générale, potentiellement beaucoup plus puissante. D'autre part, le Tribunal a complètement évité de se saisir de la question, en faisant référence à tous les alinéas de la section III excepté celui qui avait le plus vocation à s'appliquer. Pourtant, le principe *iura novit arbiter*¹⁵⁰⁵ lui aurait permis de s'engager sur l'analyse de la clause d'exception générale et de développer son raisonnement sur les différentes formes d'exception. Il a préféré se focaliser sur la clause relative au droit de réglementer de l'État en interprétant maladroitement la disposition. Il s'est reposé sur l'interprétation d'une clause similaire de l'ALENA, sans tenir compte de la position de la clause discutée dans une annexe qui régit spécifiquement les « exceptions et exonérations générales »¹⁵⁰⁶. Tandis que l'exception générale prévue par l'ALENA exclut de son champ d'application le chapitre sur les investissements, le TBI en présence regroupe dans une même section une référence au droit de réglementer et l'exception générale. De plus, la clause du paragraphe (1) ne libère pas l'État de l'obligation de respecter ses engagements conventionnels ou d'indemniser l'investisseur en cas de violation du traité. Il est donc difficile de concevoir, comme le soutient le Tribunal, qu'il s'agit là d'une "réaffirmation" du droit de

Approaches », in. BJORKLUND (A.) (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013*, O.U.P., Oxford, 2014, p.235.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, §773 (citant T WEILER (T.), *op. cit.*, pp.173-188).

¹⁵⁰² *Ibid.*, §778.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, §780.

¹⁵⁰⁴ ALSCHNER (W.), HUI (K.), *op. cit.*, p.27 ; WAGNER (K.), *op. cit.*, p.109.

¹⁵⁰⁵ *V. supra*, note 1472.

¹⁵⁰⁶ TBI Canada – Costa Rica (1998), Annexe I, Section III « Exceptions et exonérations générales ».

réglementer de l'État. Il s'agirait davantage d'une référence au droit de réglementer au sens du droit international public général, inhérent à la souveraineté de l'État¹⁵⁰⁷.

En conséquence, cette confusion entre le droit de réglementer *lato sensu* et la clause d'exception générale réduit non seulement les chances de succès de l'État défendeur, mais prive également la communauté du droit des investissements, de nouveau, d'une sentence qui aurait pu clarifier la question de savoir si une telle clause fonctionne comme une exclusion ou comme un moyen de défense affirmatif.

§3. L'affaire *Eco Oro c. Colombie* : la négation de la clause d'exception générale

La décision *Eco Oro c. Colombie* rendue en 2021 a marqué le point culminant de cette tendance inquiétante. La société minière canadienne Eco Oro détenait des droits d'exploration et d'exploitation minières dans une zone qui chevauchait partiellement le Páramo de Santurbán¹⁵⁰⁸. À l'époque des premiers investissements d'Eco Oro, les activités minières dans cette zone ne faisaient l'objet d'aucune restriction et les Páramos n'étaient ni délimités ni protégés par la loi. Considérant que les zones humides du Páramo jouent un rôle essentiel dans le maintien de la biodiversité¹⁵⁰⁹, la Colombie a adopté plusieurs mesures afin de délimiter le Páramo de Santurbán. Dans un premier temps, elle a suspendu les activités minières dans cette zone, tout en accordant certaines exceptions aux entreprises qui détenaient des droits miniers dans la région¹⁵¹⁰. Puis les autorités colombiennes ont révoqué les permis d'Eco Oro dans les zones chevauchant le Páramo¹⁵¹¹. Cela a conduit Eco Oro à déposer une demande d'arbitrage en vertu de l'ALE Canada – Colombie de 2008¹⁵¹², invoquant la violation de la norme minimale de traitement et l'expropriation de son investissement.

¹⁵⁰⁷ V. TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.57.

¹⁵⁰⁸ La mesure exacte étant contestée et la zone n'étant toujours pas définitivement délimitée à la date de la décision du tribunal, v. CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §204.

¹⁵⁰⁹ Notamment en raison de leur capacité de régulation du cycle de l'eau et car ils constituent des « puits de carbone », v. *Ibid.*, §§86, 648.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, §§154, 158, citant respectivement la Résolution 2090 (2014) et la loi 1753 (2015).

¹⁵¹¹ *Ibid.*, §§165, 171, §195, citant respectivement le jugement C-35 (2016), la résolution 829 (2016) et la loi n°1930 (2018).

¹⁵¹² ALE Canada – Colombie (2008).

Le Tribunal a conclu que les mesures adoptées par la Colombie, visant à interdire l'exploitation minière dans la zone du páramo, ne constituaient pas une expropriation indirecte en se fondant sur l'annexe 811 relative à l'expropriation¹⁵¹³. Les arbitres ont considéré qu'elles ne pouvaient pas être qualifiées d'expropriation indirecte au regard de l'article 2(b) de cette annexe¹⁵¹⁴, qui codifie et reflète la doctrine des *police powers*¹⁵¹⁵. Toutefois, le Tribunal a constaté que les actions et les omissions des autorités, quant à la délimitation de la zone, étaient arbitraires et contraires à la norme minimale de traitement visée à l'article 805 de l'ALE¹⁵¹⁶. Puis il a été amené à se prononcer sur l'interprétation de l'exception générale invoquée par la Colombie, prévue par l'article 2201(3) de l'ALE Canada – Colombie en ces termes :

« Aux fins du chapitre huit (Investissement), sous réserve qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs, soit une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international, aucune disposition du présent accord n'est interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie des mesures nécessaires :

- a. À la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, étant entendu par les Parties que ces mesures englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ;
- b. Pour assurer l'observation des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord ;
- c. À la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques. »¹⁵¹⁷.

Les interprétations proposées par les parties étaient divergentes. La Colombie soutenait que la clause d'exception générale, prévue à l'article 2201(3) du traité, devait être entendue comme une exclusion, qui priverait le tribunal de sa compétence¹⁵¹⁸. Eco Oro considérait qu'une exception générale ne pouvait déroger à l'obligation d'indemnisation à la suite d'un fait

¹⁵¹³ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§ 625-699.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, §699 ; ALE Canada – Colombie (2008), Annexe 811, art.2(b) : « [s]auf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure ou le train de mesures est si rigoureux au regard de son objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'il a été adopté de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et la protection de l'environnement. ».

¹⁵¹⁵ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§625-626, le tribunal fait notamment référence à l'affaire CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §§300-301.

¹⁵¹⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§700-821.

¹⁵¹⁷ ALE Canada – Colombie (2008), art. 2201(3).

¹⁵¹⁸ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§362-366.

internationalement illicite, tel que la violation de l’ALE¹⁵¹⁹. Enfin le Canada, qui a soumis au tribunal une communication de Partie non-contestante, a décrit l’exception comme un "filet de sécurité" qui s’applique si un tribunal conclut qu’une mesure viole *prima facie* une obligation du traité, c’est-à-dire qu’il s’agit d’un moyen de défense affirmatif¹⁵²⁰. Le Tribunal, en une dizaine de paragraphes seulement, a adopté une solution intermédiaire, considérant que l’exception générale n’était pas pertinente dans l’arbitrage des investissements¹⁵²¹. Il a caractérisé la clause comme étant permissive, permettant d’adopter et d’appliquer des mesures sans que cela ne constitue une violation du traité, tout en exigeant une compensation¹⁵²². Cette décision, qui a suscité une vive controverse¹⁵²³, est contradictoire à plus d’un titre. Tant en ce qu’il peut être considéré que le Tribunal n’a pas fait une application correcte du droit international (A) qu’en raison de l’interprétation concordante des parties au traité qui a été rejetée par celui-ci (B).

A. Une application incorrecte du droit international

Premièrement, le Tribunal s’est appuyé sur l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter l’exception générale du traité. Cependant, il a débuté son analyse en examinant, non pas le sens ordinaire des termes de la disposition, mais le préambule du traité¹⁵²⁴. Il a déterminé qu’au regard du préambule de l’ALE Canada – Colombie, le but et l’objet du traité sont d’assurer un cadre commercial prévisible propice à l’investissement, de façon compatible avec la protection et la conservation de l’environnement¹⁵²⁵. La protection de

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, §367.

¹⁵²⁰ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp c. République de Colombie* (ARB/16/41), Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020, §§20-22.

¹⁵²¹ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§ 826-837.

¹⁵²² *Ibid.*, §§829-830.

¹⁵²³ V. par exemple : TREW (S.), « The False Hopes and Empty Promises of Investment Treaty Modernization », *The Monitor*, 2021, disponible à : <https://monitormag.ca/articles/the-false-hopes-and-empty-promises-of-investment-treaty-modernization> ; GARDEN (R.), « Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions », *ICSID Review – F.I.L.J.*, vol.38(1), 2023, pp.17-24 ; BAS (M.), « La política de la solución de controversias inversor-Estado en América Latina », *El Sol de Cuernavaca*, disponible à : <https://www.elsoldecuernavaca.com.mx/analisis/poliescenarios-la-politica-de-la-solucion-de-controversias-inversor-estado-en-america-latina-10675768.html> ; WAGNER (K.), *op. cit.*, pp.109-111 ; TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.53 ; HEATH (J. B.), « Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism », *Investment Treaty News*, IISD, Analyse du 20 décembre 2021, disponible à : <https://www.iisd.org/itm/en/2021/12/20/eco-oro-and-the-twilight-of-policy-exceptionalism/>.

¹⁵²⁴ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§ 827-828.

¹⁵²⁵ ALE Canada – Colombie (2008), Préambule, 8^{ème} et 10^{ème} alinéas.

l'environnement et celle de l'investissement doivent ainsi coexister de manière bénéfique¹⁵²⁶. En conséquence, la clause assure simplement qu'il n'est pas interdit à l'État d'adopter une mesure environnementale, ce qui signifie qu'il ne s'agit pas d'une exception mais d'une "permission"¹⁵²⁷.

Toutefois, interpréter la clause de l'article 2201(3) ainsi est à tout le moins, maladroit. En vertu du droit international, l'État conserve toujours son droit de réglementer, au sens large. L'argument du tribunal, *a contrario*, signifierait que l'absence d'une telle disposition "n'autoriserait" pas l'État à adopter une telle mesure, ce qui est difficile à concevoir. Au-delà du fait que le tribunal n'ait pas débuté son analyse par le sens ordinaire des termes¹⁵²⁸, il semble également avoir ignoré le contexte – plus immédiat – des termes de la disposition¹⁵²⁹. Le paragraphe introductif de celle-ci, établissant des conditions pour prévenir l'abus des exceptions énumérées dans l'article, vise justement à garantir la protection de l'investissement.

Deuxièmement, le Tribunal a poursuivi son analyse en affirmant qu'il n'y a rien dans l'exception qui permette d'adopter une telle mesure sans verser une indemnisation¹⁵³⁰. Pour consolider son raisonnement, le Tribunal s'est appuyé sur d'autres dispositions du traité, notamment l'annexe sur l'expropriation qui intègre la doctrine des *police powers*¹⁵³¹. Il a considéré que si les parties au traité avaient souhaité que l'exception générale exclut l'obligation d'indemnisation, elles auraient rédigé la clause en des termes similaires à ceux employés dans cette annexe¹⁵³². Selon le Tribunal : « *whilst a State may adopt or enforce a measure pursuant to the stated objectives in Article 2201(3) without finding itself in breach of the FTA, this does not prevent an investor claiming (...) that such a measure entitles it to the*

¹⁵²⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, § 828.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, § 829.

¹⁵²⁸ Bien qu'il n'existe pas de consensus sur le fait de savoir s'il y a une hiérarchie entre les différents éléments de l'article 31(1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il s'agit tout de même de donner effet aux intentions des parties, v. VAN AAKEN (A.), « Control Mechanisms in International Investment Law », *op. cit.*, p.420 ; v. également KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law... », *op. cit.*, p.351.

¹⁵²⁹ Cet examen est à rapprocher de celui opéré par l'Organe d'appel de l'OMC qui considère qu'il faut examiner « l'objet et le but du texte introductif de [l'exception générale]. (...) [et non], l'objet et le but de l'ensemble de [l'Accord], dont l'objet et le but sont décrits d'une manière par trop générale », v. Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Crevettes*, §116 ; Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Essence*, p.25.

¹⁵³⁰ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §829.

¹⁵³¹ *Idem.*

¹⁵³² *Idem.*

payment of compensation. »¹⁵³³. En d'autres termes, le Tribunal a considéré que l'exception conventionnelle rendait les mesures étatiques licites mais sans pour autant supprimer l'obligation d'indemnisation. Cette conclusion repose sur l'argument d'un potentiel conflit de normes entre la clause d'exception et l'alinéa b) de l'article 2 de l'annexe relative à l'expropriation indirecte, qui prévoit expressément que dans de « rares cas », une mesure adoptée en vue de protéger l'environnement peut constituer une expropriation indirecte¹⁵³⁴.

Néanmoins, l'argument du conflit de normes ignore, une fois de plus, les différences qui opposent l'exception générale et l'annexe sur l'expropriation indirecte, notamment celle de leur fonction. Mais surtout, il n'était pas nécessaire que l'exception prévoie expressément l'absence d'indemnisation. En effet, la question de la réparation ne se pose que lorsque la violation d'une obligation internationale est constatée, c'est la conséquence logique du droit international relatif à la responsabilité des États. Si l'exception s'applique, alors les mesures réglementaires ne constituent pas une violation du traité et la responsabilité de l'État n'est donc pas engagée. Dès lors, les règles relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'entrent pas en jeu et il n'est pas tenu de verser une indemnisation. Le Tribunal avait d'ailleurs accordé que l'exception signifiait que l'État pouvait adopter les mesures environnementales en cause, sans être en violation du traité¹⁵³⁵.

Au soutien de sa conclusion sur l'obligation d'indemnisation, le Tribunal s'est également appuyé sur les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, notamment l'article 27(b) et l'article 36(1)¹⁵³⁶, qui portent sur la réparation – sous forme d'indemnisation – des pertes potentielles liées à l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité¹⁵³⁷.

D'une part, la Colombie n'a pas soulevé les Articles de la CDI relatifs aux circonstances excluant l'illicéité mais l'exception générale prévue par l'ALE Canada – Colombie. D'autre part, ces articles ne traitent aucunement des conséquences de l'invocation d'une exception conventionnelle telle que l'exception générale. De sorte que le Tribunal semble avoir confondu

¹⁵³³ *Ibid.*, §830.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, § 831 (les arbitres font référence à l'article 2(b) de l'annexe 811 sur l'expropriation).

¹⁵³⁵ *Ibid.*, §830.

¹⁵³⁶ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.91, article 27 et p.105, article 36.

¹⁵³⁷ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §835.

non seulement l'exception générale avec les circonstances excluant l'illicéité mais également les conséquences du maintien d'une circonstance excluant l'illicéité avec la réparation en cas de fait internationalement illicite¹⁵³⁸. Or, son analyse devait porter sur l'exception conventionnelle qui est un scénario distinct.

Les clauses d'exception sont spécifiquement conçues pour empêcher la détermination d'une violation d'une obligation du traité d'investissement, ce que le Tribunal a admis. En conséquence, si la mesure réglementaire d'un État n'est pas caractérisée comme étant une violation du traité, alors il ne devrait pas être tenu de verser une indemnisation¹⁵³⁹. Le Tribunal en est arrivé à conclure autrement, sans préciser la source de cette obligation de compensation.

Enfin, il convient de noter que le libellé de l'exception générale de l'ALE s'inspire de l'article XX du GATT, ce qui amène en général les tribunaux à se poser trois questions : la mesure réglementaire en cause cherche-t-elle à atteindre l'un des objectifs listés par la disposition, est-elle nécessaire à la réalisation de cet objectif et, représente-t-elle malgré tout une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à l'investissement ?¹⁵⁴⁰. En l'espèce, le Tribunal avait déjà convenu que les mesures colombiennes en cause avaient pour objet la protection de l'environnement et qu'elles n'étaient pas discriminatoires, en ce qu'elles affectaient les entreprises colombiennes comme les investisseurs étrangers¹⁵⁴¹. Dès lors, l'analyse du Tribunal aurait dû se focaliser sur le lien de nécessité entre les mesures et leur objectif, pourtant il n'a pas procédé de la sorte. Au contraire, il s'est contenté d'écarter l'exception générale en considérant que même si elle pouvait s'appliquer aux mesures contestées, elle n'exemptait pas l'État de son obligation d'indemniser l'investisseur¹⁵⁴². Le Tribunal ne s'est pas seulement éloigné de la jurisprudence du droit de l'OMC, il a suivi une

¹⁵³⁸ TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.54 ; WAGNER (K.), *op. cit.*, p.115.

¹⁵³⁹ V. PAINE (J.), SHEARGOLD (E.), *op. cit.*, p.295 ; TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.18.

¹⁵⁴⁰ V. *not.* Rapport de l'Organe d'appel É.-U. – *Essence*, p.24.

¹⁵⁴¹ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§ 635-642.

¹⁵⁴² *Ibid.*, §§ 830, 836.

approche en contradiction avec celle de l'ORD¹⁵⁴³. Cette approche était pourtant celle proposée par le Canada dans sa soumission de Partie non-contestante¹⁵⁴⁴.

B. Le rejet des interprétations concordantes des parties au traité

Bien que le Tribunal de l'affaire *Eco Oro* ait prétendu connaître les intentions des parties contractantes de l'ALE¹⁵⁴⁵, force est de constater qu'il s'est ouvertement opposé à leurs interprétations concordantes de l'exception générale.

Dès 2017, la Commission mixte composée de représentants des États parties au traité avait adopté une décision, soulignant le droit de chaque État partie de réglementer en vue d'atteindre des objectifs publics tels que la protection de l'environnement¹⁵⁴⁶. Cette décision liait le Tribunal en vertu de l'article 832(1) de l'ALE¹⁵⁴⁷. Puis en 2020, le Canada avait transmis au tribunal une communication de Partie non-contestante, ce qui est un moyen d'éclairer les tribunaux dans leur processus décisionnel¹⁵⁴⁸. Il affirmait que « *[i]f the general exception applies, then there is no violation of the Agreement and no State liability. Payment of compensation would therefore not be required.* »¹⁵⁴⁹. Cette interprétation était partagée par la Colombie¹⁵⁵⁰. Dès lors, en vertu de l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne¹⁵⁵¹, l'interprétation concordante des États signataires de l'ALE établissant un accord, certes tacite,

¹⁵⁴³ MATHEWS (R.), DEVITRE (D.), « New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* », *Kluwer Arbitration Blog*, 2022, disponible à : <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/11/new-generation-investment-treaties-and-environmental-exceptions-a-case-study-of-treaty-interpretation-in-eco-oro-minerals-corp-v-colombia/>

¹⁵⁴⁴ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020, §16.

¹⁵⁴⁵ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§829, 831, 836.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, §212 (le tribunal cite les paragraphes pertinents de cette décision).

¹⁵⁴⁷ ALE Canada – Colombie (2008), art.832(1) : « Un tribunal constitué en vertu de la présente section tranche les questions en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international. Une interprétation par la Commission d'une disposition du présent accord lie un tribunal constitué en vertu de la présente section, et toute sentence ou décision rendue en application de la présente section est compatible avec cette interprétation. ».

¹⁵⁴⁸ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Vienne, 2010, A/CN.9/712, §49 ; CNUDCI, *Groupe de travail III, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités*, Note du Secrétariat, Trente-neuvième session, 2020, A/CN.9/WG.III/WP.191, §16.

¹⁵⁴⁹ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020, §16 ; souligné par nous.

¹⁵⁵⁰ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §378.

¹⁵⁵¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, art.31(3)(b) : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...) b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ».

sur l'interprétation et l'application de la clause, devait ainsi être considérée comme une forme de « pratique ultérieure »¹⁵⁵². Celle-ci n'est pas un moyen complémentaire d'interprétation mais bien un moyen authentique¹⁵⁵³ que le Tribunal ne pouvait pas ignorer¹⁵⁵⁴.

Pourtant, en dépit de toutes ces preuves relatives à l'intention des parties, le Tribunal a décidé que la compensation était due, même si l'exception empêchait de qualifier une violation du traité. Il a ainsi balayé, en quelques paragraphes, l'argument du Canada selon lequel la disposition était un "outil additionnel" ou une sorte de "filet de sécurité" de dernier recours, visant à protéger l'exercice par l'État de ses pouvoirs réglementaires¹⁵⁵⁵. En réponse, le Tribunal a seulement réaffirmé que s'il n'est pas interdit à l'État d'adopter des mesures environnementales en vertu de l'exception, celle-ci ne l'exempte pas pour autant de l'obligation de compensation¹⁵⁵⁶. Ainsi, le Tribunal a tout simplement considéré que cet outil était inutile, sans expliquer plus en détails sa décision.

En conclusion, le raisonnement du Tribunal est ici contradictoire et s'écarte du droit international en ce qu'il ne peut y avoir indemnisation sans violation d'une obligation internationale au préalable. En occultant l'exception générale de l'ALE, le raisonnement et le résultat du Tribunal ressemblent fortement à ceux de l'affaire *Bear Creek* et prive une nouvelle fois la clause de son utilité. Le fait de ne pas donner effet à l'exception générale pourrait être compris comme une déclaration implicite selon laquelle cette disposition – l'une des caractéristiques de la plupart des AII de nouvelle génération – est « *effectively irrelevant in investment arbitration* »¹⁵⁵⁷. Le droit d'invoquer une exception générale deviendrait alors illusoire en droit international des investissements.

¹⁵⁵² *V.* en ce sens : S.A. CNUDCI/ALENA, *Canadian Cattlemen for Fair Trade c. États-Unis d'Amérique*, sentence sur la compétence du 28 janvier 2008, §§188-189 ; CIRDI, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (ARB/15/6), décision sur la compétence et l'admissibilité du 13 juillet 2018, pp. 40-41, §§ 158-160 ; S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada* (n° 2009-04), sentence sur les dommages-intérêts du 10 janvier 2019, §§ 376-379 ; CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités*, *op. cit.*, §30 ; ROBERTS (A.), « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation : The Dual Role of States », *A.J.I.L.*, vol.104(2), 2010, p.219.

¹⁵⁵³ YASSEEN (M. K.), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, vol.151, III-1976, p.48.

¹⁵⁵⁴ MATHEWS (R.), DEVITRE (D.), « New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* », *op.cit.*

¹⁵⁵⁵ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020, §20.

¹⁵⁵⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §836.

¹⁵⁵⁷ HEATH (J. B.), « *Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism* », *op. cit.*

Conclusion du Chapitre 7

Jusqu'à présent, les affaires portant sur des clauses d'exception générale ont en commun une prise en compte et une analyse insuffisantes de celles-ci mais, également, une absence de considération pour les affaires antérieures et les débats universitaires. Tandis que les tribunaux s'engagent dans des discussions approfondies sur d'autres aspects des affaires, tels que les concepts d'expropriation indirecte ou de norme minimale de traitement, les discussions et les applications des exceptions générales sont plutôt limitées. Les flexibilités du droit international coutumier sont invoquées pour remplacer des exceptions plus ambitieuses et ces dispositions sont contournées¹⁵⁵⁸. Certes, la tâche qui incombe à un tribunal est celle de régler un différend particulier, mais la discussion sur les questions juridiques en jeu, telle que la clause d'exception générale, est indispensable. Or, comme en atteste l'affaire *Eco Oro*, les arbitres ne se saisissent pas de cette question et vont même jusqu'à l'occulter. Dès lors, il est envisageable que la décision rendue dans cette affaire soit susceptible d'annulation. À ce titre, la décision d'annulation de l'affaire *Sempra Energy c. Argentine* a prouvé que la non-application d'une clause d'exception de sécurité peut être qualifiée d'excès de pouvoir manifeste du tribunal¹⁵⁵⁹. De même, le fait de ne pas interpréter correctement ou de nier tout effet à une clause d'exception générale pourrait équivaloir à un excès de pouvoir manifeste qui pourrait fonder l'annulation de la décision *Eco Oro*¹⁵⁶⁰. De plus, la conclusion du Tribunal sur l'obligation d'indemnisation, même en l'absence d'une violation de l'ALE, déduite de l'absence de formulation contraire dans le texte de l'exception, pourrait être qualifiée de défaut de motivation¹⁵⁶¹. Enfin, il aurait été intéressant de voir appliquée l'approche proposée par le Canada dans sa soumission de Partie non-contestante. Le Tribunal aurait pu examiner la pertinence d'importer l'approche suivie par les organes de jugement de l'OMC en droit international des investissements, et déterminer si cela est réalisable et dans quelle mesure.

José E. Alvarez se demandait : « *[i]f (...) international investment law is driven by the jurisprudence produced by investment arbitrators, does that provide a firewall to protect*

¹⁵⁵⁸ ALSCHNER (W.), « From a Backlash Against Investment Arbitration to a Backlash by Investment Arbitrators? », *op. cit.*

¹⁵⁵⁹ CIRDI, *Sempra c. Argentine*, décision sur l'annulation du 29 juin 2010, §§165, 209 ; v. également CIRDI, *Enron c. Argentine*, décision sur la demande d'annulation du 30 juillet 2010, §405.

¹⁵⁶⁰ WAGNER (K.), *op. cit.*, p.111.

¹⁵⁶¹ HEATH (J. B.), « *Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism* », *op. cit.*

foreign investors against [treaty] trends in favor of “re-balancing”? »¹⁵⁶². Plus d’une décennie plus tard, la réponse serait positive. Les interprétations des dispositions conventionnelles visant à protéger le droit de réglementer de l’État produisent les mêmes résultats que celles des traités qui n’en contiennent pas¹⁵⁶³. Ainsi, les décisions arbitrales relatives aux clauses d’exception générale montrent qu’en dépit de la rédaction minutieuse des États et la clarification de leurs intentions, l’interprétation discrétionnaire des arbitres représente toujours un risque que celles-ci soient ignorées. Ce constat est dévastateur compte tenu des promesses et des attentes d’évolution suscitées par les nouveaux traités. À cet égard, la dernière décision rendue en la matière, *Eco Oro c. Colombie*, est préoccupante et atteste de la nécessité d’une réforme en profondeur du droit international des investissements. Répondre aux préoccupations relatives à l’autonomie réglementaire des États qui hantent le droit international des investissements suppose une réforme systémique. Toutefois, considérant la difficulté d’un tel enjeu, la réflexion quant à des actions et solutions à court-terme pour tenter de limiter ce type d’interprétation dans le futur reste nécessaire.

¹⁵⁶² ALVAREZ (J. E), « The Return of the State », *op. cit.*, p. 241.

¹⁵⁶³ ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform...*, *op. cit.*, p.6.

CHAPITRE 8

LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT

La multiplication des dispositions relatives au droit de réglementer dans les traités d'investissement et les variations rédactionnelles des exceptions générales d'ordre public par rapport à celle, plus classique, issue du droit de l'OMC sont, lorsque l'on met en perspective le développement du droit international des investissements, des phénomènes récents.

Ces stratégies sont suivies par des États, comme ceux d'Amérique latine, qui non seulement ont à cœur de préserver leur droit de réglementer dans le cadre des investissements mais qui semblent également souhaiter, au risque d'imperfections, que le changement de paradigme qui anime le droit international des investissements s'accélère.

Les obstacles théoriques rencontrés par les clauses d'exception générale d'ordre public n'ont, pour le moment, pas été déjoués par les rares sentences arbitrales qui ont eu à examiner leur applicabilité à des réglementations d'intérêt public affectant des investissements. Il apparaît nécessaire de concevoir dans quelle mesure la formulation des clauses pourrait être adaptée afin de répondre aux interrogations qu'elles soulèvent. Cela suppose au préalable de démêler certaines des controverses relatives aux exceptions générales d'ordre public, au premier rang desquelles figurent la position de l'exception par rapport à la manifestation de la doctrine des *police powers* dans les dispositions relatives à l'expropriation indirecte et la conception de l'exception comme mécanisme libérant l'État de son obligation d'indemniser l'investisseur lésé du fait de sa réglementation (**Section 1**). La conceptualisation des modifications qui pourraient être apportées à la clause d'exception générale d'ordre public dans les traités d'investissement permet alors de refléter ces enjeux (**Section 2**). Les ajustements proposés ont pour but d'ouvrir la discussion sur la rédaction des clauses, qui pourraient faire preuve davantage de clarté et établir expressément un standard d'examen applicable à leur interprétation.

Section 1. Les exceptions générales d'ordre public, une affaire complexe en droit international des investissements

Les tentatives d'accroître l'espace réglementaire des États par l'insertion d'exceptions générales d'ordre public dans leurs traités d'investissement ont suscité des réactions mitigées. La synthétisation des critiques et des contre-arguments au soutien de ce mécanisme de protection du droit de réglementer de l'État amène à observer que ceux-ci rejoignent à certains égards les incertitudes des sentences arbitrales. La fonction des exceptions générales est vivement remise en question (§1). Leur formulation ne permettrait pas de tenir compte de façon souple et élargie de l'ensemble des intérêts publics que l'État aurait à cœur de protéger. En outre, elles entreraient en concurrence avec les autres dispositions du traité qui permettraient déjà d'assurer l'équilibre des intérêts dans le balancier État-investisseur. Les divergences se centralisent également sur les conséquences attendues de l'application de l'exception générale (§2). Le dogme libéral sur lequel s'est construit le droit international des investissements s'oppose alors à l'interprétation de l'effet utile de l'exception générale. Si certains des risques soulevés par les auteurs sont surestimés, ils permettent néanmoins de mettre en exergue l'importance d'une rédaction soignée des exceptions conventionnelles.

§1. La remise en cause de l'utilité de l'exception générale d'ordre public

L'intégration des exceptions générales dans les traités d'investissement suscite des divergences quant à leur nécessité au regard du risque de la limitation de la liberté réglementaire de l'État (A) et du risque de redondance des clauses (B).

A. Le risque de la limitation de la liberté réglementaire de l'État

Si certains auteurs redoutent les recours abusifs aux exceptions générales d'ordre public, la majorité d'entre eux craint qu'elles n'apportent pas davantage de souplesse que n'en donne déjà

la jurisprudence actuelle par le biais de la doctrine des *police powers*¹⁵⁶⁴, ou que leurs listes exhaustives d'objectifs autorisés et leurs prescriptions soi-disant "extra-strictes" puissent même limiter l'espace réglementaire existant de l'État¹⁵⁶⁵. Pour d'autres, « ces risques sont exagérés »¹⁵⁶⁶.

Le premier inconvénient soulevé est celui de la liste exhaustive des intérêts particuliers couverts par la clause. Les exceptions énumèrent un ensemble limité d'objectifs tandis que, selon l'approche jurisprudentielle développée par l'interprétation des obligations substantielles des AII, les tribunaux sont libres de prendre en compte tout type de justification politique. Ainsi, l'énumération exhaustive des objectifs limiterait la marge d'appréciation des arbitres à certains intérêts, les empêchant de considérer des politiques publiques comme étant couvertes par l'exception. La liberté réglementaire de l'État se verrait ainsi être réduite aux seuls objectifs prévus par la disposition¹⁵⁶⁷. À l'inverse, une liste non-exhaustive permettrait aux tribunaux arbitraux de considérer n'importe quel intérêt public comme étant légitime¹⁵⁶⁸.

Le deuxième inconvénient porte sur l'obligation qui serait faite aux arbitres de suivre un standard d'examen déterminé, ce qui les empêcherait de faire preuve de souplesse. Les exceptions générales d'ordre public viendraient alors perturber l'équilibre des intérêts qui serait déjà assuré par le droit des investissements, notamment lorsque des préoccupations d'intérêt public ont déjà été incorporées dans l'interprétation d'obligations primaires d'investissement¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁴ V. par ex., NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, pp.355, 369-370.

¹⁵⁶⁵ V. par ex., LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.364 ; GEHRING (M. W.), KENT (A.), *op. cit.*, p.293 ; NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.279.

¹⁵⁶⁶ SABANOGULLARI (L.), « Le bien-fondé... », *op. cit.*, p.4.

¹⁵⁶⁷ V. LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), *op. cit.*, pp.352-354, 354-356, 361-362 ; LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, pp.364-367 ; NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, pp.355, 366-369 ; DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), *op. cit.*, pp.82-83 ; CHAISSE (J.), « Exploring the Confines of International Investment and Domestic Health Protections: Is a General Exceptions Clause a Forced Perspective? », *American Journal of Law and Medicine*, 2013, vol.39(2-3), pp.343, 354 : « The customary international law doctrine of police powers limits the list of legitimate purposes to public order, morals, and health. ».

¹⁵⁶⁸ LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.365 ; NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, pp.366-368 ; DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), *op. cit.*, pp.77, 82-83 ; NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.278 (qui considère que cette omission s'explique par une jurisprudence arbitrale qui permet déjà d'équilibrer les intérêts publics et privés.).

¹⁵⁶⁹ NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.277.

Toutefois, il serait erroné d'affirmer que les tribunaux arbitraux tiennent systématiquement compte des préoccupations non-économiques et sont parvenus à instaurer un équilibre des intérêts en présence dans le contentieux État-investisseur. Au contraire, le droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public n'a que très rarement réussi à être pris en compte au même titre que la protection de l'investissement. De fait, les normes des traités d'ancienne génération n'ont pas été élaborées en ce sens et il est délicat de déceler dans ces traités des références au droit de réglementer de l'État ou à des préoccupations particulières d'intérêt public. Tandis que les exceptions générales garantissent davantage de certitude et de prévisibilité juridiques¹⁵⁷⁰, la souplesse alléguée de la jurisprudence actuelle est en réalité tant discrétionnaire qu'incohérente d'un tribunal à l'autre. Les exceptions pourraient ainsi freiner « *a rogue tribunal that is unwilling to follow a rigorous jurisprudential technique that properly balance investment protection with legitimate regulatory intervention* »¹⁵⁷¹ et faire obstacle à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des arbitres¹⁵⁷².

L'intérêt d'une exception générale d'ordre public tient, en premier lieu, à son champ d'application. L'exception s'applique à l'ensemble du traité et à l'ensemble des normes substantielles relatives à la protection de l'investissement. De plus, l'énumération des intérêts publics n'implique pas automatiquement une restriction des politiques publiques qui pourraient être justifiées par l'exception. Pourtant, la liste pourrait être formulée avec précision et conduire, au contraire, à accorder une plus grande liberté réglementaire à l'État. Cette liste permettrait alors de contribuer à une meilleure sécurité juridique. Elle pourrait en effet, donner aux États les moyens de veiller à ce que les arbitres tiennent compte de ces objectifs de manière effective et, aux investisseurs étrangers de l'appréhender « dans le calcul du coût de l'investissement des risques liés à une mesure défavorable éventuellement adoptée par un État dans les domaines politiques couverts par l'accord, pour prendre la décision d'investir ou non »¹⁵⁷³.

En outre, par analogie avec l'exception générale du droit de l'OMC, les objectifs d'intérêt public explicitement mentionnés dans la clause ne limitent pas l'espace réglementaire de l'État. À cet égard, la liste d'objectifs non-économiques visée par l'article XX du GATT, initialement

¹⁵⁷⁰ KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, op. cit., pp.180-183 ; KEENE (A.), op. cit., pp.87-90 ; SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé... », op. cit., p. 4.

¹⁵⁷¹ KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, op. cit., p.183.

¹⁵⁷² KEENE (A.), op. cit., p. 89.

¹⁵⁷³ SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé... », op. cit., p.4.

analysée limitativement et, reflétant les préoccupations prépondérantes au cours des années 1940 a, par la suite, été interprétée plus largement¹⁵⁷⁴.

Corrélativement, bien que la liste soit exhaustive, aucun État dans le cadre des affaires portées devant l'OMC n'a eu recours à l'exception sans que sa mesure ne corresponde à l'un des objectifs visés¹⁵⁷⁵. Au contraire, dans le cadre du droit des investissements, en l'absence d'une formulation claire du traité, les tribunaux n'ont toujours pas pris en compte le droit de réglementer de l'État et ce, de manière appropriée

Le risque de limitation de l'espace réglementaire de l'État à l'instar de celui du recours abusif à l'exception, doivent également être relativisés. D'une part, les exceptions générales s'appliquent lorsqu'une violation est *a priori* avérée. Tant que cette présomption de violation n'est pas établie, l'impact des exceptions sur l'interprétation des obligations substantielles du traité est limité, bien qu'elles fassent partie du contexte interprétatif pertinent¹⁵⁷⁶. D'autre part, les exceptions ne constituent pas un blanc-seing à toute réglementation d'intérêt public susceptible d'interférer avec la propriété privée étrangère. Elles fixent un ensemble de conditions qui, selon la formulation de la disposition, peuvent être plus ou moins souples, mais sont gages d'une prévention de l'abus de droit.

La comparaison des taux moyens d'insertion de ces références dans l'ensemble des AII conclus dans le monde et par les pays d'Amérique latine dénote la volonté de garantir une assise conventionnelle au droit de réglementer. La stratégie de multiplication des références à ce droit dans les traités a été prise à bras le corps par des États éprouvés de leurs expériences passées dans le cadre de leurs litiges relatifs au droit des investissements¹⁵⁷⁷.

Les exceptions générales présentent l'avantage, au regard de la liberté réglementaire de l'État, d'être appuyées dans certains traités de nombreuses références au droit de réglementer. Celles-ci peuvent permettre de guider l'interprétation des normes de traitement de

¹⁵⁷⁴ HOEKMAN (B.), MAVROIDIS (P. C.), NELSON (D. R.) (dir), *Non-economics Objectives, Globalisation and Multilateral Trade Cooperation*, Centre For Economic Policy Research, Robert Schuman Centre, 2023, p.38, disponible à : <https://cepr.org/system/files/publication-files/189926-non-economic-objectives-globalisation-and-multilateral-trade-cooperation.pdf>

¹⁵⁷⁵ *Idem*.

¹⁵⁷⁶ KEENE (A.), *op. cit.*, p.88.

¹⁵⁷⁷ V. Annexes, Figure 6(C).

l'investissement dans l'opération de qualification d'une violation *prima facie* du traité. Il semble évident que l'intention affichée des États est de parvenir à une évolution du paradigme du droit des investissements tenant compte du droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public, ainsi qu'à la promotion des investissements respectueux des préoccupations extra-économiques. Cette intention s'accompagne de leur volonté de trouver des mécanismes permettant de circonscrire la marge d'appréciation des arbitres quant à leur liberté réglementaire pour les astreindre à prendre en considération ces préoccupations. Enfin, il convient de souligner, et c'est bien là leur avantage essentiel, que les exceptions générales d'ordre public sont juridiquement contraignantes, à la différence de la doctrine des *police powers* et de l'ensemble des autres références au droit de réglementer. Dès lors, si l'exception s'applique, l'État ne sera pas tenu d'indemniser l'investisseur lésé. Néanmoins, cette absence d'indemnisation est l'élément qui cristallise les divergences.

B. Le risque de la redondance

L'incorporation d'une exception générale, lorsque le traité prévoit déjà une exception spécifique à l'expropriation indirecte, serait superflue. Si on considère que ces deux exceptions doivent s'appliquer de manière séquentielle, cela entraînerait l'application de conditions relativement similaires. De plus, si une mesure relève déjà d'une exception spécifique à l'expropriation indirecte, l'application successive d'une clause d'exception générale ne semblerait pas nécessaire. Dans l'hypothèse où la mesure contestée ne répondrait pas aux conditions établies par l'exception spécifique, il est avancé qu'il est peu probable qu'elle réunisse celles imposées par l'exception générale¹⁵⁷⁸. Certains avancent également que ce raisonnement s'étend aux autres normes de traitement de l'investissement du traité, relatives au traitement national ou au traitement juste et équitable. En effet, si la mesure contestée contrevient à ces normes, il peut être supposé qu'elle ne répondrait pas à l'exigence de non-discrimination du paragraphe introductif de l'exception générale d'ordre public¹⁵⁷⁹.

Toutefois, les organes de règlement de l'OMC ont clairement établi qu'une mesure pouvait contrevenir à la norme substantielle de non-discrimination sans que cela n'emporte la

¹⁵⁷⁸ LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.367-369 ; LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), *op. cit.*, pp.361-362.

¹⁵⁷⁹ CHAISSE (J.), *op. cit.*, p.357 ; NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, pp.368-369 ; LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), *op. cit.*, p.355-356.

présomption de son application discriminatoire. Le sens ordinaire des termes du chapeau de l'article XX du GATT indique qu'une discrimination pourrait être considérée comme « justifiable ». Néanmoins, cela suppose, à l'instar du droit de l'OMC, que la notion de « non-discrimination arbitraire ou injustifiable » soit appréhendée comme étant liée à l'application de bonne foi d'une mesure d'intérêt public et non à la discrimination initiale fondée sur la nationalité¹⁵⁸⁰.

La question du chevauchement de l'exception spécifique relative à l'expropriation indirecte et de l'exception générale d'ordre public ne doit pas conduire à considérer cette dernière comme superfétatoire. D'une part, le champ d'application de l'exception générale s'étend à l'ensemble des dispositions du traité : elle permet de ne pas laisser des mesures qui relèveraient d'autres normes substantielles que celle de l'expropriation indirecte sans défense effective¹⁵⁸¹. D'autre part, elle permettrait de couvrir des domaines politiques, des secteurs d'activité, des réglementations dont l'exclusion n'aurait pas été prévue lors de la négociation des traités¹⁵⁸². L'exception générale permettrait ainsi de tenir compte des évolutions socio-économiques qui conduisent les États à renforcer le niveau de protection de certains intérêts publics, en adoptant des mesures susceptibles d'affecter indirectement les investissements.

Par ailleurs, il a été suggéré que la relation entre la clause d'exception générale et l'annexe relative à l'expropriation indirecte soit abordée sous l'angle de la résolution des conflits de normes en droit international, présupposant alors une définition large d'un tel conflit. L'exception générale et le paragraphe de l'annexe, codifiant la doctrine des *police powers*, appréhendé comme une exception spécifique, constitueraient deux normes concurrentes. Chacune d'elles opèrerait comme une autorisation allouée à l'État d'agir dans l'intérêt public, mettant en échec la qualification de la violation *a priori* du traité. Ainsi, l'interaction entre ces deux exceptions serait résolue en appliquant l'exception spécifique à l'expropriation indirecte comme *lex specialis*. Les tribunaux arbitraux ont progressivement considéré que l'« exception

¹⁵⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – États-Unis) / É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – Mexique II)*, §6.288 : « l'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable au titre du texte introductif de l'article XX (...) est la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas [dudit article], ou si elle est rationnellement liée à cet objectif. ». V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Essence*, p.25 ; Rapport du Groupe spécial, *CE – Amiante*, §8.227.

¹⁵⁸¹ KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, op. cit., pp.178-179.

¹⁵⁸² *Idem*.

spécifique » de l'annexe codifiait la doctrine des *police powers*¹⁵⁸³. Toutefois, à partir de cette considération, les sentences récentes n'ont pas permis de clarifier la relation entretenue avec l'exception générale. Le Tribunal de l'affaire *Copper Mesa* a considéré qu'il s'agissait de moyens de défense distincts qui pouvaient être appliqués conjointement¹⁵⁸⁴ ; ce point n'est pas sans rappeler les confusions entre l'exception de sécurité et l'état de nécessité du droit international coutumier. Les arbitres de l'affaire *Bear Creek* ont de leur côté analysé la relation entre l'annexe et l'exception générale sous l'angle du conflit de normes, qu'ils ont établi de façon artificielle. Néanmoins, ils n'ont pas considéré que l'« exception spécifique » de l'annexe relative à l'expropriation indirecte était la *lex specialis*. En raison de sa codification d'une règle coutumière, elle échappait, selon eux, à cette qualification. Dès lors, l'exception générale devait être considérée comme étant la *lex specialis*¹⁵⁸⁵.

Enfin, le Tribunal de l'affaire *Eco Oro* a qualifié l'exception générale de disposition « permissive », permettant d'adopter et d'appliquer des mesures sans que cela ne constitue une violation du traité, tout en exigeant une compensation¹⁵⁸⁶. La relation entre l'annexe et l'exception générale n'a pas été examinée plus en amont considérant que les actions et omissions de l'État défendeur n'ont pas reçu la qualification d'expropriation indirecte, en application de l'exception spécifique de l'annexe. Néanmoins, dans le cadre de son argumentation relative à la question de l'indemnisation en cas d'application de l'exception générale, le Tribunal a toutefois souligné que l'exception générale et l'exception spécifique relative à l'expropriation indirecte pourraient représenter un conflit de normes¹⁵⁸⁷.

L'appréhension de la relation entre l'annexe sur l'expropriation indirecte et l'exception générale pourrait être éclaircie si l'on considère qu'elles interviennent à des stades différents : l'exception spécifique de l'annexe à celui de l'opération de qualification de l'existence d'une expropriation indirecte et, l'exception générale à celui de la justification d'une violation *a priori*. En ce sens, il a été soulevé, à propos du paragraphe pertinent de l'annexe, que : « *such clarification clauses do not constitute an exception to the treaty or to the expropriation*

¹⁵⁸³ V. CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§625-626 ; CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, sentence du 8 juillet 2016, §§300-301 ; PIROTE (A.), TITI (C.), *op. cit.*, p.23.

¹⁵⁸⁴ S.A. CNUDCI/CPA, *Copper Mesa c. Équateur*, sentence du 15 mars 2016, §6.58.

¹⁵⁸⁵ CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, sentence du 30 novembre 2017, §§473-474.

¹⁵⁸⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §§829-830.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*, §831.

provision. They are meant to serve merely as guidance in the assessment of whether a measure constitutes an indirect expropriation. »¹⁵⁸⁸. De même, dans l'affaire *Spence*, les États-Unis ont indiqué dans leur communication au titre de Partie non-contestante que la disposition : « *is not an exception but is rather intended to provide tribunals with additional guidance in determining whether an indirect expropriation has occurred.* »¹⁵⁸⁹. Enfin, dans l'affaire *Eco Oro*, le Canada a indiqué dans une communication similaire, que l'annexe : « *is meant to reflect customary international law with respect to "indirect expropriation". It does not constitute an exception that applies after an expropriation has been found but is a recognition that the exercise of police powers does not engage State responsibility.* »¹⁵⁹⁰. Puis, le Canada a cherché à expliciter la relation entre l'annexe et l'exception générale, qualifiant cette dernière d'outil supplémentaire, de « filet de sécurité » permettant de préserver le droit de réglementer de l'État¹⁵⁹¹. De fait, il serait rare¹⁵⁹² de trouver une mesure réglementaire poursuivant un intérêt public légitime qui devrait être justifiée par l'exception générale, considérant que l'annexe devrait permettre que l'expropriation indirecte ne soit pas qualifiée¹⁵⁹³. De plus, le Canada estime que les dispositions appellent des examens différents¹⁵⁹⁴.

Malgré ces indications, aucun État ni Tribunal n'a, à ce jour, présenté une démonstration qui permette de résoudre toutes les interrogations soulevées par l'interaction entre ces dispositions ; les points de vue divergents continuent de s'opposer au sein de la communauté des juristes. Au-delà de ces défis interprétatifs, la question de l'existence ou non d'une obligation d'indemnisation en cas d'application de la clause d'exception générale demeure et est source de débats.

¹⁵⁸⁸ UNCTAD, *Expropriation. Series on Issues in International Investment Agreements II*, op. cit., p.88.

¹⁵⁸⁹ CIRDI, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) c. République du Costa Rica* (UNCT/13/2), sentence provisoire sur la compétence du 25 octobre 2016, §161.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, §11, note 14.

¹⁵⁹¹ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020, §20.

¹⁵⁹² Le choix de cette formulation (en anglais, « *rarely* ») semblerait indiquer que l'exception générale pourrait avoir vocation à s'appliquer dans les « rares cas » prévus par la disposition.

¹⁵⁹³ *Idem.*

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, §21.

§2. La centralisation des divergences autour de la question de l'indemnisation

Selon la définition du droit de réglementer dans le contexte des investissements, lorsque celui-ci existe, aucune indemnisation n'est due¹⁵⁹⁵. Toutefois, cette affirmation n'est pas reprise par les rares sentences qui ont eu l'occasion de se prononcer à ce propos. Au contraire, les tribunaux ont adopté des raisonnements se fondant sur les règles applicables en cas d'excuse coutumière pour soutenir qu'elle était due (A). De plus, l'absence d'indemnisation ou non en cas d'application de l'exception générale ne fait pas l'objet d'un consensus au sein de la communauté des juristes (B).

A. Le risque de l'amalgame avec les règles applicables en cas d'excuse coutumière

Malgré l'application de l'exception générale, aux termes de ses conclusions, le Tribunal de l'affaire *Eco Oro* s'est appuyé sur les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État¹⁵⁹⁶. Cela conduit à s'interroger quant au maintien d'une circonstance excluant l'illicéité qui aurait le même effet que le maintien d'une exception conventionnelle en matière d'indemnisation. En vertu des Articles de la CDI, la question de l'indemnisation en cas de confirmation d'une circonstance excluant l'illicéité reste ouverte. Selon l'article 27 :

« L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice :

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus ;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question. »¹⁵⁹⁷.

L'article 27 est décrit comme une « clause « sans préjudice » » dans la mesure où, s'agissant de la question de l'indemnisation, « il n'est pas possible de préciser de manière générale à quel

¹⁵⁹⁵ V. par ex., TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *op. cit.*, p.77 ; SABANOULLARI (L.), *General Exception Clauses in International Investment Law: the recalibration of investment agreements via WTO-based flexibilities*, éd. Nomos, Baden-Baden, 2018, p.40. V. également PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.489.

¹⁵⁹⁶ CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021, §835.

¹⁵⁹⁷ C.D.I., *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, *op. cit.*, p.91, article 27. V. également, CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *op. cit.*, §48 : « [l']état de nécessité ne dispenserait pas [la Hongrie] de devoir dédommager son partenaire. » ; CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §392 ; CIRDI, *Enron c. Argentine*, sentence du 22 mai 2007, §345 ; REINISCH (A.), « Necessity in International Investment Arbitration... », *op. cit.*, pp.207-208.

moment l'indemnisation doit être versée. »¹⁵⁹⁸. La disposition est silencieuse sur cette question et ne fait qu'énoncer : « une réserve au sujet de l'indemnisation éventuelle des dommages dans les cas visés par le chapitre V [circonstances excluant l'illicéité] »¹⁵⁹⁹. Comme le souligne James Crawford :

*« In other words, it contemplates that sometimes a state relying on a circumstance to preclude the wrongfulness of an act may nonetheless be expected to make good any material loss suffered by a state affected by that act. »*¹⁶⁰⁰.

Par conséquent, cette forme d'indemnisation opère différemment de celle qui est due dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite¹⁶⁰¹. L'histoire de l'adoption de cette clause « sans préjudice » révèle que la nécessité ou non de réparer un préjudice matériel peut dépendre de la circonstance invoquée pour exclure l'illicéité¹⁶⁰². Le commentaire de la CDI indique alors : « Il appartiendra à l'État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité de s'entendre avec les États atteints sur le versement éventuel d'indemnités et le montant de celles-ci en l'espèce. »¹⁶⁰³.

Dans l'affaire *CMS*, le Tribunal a estimé que l'argument de l'état de nécessité « *may preclude the wrongfulness of an act, but it does not exclude the duty to compensate the owner of the right which had to be sacrificed* »¹⁶⁰⁴. Toutefois, cette conclusion a été critiquée par le Comité *ad hoc* qui s'est prononcé sur la demande d'annulation de l'Argentine¹⁶⁰⁵. Le Comité a notamment relevé que le Tribunal s'était appuyé sur les Articles de la CDI relatifs à la responsabilité internationale de l'État alors qu'il aurait dû examiner la question de l'indemnisation au titre du traité, si les mesures contestées entraient dans le champ d'application de l'exception de

¹⁵⁹⁸ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.91, Commentaire sous l'article 27, §1.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, §4.

¹⁶⁰⁰ CRAWFORD (J.), *State Responsibility...*, *op. cit.*, p.318.

¹⁶⁰¹ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, pp.91-92, Commentaire sous l'article 27, §§4-6.

¹⁶⁰² CRAWFORD (J.), *State Responsibility...*, *op. cit.*, pp.318-319.

¹⁶⁰³ C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.92, Commentaire sous l'article 27, §6.

¹⁶⁰⁴ CIRDI, *CMS c. Argentine*, sentence du 12 mai 2005, §388. Le Tribunal de l'affaire *South American Silver* a exprimé la même affirmation, v. S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *South American Silver Limited c. Bolivie* (n°2013-15), sentence du 30 août 2018, §620 : « (...) *the invocation of this defense does not preclude the payment of compensation by the State for the damages effectively resulting from acts attributable to it* ».

¹⁶⁰⁵ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §§144-150. Cette décision fait preuve d'autorité juridique, en raison de la composition du comité qui comprenait notamment l'ancien président de la CIJ, Gilbert Guillaume, et l'ancien rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, James R. Crawford, v. LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *op. cit.*, p.491.

sécurité¹⁶⁰⁶. Dans la mesure où cette exception s'appliquait, elle excluait « *the operation of the substantive provisions of the BIT. That being so, there could be no possibility of compensation being payable during that period.* »¹⁶⁰⁷. Ensuite, le Comité a considéré que le Tribunal ayant, en tout état de cause, rejeté la défense fondée sur l'état de nécessité, l'article 27 « *was not applicable and the paragraphs relating to that Article were obiter dicta which could not have any bearing on the operative part of the Award.* »¹⁶⁰⁸.

L'article 27 n'a vocation à s'appliquer que lorsque l'une des circonstances excluant l'illicéité est retenue, et non lorsqu'elle est écartée. Dans ce cas, il conviendrait de se tourner vers l'article 34 des Articles de la CDI, lequel prévoit l'allocation d'une réparation en cas de fait internationalement illicite¹⁶⁰⁹. Par ailleurs, le Comité *ad hoc* a souligné, ce qui ne semblait pas clair dans la sentence : « *Article 27 itself is a 'without prejudice' clause, not a stipulation. It refers to 'the question of compensation' and does not attempt to specify in which circumstances compensation could be due* »¹⁶¹⁰.

En conséquence, la référence aux Articles de la CDI dans l'affaire *Eco Oro* ne semble pas être d'un grand secours, l'excuse de l'état de nécessité étant sans préjudice de la question de l'indemnisation. En outre, le maintien de l'obligation d'indemnisation en cas d'application d'une exception générale, tout comme en cas d'excuse coutumière, soulèverait la question, au regard du droit de réglementer de l'État dans le contexte particulier des investissements, de l'effectivité de ce droit. Par ailleurs, l'argumentation du Tribunal de l'affaire *Eco Oro* ne devrait pas être suivie en ce qu'en application de l'exception générale, il a jugé que les mesures contestées ne constituaient pas une violation du traité¹⁶¹¹. Or, l'indemnisation, comme

¹⁶⁰⁶ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §146.

¹⁶⁰⁷ *Idem.*

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, §145

¹⁶⁰⁹ V. C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.101, Article 34 : « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre. ». V. également, CRAWFORD (J.), *State Responsibility*, *op. cit.*, pp.480-505 (« Chapter 15. Reparation »).

¹⁶¹⁰ CIRDI, *CMS c. Argentine*, décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007, §147.

¹⁶¹¹ V. HEATH (J. B.), « The New National Security Challenge to the Economic Order », *Yale Law Journal*, 2020, vol.129(4), pp.1020-1098.

mécanisme de réparation en droit international public, suppose préalablement un acte illicite¹⁶¹².

B. L'obligation d'indemnisation, une question en suspens

La principale critique émise à l'encontre des exceptions générales d'ordre public n'est autre que celle de la privation apparente des protections dont les investisseurs bénéficieraient en droit international coutumier, notamment la protection relative à l'indemnisation de leur préjudice.

La question de l'absence d'indemnisation en cas d'application d'une clause d'exception générale se pose à l'égard de toutes les normes de protection mais, plus particulièrement, pour les normes qui exigent intrinsèquement une compensation, telles que les dispositions relatives à l'expropriation. Certains auteurs doutent alors que la formulation, inspirée de l'article XX du GATT, selon laquelle « aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie d'adopter ou d'appliquer les mesures nécessaires (...) », exempterait l'État de l'obligation d'indemnisation en cas d'expropriation, en ce que : « *[i]t would be surprising if, by effect of general exceptions, parties to IIAs intended to provide less protection to foreign investors than that accorded under customary international law* »¹⁶¹³.

Le maintien de l'obligation de l'indemnisation trouverait ici sa justification dans la conception fondamentalement libérale de la propriété privée qui se reflète, par ailleurs, dans les systèmes juridiques nationaux d'un grand nombre d'États. De fait, le principe selon lequel toute expropriation ne peut être caractérisée comme licite, qu'à la condition qu'elle soit compensée par l'État, est profondément ancré dans la coutume internationale et dans les accords d'investissement. Ces accords se sont notamment développés en vue de protéger les investisseurs dans ces situations. De plus, l'absence de formulation claire excluant l'obligation d'indemnisation dans la clause d'exception générale signifierait *a contrario* qu'elle est maintenue. Enfin, il conviendrait de prendre appui sur le commentaire de l'Accord multilatéral

¹⁶¹² C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *op. cit.*, p.101, Article 34.

¹⁶¹³ NEWCOMBE (A.), « General Exceptions... », *op. cit.*, p.369 ; SPEARS (S.), *op. cit.*, p.1064. De même, Céline Lévesque soutient qu'il serait surprenant que les États, par l'inclusion d'exceptions générales dans leurs traités d'investissement, « *meant to provide their investors less protection than what is provided by customary international law* », v. LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », *op. cit.*, p.368.

sur l'investissement qui renseigne que l'exception générale ne doit pas remettre en cause la garantie absolue d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation, bien que certaines délégations aient exprimé des doutes pour certains contextes d'urgences ou de conflits¹⁶¹⁴.

Cependant, certains auteurs soutiennent, au contraire, que l'indemnisation n'est pas due si l'exception générale s'applique, considérant qu'il s'agit expressément de l'effet du mécanisme¹⁶¹⁵. Comme le souligne à ce propos Levant Sabanogullari :

*« As long as the contested measure falls under the listed exceptions and fulfills all other prerequisites of the clause, the host State is relieved from the duty to pay compensation for the violation of any or most substantive IIA disciplines. »*¹⁶¹⁶.

L'exclusion de l'indemnisation reposerait sur la nature de l'exception conventionnelle au regard du droit international coutumier. La clause d'exception générale serait une règle conventionnelle opérant comme une *lex specialis* face à l'obligation coutumière d'indemnisation¹⁶¹⁷. Tandis que le droit international coutumier accorde aux investisseurs étrangers des garanties sur leur droit général à la compensation, le traité d'investissement lui donne les moyens de sa mise en œuvre et un accès direct au mécanisme de règlement des différends pour le revendiquer¹⁶¹⁸.

De plus, toute interprétation déductive de l'absence de formulation visant à exclure l'indemnisation est rejetée, au risque d'être contraire, tant à l'intention des rédacteurs du traité qu'au principe de l'effet utile¹⁶¹⁹. Au surplus, l'intégration des règles coutumières relatives à la réparation en droit de la responsabilité internationale de l'État conduit à un amalgame¹⁶²⁰. L'exception générale s'applique lorsque la violation du traité est constatée *a priori*, puis si l'exception échoue, la responsabilité internationale de l'État se trouve engagée et l'opportunité des excuses coutumières intervient. Ainsi, la présomption, telle qu'exprimée par le Tribunal de

¹⁶¹⁴ OCDE, *Accord Multilatéral sur l'Investissement. Commentaire du texte consolidé...*, op. cit., p.42.

¹⁶¹⁵ SABANOULLARI (L.), *General Exception Clauses in International Investment Law...*, op. cit., p.40 ; TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, op. cit., p.171 ; LESTER (S.), « L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales : l'exemple australien », *IISD – Investment Treaty News*, vol.5(2), 2014, p.9. V. également, PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), op. cit., p.489.

¹⁶¹⁶ SABANOULLARI (L.), *General Exception Clauses in International Investment Law...*, op. cit., p.40.

¹⁶¹⁷ V. KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, op. cit., p.186 ; KEENE (A.), op. cit., p.85. ; SABANOULLARI (L.), *General Exception Clauses in International Investment Law...*, op. cit., p.292.

¹⁶¹⁸ V. TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, op. cit., p.181.

¹⁶¹⁹ Pour une position contraire quant à l'effet utile de la disposition, v. LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs... », op. cit., p.368.

¹⁶²⁰ WAGNER (K.), op. cit., p.115.

l'affaire *Eco Oro*, selon laquelle une exception générale ne dispense pas de l'obligation d'indemnisation, prive la clause de tout son sens.

L'indemnisation devrait ainsi être considérée, non comme un droit absolu mais comme une assurance que toute interférence à la propriété privée ne soit permise que dans la limite où le bénéfice des réglementations d'intérêt public est plus conséquent que le préjudice indirectement occasionné à une atteinte économique individuelle. De fait, l'exclusion de l'indemnisation pourrait s'avérer nécessaire pour permettre aux États d'atteindre le niveau de protection souhaité pour certains objectifs politiques. L'obligation d'indemnisation aurait ainsi vocation à limiter les abus des États. Par ailleurs, l'exclusion de l'indemnisation pourrait avoir un effet dissuasif sur les réclamations des investisseurs contre une réglementation légitime, impossible à mesurer au demeurant, qui permettrait, par ricochet, de limiter le risque de frilosité réglementaire¹⁶²¹.

La question du maintien ou non de l'indemnisation dans le cadre de l'application d'une exception générale, notamment lorsque la mesure justifiée serait qualifiée d'expropriation indirecte, anime les divergences autour de l'intérêt d'intégrer de telles dispositions dans les AII. Néanmoins, l'élaboration de conditions d'application de la clause permettant de limiter toute manœuvre abusive de l'État, autant qu'une indication textuelle des rédacteurs du traité quant à l'effet voulu de l'exception, pourraient amener des éléments de réponse.

¹⁶²¹ V. KEENE (A.), *op. cit.*, p. 90 ; KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, *op. cit.*, p.182.

Section 2. L'amélioration des exceptions générales d'ordre public dans le cadre du droit des investissements, quelle conceptualisation ?

Au regard de la volonté des États de protéger leur droit de réglementer dans l'intérêt public, par le biais de dispositions juridiquement contraignantes, l'importation de l'exception générale issue du droit de l'OMC est apparue *prima facie* comme la solution la plus appropriée. Néanmoins, il convient d'observer dans quelle mesure l'invocation de l'article XX du GATT a pu aboutir à justifier une réglementation légitime dans le cadre de l'OMC.

De 1995 à 2022¹⁶²², l'article XX du GATT a été considéré comme applicable dans trente-six affaires, chacune ayant des numéros "DS" distincts¹⁶²³. Parmi celles-ci, seules six affaires n'ont pas passé la première étape d'analyse relative au champ d'application de l'article XX¹⁶²⁴. De fait, les organes de jugement de l'OMC adoptent une interprétation extensive des intérêts particuliers inscrits aux alinéas de l'exception générale, ce qui permet de considérer un large éventail de mesures étatiques comme étant couvertes. La mesure contestée n'a pas été qualifiée comme « nécessaire » dans vingt-deux des trente affaires restantes¹⁶²⁵. Puis, cinq des huit

¹⁶²² V. not. le recensement effectué in. OMC, *WTO Dispute Settlement: One Page Case Summaries 1995-2022*, éd. 2023, 319p. L'évaluation ci-dessous a été réalisée à partir de ce recensement.

¹⁶²³ Sont exclues de cette évaluation les affaires suivantes : OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale*, WT/DS477/AB/R et WT/DS478/AB/R, adopté le 22 novembre 2017 (*Indonésie – Régimes de licences d'importation*) ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005 (*É.-U. – Jeux*). La première est exclue car l'Organe d'appel a infirmé les constatations et conclusions du Groupe spécial qui n'avait pas respecté les étapes d'analyse de la conformité de la mesure au regard de l'article XX du GATT, sans pour autant compléter l'analyse juridique au motif que « les constatations (...) resteraient inchangées. », v. OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Régimes de licences d'importation*, §§5.102-5.103. Quant à la seconde, il s'agissait d'évaluer la conformité de la mesure contestée au regard de l'article XIV de l'AGCS et non de l'article XX du GATT. À ce titre, la mesure a été considérée comme non-conforme au chapeau introductif de l'exception, v. OMC, Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Jeux*, §§370-372.

¹⁶²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Cellules solaires*, adopté le 14 octobre 2016 ; Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, adoptés le 29 août 2014 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011 (*Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*) ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/R, adopté le 20 avril 2004 (*CE – Préférences tarifaires*).

¹⁶²⁵ OMC, Rapports du Groupe spécial *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472/R, WT/DS497/R, adoptés le 11 janvier 2019 (*Brésil – Taxation (UE)*) ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Mesures concernant l'importation de viande de poulet et de produits à base de poulet*, WT/DS484/R, adopté le 22 novembre 2017 (*Indonésie – Poulet*) ; Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, adopté le 22 juin 2016 ; OMC, Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adoptés le 22 février 2012 (*Chine – Matières premières*) ; Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, adopté le 19 janvier 2010 ; OMC, Rapport du Groupe spécial, *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée*, WT/DS366/R, adopté le 20 mai 2009 (*Colombie – Bureaux d'entrée*) ; OMC, Rapports du Groupe spécial

affaires restantes n'ont pas passé le seuil de la conformité au chapeau introductif de l'exception générale¹⁶²⁶. Enfin, seules les trois dernières affaires ont vu la mesure litigieuse être entièrement conforme à l'article XX du GATT, dont deux d'entre-elles après des procédures de mise en conformité¹⁶²⁷. L'examen de la nécessité de la mesure contestée et sa conformité avec le chapeau de l'exception apparaissent ainsi comme les deux points névralgiques qui conduisent à l'échec de la justification de la réglementation d'intérêt public.

À la lumière de ce constat et, en tenant compte des interrogations suscitées par la disposition, il convient d'envisager la manière dont les clauses pourraient être modifiées aux fins de leur conférer une certaine efficacité en droit international des investissements. Les intérêts particuliers couverts par l'exception pourraient faire l'objet tant d'une énumération exhaustive que non-exhaustive, à la condition d'apporter certaines précisions et, le standard d'examen applicable au test de nécessité pourrait figurer expressément dans la disposition (§1). Il s'agirait alors de clarifier ce qui constitue la première étape de l'examen des organes de jugement de l'OMC, celle de la justification provisoire de la mesure. La protection des investissements contre le risque de l'abus de droit des États-hôtes, assurée par la deuxième étape d'examen de

Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R, adoptés le 12 janvier 2009 (*Chine – Pièces automobiles*) ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping visant les crevettes en provenance de Thaïlande*, WT/DS343/AB/R (É.-U. – *Crevettes (Thaïlande)*) et *États-Unis – Directive sur les cautions en douane pour les marchandises assujetties à des droits antidumping/compensateurs*, WT/DS345/AB/R (É.-U. – *Directive sur les cautionnements en douane*), adopté le 1^{er} août 2008 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, adopté le 24 mars 2006 (*Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*) ; Rapport de l'Organe d'appel *République Dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, adopté le 19 mai 2005 ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires – Plainte des États-Unis*, WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005 (*CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*) ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures relatives à la protection des marques et indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires – Plainte de l'Australie*, WT/DS290/R, adopté le 20 avril 2005 (*CE – Marques et indications géographiques (Australie)*) ; OMC, Rapport du Groupe spécial, *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/R, adopté le 27 septembre 2004 (*Canada – Exportations de blé et importations de grains*) ; Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, adopté le 10 janvier 2001 ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, adopté le 30 juillet 1997 (*Canada – Périodiques*).

¹⁶²⁶ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, adoptés le 18 juin 2014 ; Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, adopté le 17 décembre 2007 ; OMC, Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, WT/DS155/R, adopté le 16 février 2001 (*Argentine – Peaux et cuirs*) ; Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Essence*, adopté le 20 mai 1996.

¹⁶²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – États-Unis) / É.-U. – Thon II (Mexique) (Article 21.5 – Mexique II)*, adopté le 11 janvier 2019 ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001 (*EU – Crevettes (Article 21.5 – Malaisie)*) ; OMC, Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, adopté le 5 avril 2001.

l'applicabilité de l'exception, pourrait être considérée sous l'angle de l'interdiction de la restriction, ce qui permettrait d'englober la discrimination (§2).

§1. Les précisions relatives à la justification provisoire de la mesure contestée

La conceptualisation des modifications qui pourraient être apportées au test de nécessité (B) suppose au préalable de déterminer quelle formulation pourrait être empruntée quant aux intérêts publics qui seraient couverts par l'exception générale (A).

A. La protection d'un objectif légitime

Les rédacteurs des traités se retrouvent bien souvent face à un dilemme entre une liste exhaustive, au risque de limiter leur espace réglementaire, et une liste non-exhaustive, au risque cette fois d'emprunter des termes trop généraux qui élargiraient la marge d'appréciation des tribunaux. La précision doit alors être de rigueur car les États ne devraient pas être privés de leur liberté de déterminer et de mettre à jour l'agenda de leurs politiques publiques, ni de leur possibilité de réagir rapidement face à des préoccupations extra-économiques inattendues.

Ainsi, il pourrait être envisagé d'indiquer dans l'exception générale que l'État peut adopter des mesures « légitimes » en s'appuyant sur la définition qui en a été faite par l'Organe d'appel de l'OMC : « [u]n "objectif légitime" est une visée ou une cible qui est licite, justifiable ou juste. »¹⁶²⁸. La notion de légitimité renvoie ainsi à une pratique normale et juste¹⁶²⁹, de sorte qu'une mesure serait légitime si l'État peut démontrer que sa réalisation vise raisonnablement à obtenir un avantage.

Cette mention peut être complétée par une liste d'exemples d'intérêts publics, qui peut être exhaustive ou non. Dans le premier cas, cela permettrait de limiter le pouvoir d'appréciation discrétionnaire des arbitres. Le second cas accorderait plus de flexibilité aux États pour donner la priorité à telle ou telle autre politique publique.

¹⁶²⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Thon II (Mexique)*, §313 (citant : *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1577.).

¹⁶²⁹ LABORIER (P.), « Légitimité », in. BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.) (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, Paris, 2019, 5^{ème} éd., (pp.331-338), p.334.

Indépendamment du choix opéré, l'intérêt de la liste en sus de la mention de la nature « légitime » de l'objectif est de réduire toute incertitude sur les domaines d'intérêts que l'État entend pouvoir protéger. Toutefois, il pourrait sembler pertinent d'ajouter, au moyen de notes de bas de page sous la disposition, par exemple, une définition des termes usités. Par ailleurs, dans le cadre de cette liste, les États pourraient inclure des domaines d'activités réglementaires, tels que la lutte contre le changement climatique, la protection de la diversité biologique, la prévention de la fraude en ligne, l'usurpation d'identité etc. Il pourrait également être envisagé d'indiquer que l'objectif est à protéger au titre d'une convention internationale particulière¹⁶³⁰.

B. Les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif visé

Les précisions envisagées quant à l'évaluation du lien fonctionnel entre la mesure et l'objectif légitime qu'elle poursuivrait reposent sur le postulat du choix d'une formulation de lien « nécessaire ». Ici, l'intérêt résiderait dans la possibilité qui serait octroyée aux tribunaux arbitraux d'investissement de prendre appui sur la jurisprudence développée sous le droit de l'OMC. En outre, il apparaît préférable d'exclure le caractère discrétionnaire d'une formulation « *self-judging* » en ce que l'examen relatif à la bonne foi de l'État qu'elle induit, est à géométrie variable – il pourrait tout autant conduire à accorder une trop grande déférence à la marge d'appréciation de l'État-hôte aux dépens de l'investisseur étranger, qu'à limiter le droit de réglementer de l'État¹⁶³¹.

Dès lors que la mesure doit être « nécessaire », le terme est apparenté à l'excuse de l'état de nécessité du droit international coutumier, au test de proportionnalité développé par la Cour européenne des droits de l'homme et, à celui de la mesure la moins restrictive du droit du

¹⁶³⁰ L'hypothèse de la référence explicite à des objectifs au titre de conventions internationales pourrait par-là permettre de lutter contre la fragmentation du droit international, v. en ce sens, ZAGEL (G.), (M.), « Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, p.1950-1951 ; COLLINS (D.), *op. cit.*, p.15. Comme le note Surya Subedi, il existe, de fait, un mouvement de fertilisation croisée du droit international : « *In this age of globalisation, no area of law can remain uninfluenced by the developments taking place in other areas of law. There is a great degree of interconnectedness or cross-fertilisation taking place both within public international law and foreign investment law. Foreign investment law is therefore influenced by cross-fertilisation from other areas of public international law, especially those relating to human rights and environmental protection, as well as certain fundamental principles of international economic law such as the principle of economic self-determination of states, the right to develop, and the permanent sovereignty of states over their natural resources.* », v. SUBEDI (S.), *op. cit.*, p.158.

¹⁶³¹ V. *supra*, notes 1314 et s.

commerce international, qu'il convient ici de privilégier. Néanmoins, il convient de tenir compte de l'organisation différenciée du droit du commerce international et du droit international des investissements, lesquels sont organisés « *in ways that are dramatically different* »¹⁶³². À titre d'illustration, leurs mécanismes de réparation sont significativement différents¹⁶³³. Le droit de l'OMC privilégie la procédure de mise en conformité de la mesure jugée comme étant en violation des Accords OMC, ce qui permet à l'État de maintenir sa réglementation tout en lui accordant un temps défini pour lui apporter des correctifs¹⁶³⁴. La réparation en droit international des investissements s'opère, quant à elle, principalement par la voie de l'indemnisation. De plus, le droit des investissements ne représente pas un système juridique unifié tel que peut l'être celui de l'OMC¹⁶³⁵.

Toutefois, le droit du commerce international et le droit international des investissements visent, l'un comme l'autre, à déterminer la conformité d'une réglementation adoptée et appliquée dans un objectif d'intérêt public, au regard des engagements de l'État à l'égard d'entités commerciales¹⁶³⁶. Par ailleurs, il serait pertinent de s'inspirer de la jurisprudence de l'OMC compte tenu de la similarité des clauses d'exception générale que connaissent ces deux systèmes de droit.

Au regard de la jurisprudence de l'OMC, la détermination de la nécessité de la mesure conduit à exiger un lien fonctionnel entre son application et l'objectif qu'elle poursuit. Par voie de conséquence, les organes de jugement procéderont alors à une mise en balance de trois facteurs, lesquels sont constitués par l'importance relative de l'objectif, la contribution de la mesure à celui-ci et les effets restrictifs de la réglementation sur le commerce¹⁶³⁷. Cette évaluation vise à

¹⁶³² DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), *op. cit.*, p.48.

¹⁶³³ V. DESIERTO (D. A.), *op. cit.*, pp.875, 884-890 ; HEATH (J. B.), « The New National Security Challenge to the Economic Order », *op. cit.*, p.1079.

¹⁶³⁴ V. Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, *R.T.N.U.*, vol.1867, p.154, Annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, article 21. La compensation intervient au titre de l'article 22, si le Membre maintient la mesure sans la modifier au-delà des délais impartis.

¹⁶³⁵ LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), *op. cit.*, p.351.

¹⁶³⁶ MITCHELL (A. D.), HENCKELS (C.), *op. cit.*, p.95.

¹⁶³⁷ V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §159 et s ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §178 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, §5.59. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *Colombie – Textiles*, §5.70 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.169.

déterminer si l'État ne disposait pas d'autres moyens ou alternatives, moins restrictifs mais permettant tout autant d'assurer le niveau de protection de la mesure contestée¹⁶³⁸.

Comme cela a été souligné dans le cadre de la présente étude, la contribution de la mesure à l'objectif qu'elle poursuit constitue l'élément déterminant du test de nécessité à l'OMC. Son évaluation implique de recourir à des « projections quantitatives (...), ou [à] un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuves suffisants »¹⁶³⁹ et, il n'est pas exigé de la contribution qu'elle soit « indispensable », mais « importante, pas seulement marginale ou insignifiante »¹⁶⁴⁰.

Le standard d'examen de la « mesure la moins restrictive » appliqué par les organes de jugement de l'OMC conduit à confronter la mesure contestée aux mesures alternatives qui sont « raisonnablement » attendues ou disponibles¹⁶⁴¹. Celles-ci ne doivent pas empêcher l'État d'atteindre le niveau de protection choisi, y compris dans le cas de figure où elles seraient moins restrictives¹⁶⁴². Il convient de noter que s'il incombe à l'État défendeur de démontrer que sa mesure, contestée, est nécessaire, il ne lui revient pas pour autant d'établir « qu'il n'y a *pas* de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs » car cela représenterait alors « une charge irréalisable et, en fait, souvent impossible. »¹⁶⁴³. En revanche, « si la partie plaignante invoque une mesure de rechange (...) qu'à son avis la partie défenderesse aurait dû adopter, [cette dernière] sera tenue de démontrer pourquoi sa mesure contestée reste néanmoins "nécessaire" (...) ou, autrement dit, pourquoi la mesure de rechange proposée n'est pas "raisonnablement disponible". »¹⁶⁴⁴.

En somme, l'État défendeur n'est amené à présenter toutes les mesures de rechanges éventuelles que si leur existence est alléguée. Cette dernière précision, quant à l'application du standard d'examen, pourrait faire peser sur l'investisseur demandeur une charge relativement lourde

¹⁶³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *République Dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, §70. V. également, Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §§307-308 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §169

¹⁶³⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §151.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, §210.

¹⁶⁴¹ V. Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §166.

¹⁶⁴² V. Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Publications et produits audiovisuels*, §318 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, §§172-174 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, §180 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §156.

¹⁶⁴³ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §309 (souligné dans l'original).

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, §311.

dans l'hypothèse où le déroulé serait transposé, notamment dans le contentieux des investissements.

Ce standard d'examen, décrit comme un « outil conceptuel »¹⁶⁴⁵, pourrait être précisé dans la clause d'exception générale, à partir de celui de la « mesure raisonnable la moins restrictive » proposé par Jürgen Kurtz¹⁶⁴⁶. Cela aurait pour effet de contraindre les tribunaux arbitraux à tenir compte, dans leur analyse, des conséquences que les mesures alternatives impliquent pour l'État. La disposition pourrait indiquer que la nécessité des mesures doit être déterminée à partir du test de « la mesure raisonnable la moins restrictive » : une mesure ne serait pas qualifiée comme nécessaire uniquement dans le cas où une mesure alternative raisonnable serait disponible, que celle-ci serait moins restrictive sur l'investissement, mais contribuerait tout autant au niveau de protection de l'objectif légitime établi par l'État.

La clause d'exception générale pourrait également ajouter que la mesure alternative ne doit pas être « théorique » – comme ont pu le souligner les organes de jugement de l'OMC¹⁶⁴⁷ – ce qui induit de tenir compte des moyens « pratiques » et « possibles »¹⁶⁴⁸. De plus, la disposition pourrait faire référence à l'« aptitude » de la mesure à contribuer à l'objectif, au sens établi par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil-Pneumatiques rechapés*¹⁶⁴⁹. Cela pourrait permettre de justifier des mesures dont l'effet, pris isolément, serait extrêmement difficile à évaluer mais pourrait être déterminé à partir de projections telles que celles de la recherche scientifique, ce qui représenterait un certain intérêt pour les mesures visant à lutter contre le changement climatique¹⁶⁵⁰.

Ainsi, une mesure « raisonnable » disponible serait celle que l'État défendeur a réellement la capacité d'adopter en lieu et place de celle qui est contestée. La disposition pourrait, par exemple, indiquer que doit être établie l'existence d'une mesure raisonnable qui serait

¹⁶⁴⁵ OMC, Rapport de l'Organe d'appel *É.-U. – Thon II (Mexique)*, §320.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, p.369.

¹⁶⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *É.-U. – Jeux*, §308 : « (...) par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles. ».

¹⁶⁴⁸ *Idem.*

¹⁶⁴⁹ L'Organe d'appel a également opéré une distinction entre la mesure qui « apporte » une contribution et celle qui « est à même d'apporter » une contribution, v. Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §151.

¹⁶⁵⁰ V. BAETENS (F.), *op. cit.*, p.176 ; PAINE (J.), SHEARGOLD (E.), *op. cit.*, p.300 ; BREW (R.), *op. cit.*, p.227.

disponible, au sens où celle-ci serait en pratique réalisable, moins restrictive pour l'investissement et, dont le coût d'application serait équivalent, voire inférieur, à celui de la mesure contestée.

L'ensemble de ces précisions pourraient ainsi permettre d'éviter les évaluations discrétionnaires de l'importance des intérêts non-économiques par les tribunaux arbitraux et, par voie de conséquence, rassurer les craintes des États face au risque de frilosité réglementaire, précédemment décrit. Les États réglementeraient un objectif légitime tout en s'employant à réduire au maximum l'impact de leurs mesures sur les investissements étrangers.

§2. La protection des investissements contre le risque de leur restriction

Le paragraphe introductif des exceptions générales de l'OMC pourrait non seulement être conservé¹⁶⁵¹ mais également adapté au contexte particulier des investissements. Il pourrait être envisagé de faire référence à la « restriction sur les investissements »¹⁶⁵².

Premièrement, cela permettrait de ne pas conduire à un amalgame entre l'évaluation de l'application discriminatoire d'une mesure dans le cadre de l'exception générale et celle de la discrimination au sens de la détermination de la violation des normes de traitement de l'investissement. Deuxièmement, ce chapeau pourrait permettre d'empêcher l'utilisation abusive de l'exception, sans qu'il soit nécessaire de renseigner expressément qu'il s'agirait d'une restriction « arbitraire » ou « injustifiable »¹⁶⁵³.

Le fait qu'une mesure contribue au niveau de protection établi par l'État pour un objectif légitime ne permet pas de garantir ses motivations. Le chapeau qui viserait le cas de la « restriction » sur l'investissement aurait ainsi pour fonction de vérifier qu'il ne s'agit pas d'une

¹⁶⁵¹ À la différence de certaines rédactions de traités de nouvelle génération qui ont fait le choix de le faire disparaître, v. *supra*, note 1177.

¹⁶⁵² Certains auteurs ont proposé d'adopter au contraire la formulation suivante : « *non-discriminatory regulatory measures taken in good faith* », v. PAINE (J.), SHEARGOLD (E.), *op. cit.*, p.300.

¹⁶⁵³ Par ailleurs, ces notions sont indifférenciées dans la jurisprudence de l'OMC, v. V. Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, §232 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, §5.328 ; et, certains auteurs considèrent qu'elles sont équivalentes, v. RIFFEL (R.) « The Chapeau: Stringent Threshold or Good Faith Requirement », *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, vol.45(2), p.150 ; DOLZER (R.), SCHREUER (Ph.), *op. cit.*, p.200.

mesure adoptée à des fins protectionnistes et complèterait alors l'analyse du test de la mesure raisonnable la moins restrictive. De fait, l'un des objectifs principaux des AII étant celui de la protection des IDE, les clauses d'exceptions ne devraient pas pouvoir être invoquées pour justifier des mesures qui viseraient à contrevenir à ce régime juridique en ce qu'elles restreindraient les droits des investisseurs étrangers.

Le texte introductif aurait ainsi pour fonction d'empêcher la justification d'une mesure dont le véritable objectif serait de restreindre l'investissement. La détermination de cette motivation implique alors d'accorder une certaine marge d'appréciation aux tribunaux arbitraux qui devraient examiner les circonstances d'adoption de la mesure et non celles de son application. Certains indicateurs pertinents pourraient être les législations nationales en vigueur, la conduite de l'État et le contexte politique de la mesure¹⁶⁵⁴. Il s'agirait de rechercher les moyens que l'État semble dédier à l'objectif légitime en question. La disposition peut alors clairement indiquer ces éléments afin de guider l'analyse des arbitres.

La formulation du chapeau s'attacherait ainsi à empêcher la justification de mesures qui sont *in fine*, destinées à restreindre l'investissement. Cela permettrait de se concentrer sur les intentions attachées à la mesure étatique et non simplement à ses effets potentiellement disparates dans son application, qui seraient davantage visés par la mention de la « discrimination ».

Les ajustements rédactionnels de la clause d'exception générale pourraient notamment présenter l'intérêt de contribuer à résoudre la question de la redondance avec l'exception spécifique – ou clarification – relative à l'expropriation indirecte. En effet, le standard d'examen appliqué dans l'exception spécifique étant celui de la proportionnalité, il peut être envisagé le cas de figure dans lequel une mesure échouerait à ce test, du fait de sa subjectivité, et soit envisagée dans le cadre de l'exception générale. Une mesure perçue comme étant disproportionnée pourrait être qualifiée de nécessaire. Quant à la question de l'indemnisation, il pourrait être envisagé d'insérer une clarification en ce sens et d'indiquer, clairement, que l'indemnisation n'est pas due dans le cas où l'exception s'applique¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁴ BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times... », *op. cit.*, p.379.

¹⁶⁵⁵ BAETENS (F.), *op. cit.*, p.178.

Au-delà des modifications envisagées dans la formulation de la clause, les États pourraient être amenés à incorporer des clarifications, par exemple en notes de bas de page, pour répondre systématiquement aux décisions arbitrales qu'ils estimeraient inexactes. Toutefois, cela inscrirait les États dans une logique réactionnelle qui, en sus d'être dépendante d'un suivi extrêmement pointilleux de toutes les sentences arbitrales, ne serait pas des plus pertinentes pour une réforme à long terme.

En vue de renforcer l'effectivité des clauses d'exceptions générales, les États pourraient également influencer plus activement leur interprétation¹⁶⁵⁶. Les déclarations interprétatives des États parties au traité sont ainsi considérées comme un moyen de lutter contre le « cryptage » des accords d'investissements¹⁶⁵⁷. Les communications écrites au titre de Partie non-contestante pourraient également éclairer les tribunaux arbitraux dans leur processus décisionnel¹⁶⁵⁸ et pour certains auteurs, d'instiller plus de souplesse à des textes estimés trop rigides ou « pro-investisseurs »¹⁶⁵⁹. Certains tribunaux sont même allés jusqu'à estimer que ces soumissions pouvaient constituer une forme de « pratique ultérieure », au sens des moyens subsidiaires d'interprétation prévus à l'article 31(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁶⁶⁰. Il convient de relever à ce stade les propositions des gouvernements du Costa Rica, du Pérou, d'Israël, du Japon et du Mexique lors des sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI, qui ont indiqué que « *the use of binding joint interpretation of treaty provisions by Parties should be encouraged, and it should be ensured that such joint interpretations would be binding on the ISDS tribunals.* »¹⁶⁶¹. Ces interprétations peuvent contribuer à résoudre la problématique de l'incohérence de l'interprétation des traités dans l'arbitrage d'investissement.

¹⁶⁵⁶ Pour une étude des différentes stratégies à cet effet, v. GORDON (K.), POHL (J.), *op. cit.*, p.23-30.

¹⁶⁵⁷ V. OLARTE-BACARES (O.), PRIETO-RÍOS (E. A.), PONTÓN-SERRA (J. P.), « Les déclarations interprétatives sont-elles les instruments les mieux à même de lever les incertitudes ? L'exemple du TBI Colombie-France et de l'ALE Colombie-Israël », *IISD – Investment Treaty News*, Analyse, 2020 ; PRIETO-RÍOS (E. A.), « Encrypted International Investment Law in the Age of Neo-Colonialism », in. R. SANÍN-RESTREPO (ed.), *Decrypting Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Londres, 2018, pp.49-66.

¹⁶⁵⁸ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, A/CN.9/712, *op. cit.*, §47.

¹⁶⁵⁹ V. KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law...*, *op. cit.* ; LESTER (S.), MERCURIO (B.), *op. cit.*, 11p.

¹⁶⁶⁰ S.A. CNUDCI/ALENA, *Canadian Cattlemen c. États-Unis*, sentence sur la compétence du 28 janvier 2008, §§ 188-189 ; CIRDI, *Mobil c. Canada*, décision sur la compétence et l'admissibilité du 13 juillet 2018, §§ 158-160 ; S.A. CNUDCI/CPA, *Bilcon c. Canada*, sentence sur les dommages-intérêts du 10 janvier 2019, §§ 376-379.

¹⁶⁶¹ CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités*, A/CN.9/WG.III/WP.191, *op. cit.*, §8.

Les travaux de la CNUDCI sur la réforme du RDIE témoignent de l'importance qu'occupent désormais les préoccupations relatives au droit de réglementer de l'État dans le contexte des investissements. Bien que le mandat du Groupe de travail III vise la réforme procédurale du RDIE, certains États participants ont considéré que la réforme des normes substantielles du droit des investissements ne pouvait être détachée. Ils ont estimé qu'il était nécessaire de veiller à protéger le droit de l'État d'adopter et d'appliquer des réglementations légitimes d'intérêt public¹⁶⁶². Cela a conduit à la publication à l'été 2023 d'un document intitulé « Projets de dispositions sur les questions procédurales et transversales »¹⁶⁶³. Le Secrétariat indique que : « Les Projets de dispositions ont été établis afin d'être inclus dans les accords internationaux d'investissement existants et futurs (...) »¹⁶⁶⁴. Parmi ceux-ci figure une proposition relative au droit de réglementer, qui témoigne des réflexions en cours quant à la formulation d'exceptions conventionnelles à ce titre.

Le « Projet de disposition 12 » relatif au droit de réglementer prévoit, au sein de son premier paragraphe, une clause déclaratoire relativement directive¹⁶⁶⁵ tandis que le deuxième paragraphe¹⁶⁶⁶ est une tentative de codifier certaines idées relatives à la déférence qui ont été approuvées, sous diverses formulations, dans la jurisprudence de nombreux tribunaux d'arbitrage constitués en vertu d'AII. Quant au troisième paragraphe¹⁶⁶⁷, il exclut quant à lui

¹⁶⁶² V. en ce sens : CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Communication du Gouvernement sud-africain*, Note du Secrétariat, Trente-huitième session, 2019, A/CN.9/WG.III/WP.176, §§19-20, 56-57, 63 ; *Observations du Gouvernement indonésien*, Note du Secrétariat, Trente-septième session, 2018, A/CN.9/WG.III/WP.156, §§1-2, 6, 10, 15-16 ; *Communication du Gouvernement thaïlandais*, Note du Secrétariat, Trente-septième session, 2018, A/CN.9/WG.III/WP.162, §§28-29.

¹⁶⁶³ CNUDCI, Groupe de travail III, *Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, A/CN.9/WG.III/WP.231, *op. cit.*, 13p ; CNUDCI, Groupe de travail III, *Annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, A/CN.9/WG.III/WP.232, *op. cit.*, 19p.

¹⁶⁶⁴ CNUDCI, Groupe de travail III, *Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, A/CN.9/WG.III/WP.231, *op. cit.*, §3.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p.7, Projet de disposition 12, §1 : « Aucune disposition de l'accord ne doit être interprétée comme empêchant les parties contractantes d'exercer leur droit de réglementer dans l'intérêt général et d'adopter, de maintenir et d'appliquer toute mesure qu'elles jugent appropriée pour veiller à ce que les investissements soient réalisés dans le souci de protéger la santé publique, la sûreté publique ou l'environnement, de promouvoir et de protéger la diversité culturelle, ou de [...] ». »

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, p.7, Projet de disposition 12, §2 : « Lorsqu'il examine le cas d'une partie contractante dont il est allégué qu'elle a manqué à une de ses obligations au titre de l'accord, le tribunal tient compte de la grande latitude que le droit international accorde aux parties contractantes en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre des politiques nationales, le droit de réglementer dans l'intérêt général et le droit d'adopter, de maintenir et d'appliquer des mesures respectueuses de la protection de la santé publique, de la sûreté publique ou de l'environnement, de la promotion et de la protection de la diversité culturelle, ou de [...] ». »

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p.7, Projet de disposition 12, §2 : « Aucune demande ne peut être introduite en vue d'un règlement conformément aux projets de dispositions 3 ou 4 si la mesure dont il est allégué qu'elle constitue une violation de l'accord a été adoptée par la partie contractante pour protéger la santé publique, la sûreté publique ou

les mesures qui poursuivent un large éventail d'objectifs d'intérêt public du champ d'application du mécanisme de règlement des différends prévu par l'AII, ainsi que de celui du mécanisme de règlement des différends entre États, établi dans le « Projet de disposition 4 »¹⁶⁶⁸. Si la rédaction proposée par le Groupe de travail ne fait pas état d'une exception générale d'ordre public, celle-ci n'est pas considérée comme acceptable dans sa forme actuelle par la plupart des États qui participent au processus de la CNUDCI et est amenée à évoluer.

l'environnement (y compris aux fins du respect de l'Accord de Paris ou de tout principe ou engagement énoncé aux articles 3 et 4 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques), pour promouvoir et protéger la diversité culturelle, ou pour [...]. ».

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, pp.4-5, Projet de disposition 4.

Conclusion du Chapitre 8

Les clauses d'exception générale d'ordre public suscitent des divergences doctrinales qui questionnent l'intérêt de l'insertion de ces dispositions dans les traités d'investissements. Certains y voient une limitation de la liberté réglementaire de l'État quand d'autres opposent que cela permettrait de limiter la marge d'appréciation des arbitres et de garantir une prévisibilité juridique. Les discussions entourant le chevauchement entre les exceptions générales d'ordre public et celles plus spécifiques, liées à l'expropriation indirecte, semblent trouver une amorce de réponse au regard des déclarations de certains États. Ces derniers affirment que le paragraphe codifiant une forme atténuée de la doctrine des *police powers* dans l'annexe relative à l'expropriation ne constitue pas une exception mais une clarification. Enfin, si la question de l'indemnisation en cas d'application de l'exception générale d'ordre public reste posée, il demeure que son maintien conduirait à priver de sens le mécanisme.

Bien qu'il n'existe pas de clause parfaite, certaines pistes de réponses peuvent être envisagées en apportant des précisions rédactionnelles à la disposition, en vue de lui conférer une certaine efficacité en droit international des investissements et d'équilibrer les intérêts concurrents en présence. Il s'agirait de guider l'analyse conduite par les tribunaux arbitraux et de rechercher d'une part, si l'État disposait d'autres moyens raisonnables de parvenir au niveau de protection souhaité de l'intérêt public, des moyens réalisables en pratique, qui ne lui fassent pas supporter un coût d'application plus important que la mesure contestée. D'autre part, l'examen des arbitres ne se concentrerait pas sur les effets de la mesure sur les investisseurs, mais sur les intentions de l'État qui adopte cette mesure. Ces propositions visent à chercher une réponse au risque de la frilosité réglementaire, tout en limitant la protection des intérêts des investisseurs étrangers dans les cas où la mesure serait réellement nécessaire pour atteindre un objectif légitime.

Conclusion du Titre 4

L'examen de la pratique arbitrale récente relative aux exceptions générales d'ordre public indique que les confusions des années 2000 au sujet des exceptions générales de sécurité sont désormais remplacées par celles liées aux exceptions générales d'ordre public. Deux observations peuvent être notées. De nouveau, les États latino-américains se trouvent être principalement concernés par ces questions en ce qu'ils ont invoqué la clause dans le cadre de différends, portant notamment sur des mesures réglementaires adoptées en raison de la protection de l'environnement. Cela témoigne très clairement de leur tentative de changer les « règles du jeu ». Toutefois, on semblerait assister à ce que William Alschner désigne comme : « *the backlash of arbitrators against a new generation of investment agreements* »¹⁶⁶⁹. Les tribunaux arbitraux ne semblent pas accorder suffisamment d'attention aux clauses d'exception générale d'ordre public, ce qui pourrait amoindrir leur impact sur la réorientation du régime international des investissements.

Les affaires concernant des mesures réglementaires pourraient se multiplier dans un avenir proche, car les États seront amenés à adopter des mesures pour faire face à l'urgence climatique, ce qui pourrait avoir un impact significatif sur les investissements. Dès lors, il serait souhaitable que les tribunaux développent davantage leur analyse sur la nature des clauses afin de ne pas priver leur interprétation de tout sens. Au surplus, il serait souhaitable que les États tiennent compte des différentes questions soulevées quant aux exceptions générales d'ordre public. Il s'agirait d'apporter des précisions permettant de clarifier l'interprétation de la disposition afin d'en garantir son effectivité. À cet égard, adapter l'approche analytique des organes de jugement de l'OMC au contentieux de l'investissement pourrait s'avérer intéressant et permettrait de renforcer la garantie contraignante que représentent les exceptions quant au droit de réglementer de l'État dans l'intérêt public.

¹⁶⁶⁹ ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform...*, *op. cit.*, p.9. V. également, PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), *op. cit.*, p.502.

CONCLUSION

Les États latino-américains ont adopté, à travers le temps, des positions à l'égard du droit international des investissements, qui peuvent être caractérisées comme un processus constant de politisation, fondé sur l'affirmation de leur souveraineté. Les paradigmes qui sous-tendent ce processus ont évolué au gré des contextes politiques et économiques en Amérique latine et des valeurs au cœur de leurs revendications. Du droit des États à déterminer librement la protection des droits de propriété étrangers sur leur territoire et le droit d'exproprier les biens étrangers, au droit de réglementer, les pays de la région latino-américaine n'ont eu de cesse de chercher à tracer leur propre voie face au développement d'un régime international dédié à la protection des investissements étrangers.

À l'orée de ce millénaire, les États latino-américains ont profondément remis en question ce régime, auquel ils avaient adhéré une décennie auparavant. Le déséquilibre inhérent au régime international d'investissement, consolidé par l'ancienne génération d'AII, a été vivement critiqué au regard de la place insuffisante accordée aux intérêts des États-hôtes. La multiplication des procédures arbitrales initiées par des investisseurs contestant des réglementations étatiques générales a mis en lumière l'impact financier de l'arbitrage d'investissement sur des États aux ressources parfois plus limitées que celles d'opérateurs économiques et les interprétations incohérentes des tribunaux arbitraux. La crainte de la frilosité réglementaire tout comme la défiance envers l'arbitrage d'investissement ont notamment marqué la crise de légitimité traversée par le droit des investissements.

Dans le cadre d'un mouvement global de réorientation des instruments internationaux relatifs à l'investissement, en vue de tenir compte de considérations extra-économiques, les États latino-américains se trouvent, de nouveau, au centre de certains débats et font preuve d'une certaine convergence dans leurs approches. En effet, depuis une quinzaine d'années, les pays d'Amérique latine se sont engagés dans un processus de re-politisation du régime international d'investissement, fondé désormais sur le paradigme de la préservation du droit de réglementer de l'État, dans l'intérêt public.

Cette re-politisation emprunte différentes formes qui, sans être uniformes, permettent d'observer la convergence des États latino-américains quant à leur volonté de protéger leur liberté réglementaire dans le contexte des investissements. Certains États ont fait le choix de dénoncer leurs traités d'investissement et de quitter le CIRDI, tout en œuvrant à la création

d'une nouvelle structure, régionale, pour le règlement des différends entre investisseurs et États en matière d'investissements. D'autres, longtemps éloignés du système international de protection de l'investissement, ont récemment élaboré et proposé l'adoption de traités d'investissement à leurs partenaires économiques. Mais surtout, la majorité des pays latino-américains ont cherché à réorienter un régime auquel ils ont maintenu leur adhésion, par la réforme du contenu normatif de leurs AII.

Depuis la fin des années 2000, la tendance latino-américaine à la protection du droit de réglementer de l'État, au nom de considérations extra-économiques telles que la santé publique, l'environnement et le développement durable, s'observe par l'effervescence de dispositions qui y sont relatives dans les traités d'investissement. De fait, l'étude comparative de l'incorporation de ces dispositions dans les traités de nouvelle génération signés par les pays latino-américains et les pays non-latino-américains a montré que les États d'Amérique latine intègrent davantage de dispositions par traité¹⁶⁷⁰. À cet égard, la Colombie et le Brésil apparaissent comme les pays leaders de cette tendance régionale¹⁶⁷¹. Par ailleurs, la représentation comparative des taux moyens d'intégration de dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII du Monde et de l'Amérique latine, a permis d'observer les caractéristiques du mouvement latino-américain quant à la réorientation du régime international de protection des investissements¹⁶⁷².

Les traités d'investissement signés par les États latino-américains multiplient les références à diverses préoccupations d'intérêt public et au droit de réglementer, notamment dans leurs préambules, ce qui atteste d'une volonté de rapprocher ces préoccupations de la protection de l'investissement. Cela traduit le fait que la protection de certains intérêts ne doit plus être considérée comme une limite aux activités des opérateurs économiques, mais qu'à certains égards, les préoccupations non-économiques et l'investissement doivent se soutenir mutuellement. Au-delà de la multiplication des mentions au droit de réglementer et aux divers intérêts publics dans le préambule de leurs traités ou par le biais de clauses déclaratoires, les États latino-américains se sont attachés à intégrer certaines clauses d'exception, dont l'exception générale d'ordre public.

¹⁶⁷⁰ V. Annexes, Figure 5(B).

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, Annexes, Figure 5(C).

¹⁶⁷² *Ibid.*, Figure 6(C).

Le mécanisme de l'exception générale d'ordre public peut représenter certains défis interprétatifs et leur application paraître incertaine. Toutefois, l'incorporation de cette exception dans les AII permet de garantir un fondement conventionnel au droit de réglementer de l'État dans le contexte particulier des investissements, là où la déférence que pouvait concéder les tribunaux arbitraux souffrait d'insécurité et d'imprévisibilité juridique. De surcroît, cette clause est généralement associée dans les traités à d'autres mentions ou dispositions relatives à la liberté réglementaire de l'État et aux divers intérêts publics. Celles-ci constituent alors un environnement favorable à la prise en considération du droit de réglementer et participent à éclairer les incertitudes relatives à l'interprétation de l'exception générale d'ordre public par les tribunaux arbitraux, considérant qu'elles font parties du contexte pertinent sur lequel les arbitres peuvent s'appuyer dans ce cadre.

Les exceptions générales d'ordre public intégrées dans les traités de nouvelle génération en Amérique latine sont largement inspirées de l'exception générale de l'article XX du GATT mais, dans certains cas, les États ont adopté des formulations rédactionnelles différentes, en vue d'adapter le mécanisme au contexte particulier des investissements ou de préciser certains éléments, au regard de la jurisprudence de l'OMC. Indépendamment de leurs formulations, les exceptions générales d'ordre public ont pour objectif de permettre à l'État de réglementer l'investissement étranger sans risquer que l'adoption, ou la mise en œuvre, de mesures visant la protection d'un intérêt public, soient qualifiées de violation du traité et les conduisent à devoir indemniser des investisseurs qui auraient été impactés indirectement par celles-ci. Le droit de réglementer de l'État-hôte est ainsi sauvegardé par les traités de nouvelle génération.

Il n'en demeure pas moins que des défis subsistent. En particulier, l'examen de la pratique arbitrale récente de ces dispositions montre qu'elles font souvent l'objet d'interprétations insatisfaisantes soulignant les controverses qu'elles peuvent susciter. De fait, les exceptions ont été largement confondues avec la doctrine des *police powers* ou avec les clauses déclaratoires et interprétatives. Les États ne les ont pas nécessairement invoquées de manière claire et certaines interprétations arbitrales se sont révélées contradictoires.

L'interprétation et l'application de ces dispositions dépendent avant tout de la formulation particulière du traité et de son exception mais également du cas d'espèce.

Bien qu'il soit difficile d'établir la manière de les interpréter et d'anticiper l'évolution de leur interprétation, toujours est-il, comme le soulignent Kathryn Gordon et Joachim Pohl, que :

*« The primary way for treaty parties to ensure that treaty interpretations are closely aligned with their intent is to craft treaty language carefully. (...) drafters need to anticipate how their treaty provisions will be understood by outside users (...) and to provide clear guidance for interpretation. »*¹⁶⁷³.

Les États, notamment ceux qui sont activement engagés dans la réforme de leurs traités, comme les pays d'Amérique latine, pourraient tenir compte des différentes questions et obstacles rencontrés quant à l'interprétation de l'exception générale d'ordre public. La rédaction de cette disposition pourrait être ajustée, en s'appuyant davantage sur l'approche analytique des organes de jugement de l'OMC, tout en recherchant quelles formulations pourraient convenir aux nouveaux objectifs dessinés pour le droit international des investissements, que sont la protection de l'investissement et celle du droit de réglementer de l'État-hôte.

Le processus de re-politisation des instruments internationaux relatifs aux investissements en Amérique latine doit être nuancé au regard de sa réalisation effective. D'une part, la création du Centre UNASUR ne s'est pas concrétisée. D'autre part, les premières sentences relatives à l'exception générale n'ont pas eu les effets escomptés. Toutefois, l'évolution des relations géopolitiques entre États latino-américains laisse entrevoir un nouveau souffle pour le projet régional relatif à l'arbitrage d'investissement et les fruits des travaux de la CNUDCI pourraient potentiellement réorienter la prise en compte des nouveaux AII dans la jurisprudence arbitrale¹⁶⁷⁴. Par ailleurs, si les clauses d'exception peuvent être considérées comme un simple « pansement » au déséquilibre du droit des investissements, en l'état du droit international, cette solution reste plus réaliste que celle du développement d'obligations à la charge des investisseurs étrangers eu égard aux intérêts publics en jeu. Si certains pourraient craindre la tendance latino-américaine de re-politisation du régime international relatif aux investissements, il convient d'emprunter l'observation de Daniel Lovris à propos du droit de l'OMC : *« Setting the "rules of the game" (...) often involves the greatest political struggles. »*¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷³ GORDON (K.), POHL (J.), *op. cit.*, p.24.

¹⁶⁷⁴ À ce titre, Wolfgang Alschner relève que : *« What is needed, then, is to fix dispute settlement once and for all by rewriting the terms of delegation between contracting states and adjudicators in international investment law. Current multilateral negotiations at UNCITRAL to reform ISDS may achieve just that. »*, v. ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform...*, *op. cit.*, p.9.

¹⁶⁷⁵ LOVRIS (D.), *Deference to the Legislature in WTO Challenges to Legislation*, Kluwer, 2010, p.119.

ANNEXES

SOMMAIRE DES ANNEXES

Figure 1. Comparatif du nombre de RDIE impliquant comme États défendeurs les pays latino-américains et non latino-américains, 1985-2022.....	332
Figure 2. Distribution temporelle de la signature des AII des pays latino-américains et non latino-américains.....	333
Figure 3. Classement des États les plus fréquemment défendeurs dans le RDIE (affaires connues ; CIRDI et hors CIRDI), 1985-2022.....	334
Figure 4. Évolution au cours du temps du nombre d'apparition des dispositions relatives au droit de réglementer dans l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED.....	335
Figure 5. Comparaison du nombre de références au droit de réglementer par traités dans les AII cartographiés par la CNUCED entre les pays latino-américains et les pays non latino-américains.....	337
<i>A. Évolution du nombre de dispositions relatives au droit de réglementer par AII des pays latino-américains et des pays non latino-américains.....</i>	<i>337</i>
<i>B. Comparaison des distributions du nombre de dispositions relatives au droit de réglementer par AII de nouvelle génération (2010-2020).....</i>	<i>337</i>
<i>C. Classement des pays par leur nombre d'AII de nouvelle génération combinant le plus de références au droit de réglementer.....</i>	<i>338</i>
Figure 6. Évolution cumulative du pourcentage d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII des années 2000 à 2020 pour le monde et l'Amérique latine.....	339
<i>A. Taux moyen d'insertion des dispositions dans l'ensemble des AII du Monde.....</i>	<i>339</i>
<i>B. Taux moyen d'insertion des dispositions dans l'ensemble des AII d'Amérique latine.....</i>	<i>339</i>
<i>C. Comparaison des taux moyens d'insertion des dispositions en 2020 dans l'ensemble des AII du Monde et des pays d'Amérique latine.....</i>	<i>340</i>
Tableau 1. Profil de statistiques descriptives de la composition en mesures relatives au droit de réglementer de l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED.....	341
Tableau 2. Profil analytique de l'ensemble des dispositions relatives au droit de réglementer de l'État, dans l'ensemble des AII entre 1959 et 2020.....	342
Tableau 3. Profil analytique de l'ensemble des dispositions relatives au droit de réglementer de l'État, dans l'ensemble des AII issu de la base de données complémentée, entre 2001 et 2023.....	343

Figure 1 : Comparatif du nombre de RDIE impliquant comme Etats défendeurs les pays latino-américains et non latino-américains, 1985-2022.

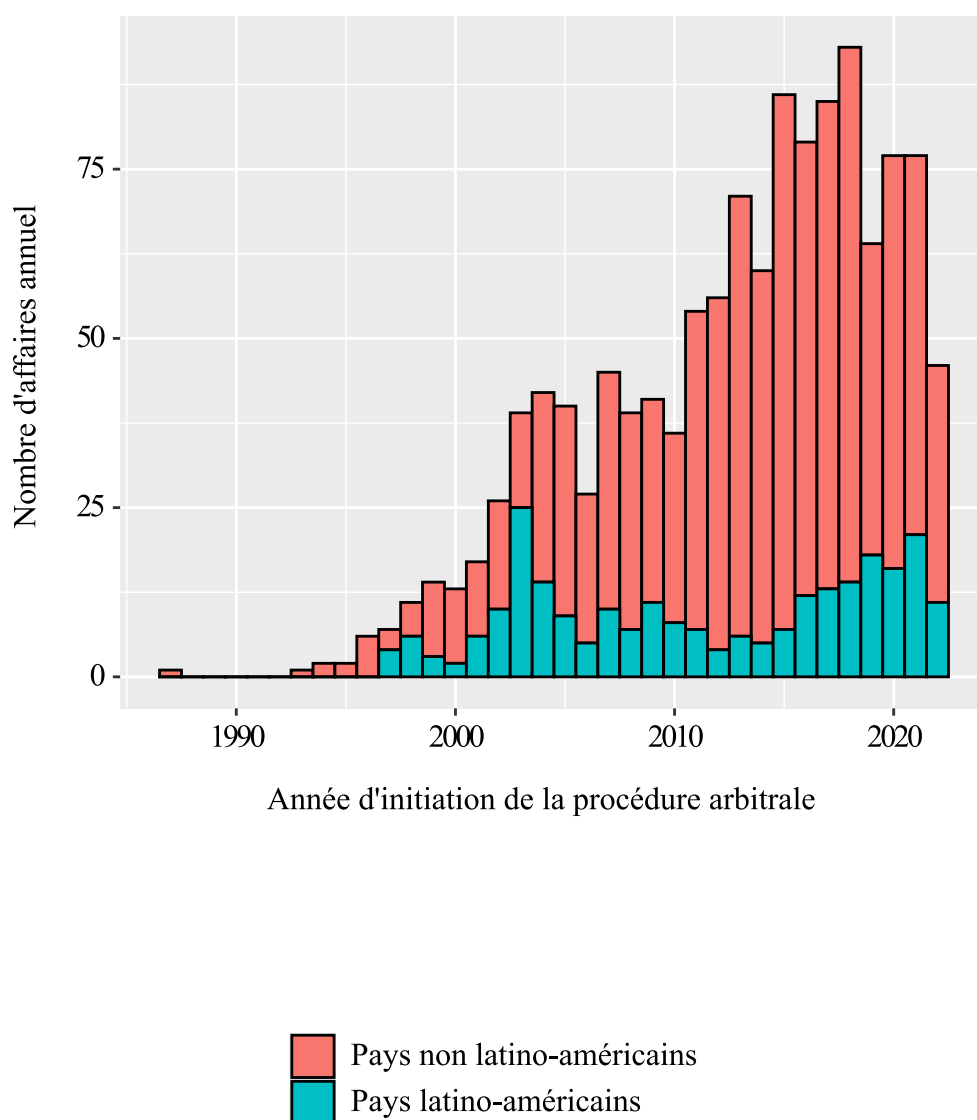


Figure 1 : Histogramme de l'évolution du nombre d'affaires de RDIE connues (CIRDI et hors CIRDI), 1985-2022. Source : base de données de la CNUCED, v. ISDS navigator (consultée le 01/10/23). Liste des pays latino-américains définie en introduction.

Figure 2 : Distribution temporelle de la signature des AII des pays latino-américains et non latino-américains.

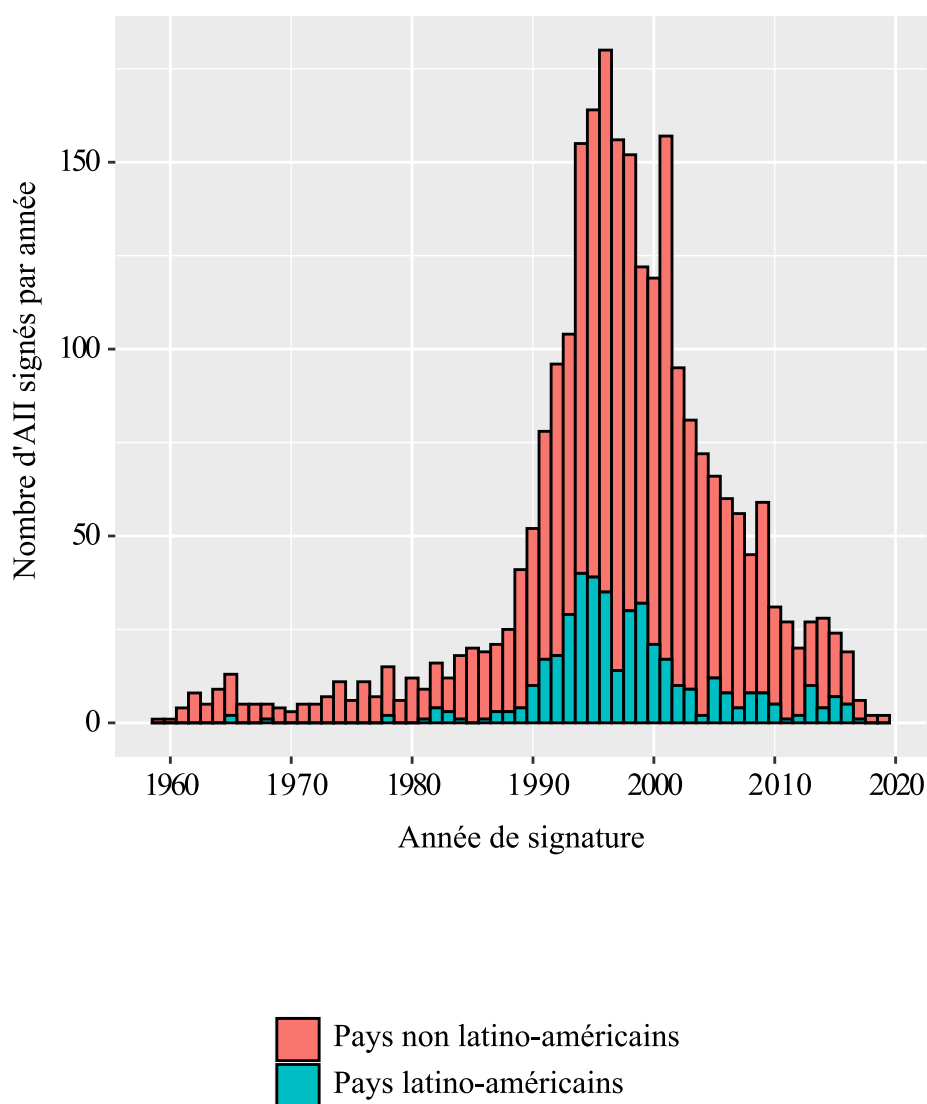


Figure 2 : Histogramme du nombre annuel d'AII signés par les pays latino-américains et non latino-américains, 1959-2020. Source : base de données de la CNUCED, AII cartographiés par l'organisation, v. IIAs navigator (consultée le 01/10/23). Liste des pays latino-américains définie en introduction (en bleu), les pays non latino-américains sont l'ensemble des pays absents de cette liste (en rouge).

Figure 3 : Classement des Etats les plus fréquemment défendeurs dans le RDIE (affaires connues ; CIRDI et hors CIRDI), 1985-2022.

Classement des vingt premiers Etats fréquemment défendeurs dans le RDIE, 1985-2022

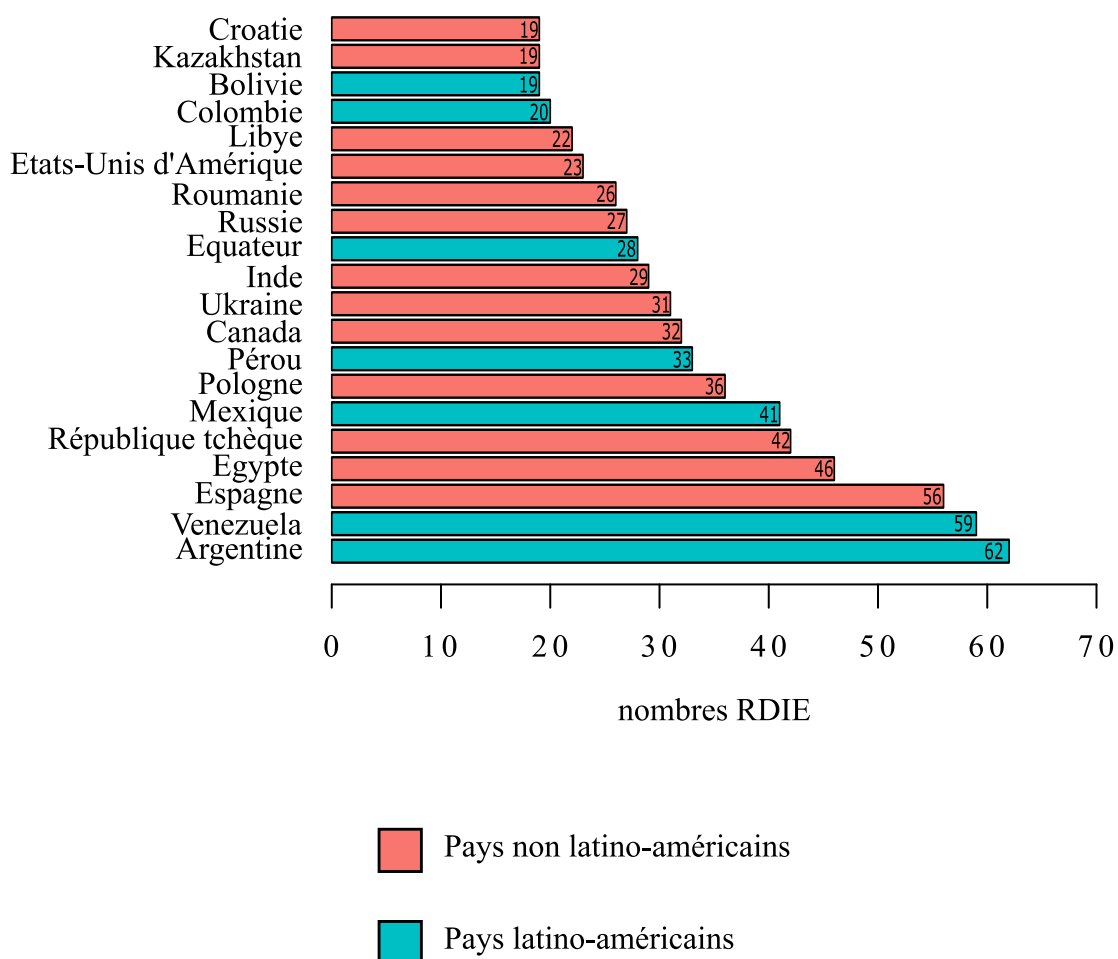


Figure 3 : Classement des Etats les plus fréquemment défendeurs dans le RDIE (affaires connues ; CIRDI et hors CIRDI), 1985-2022. Source : base de données de la CNUCED, v. ISDS navigator (consultée le 01/10/23). Liste des pays latino-américains définie en introduction (en bleu), les pays non latino-américains sont par opposition tous les autres pays (en rouge).

Figure 4 : Evolution au cours du temps du nombre d'apparition des dispositions relatives au droit de réglementer dans l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED

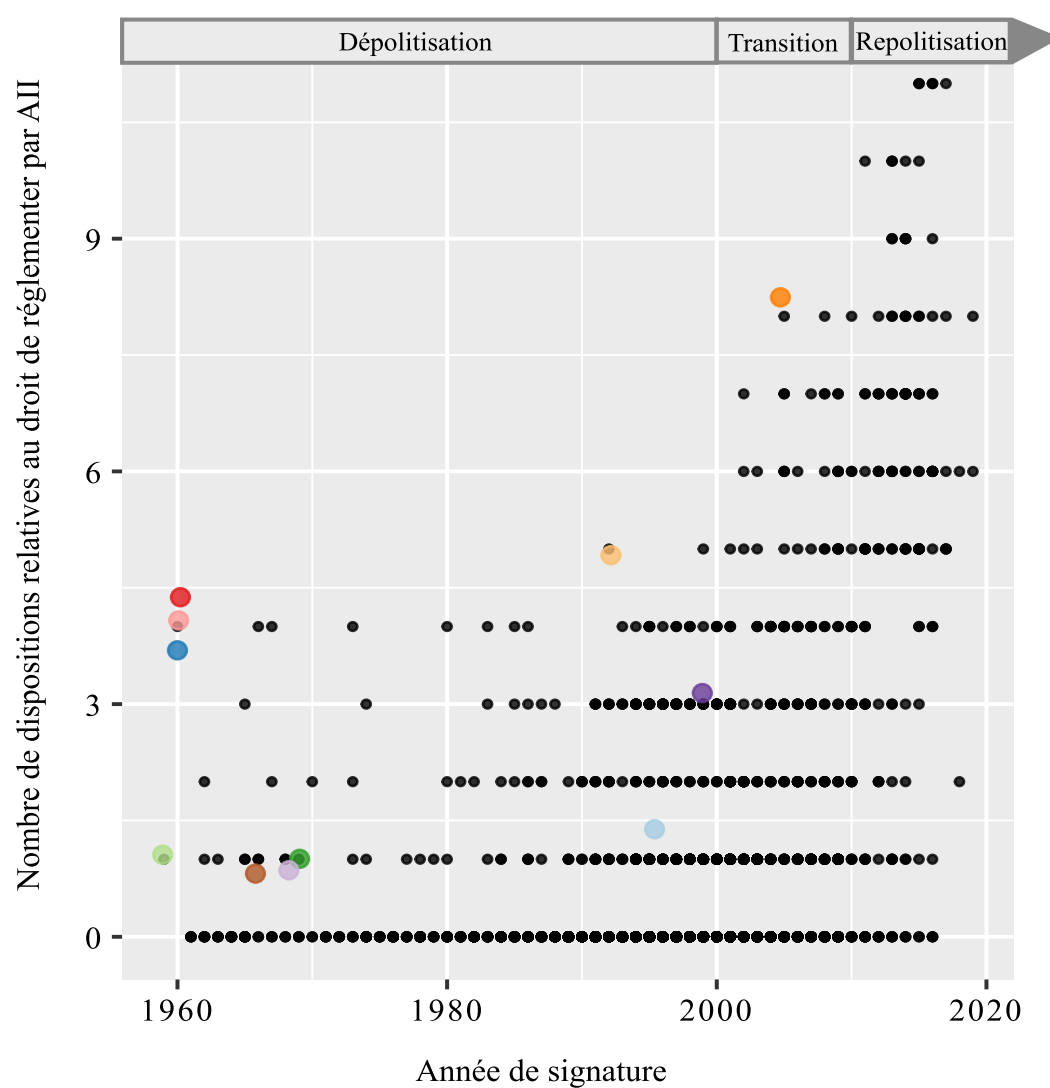


Figure 4 : Evolution au cours du temps du nombre d'apparition des dispositions relatives au droit de réglementer dans l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED

Dispositions relatives au droit de réglementer accompagnées de leur date d'apparition :

Préambule

- Droit de réglementer, 2005
- Développement durable, 1999
- Aspects sociaux de l'investissement, 1968
- Environnement, 1992

Clause déclaratoires

- Droit de réglementer, 1966
- Santé et environnement, 1959
- Aspects sociaux de l'investissement, 1969

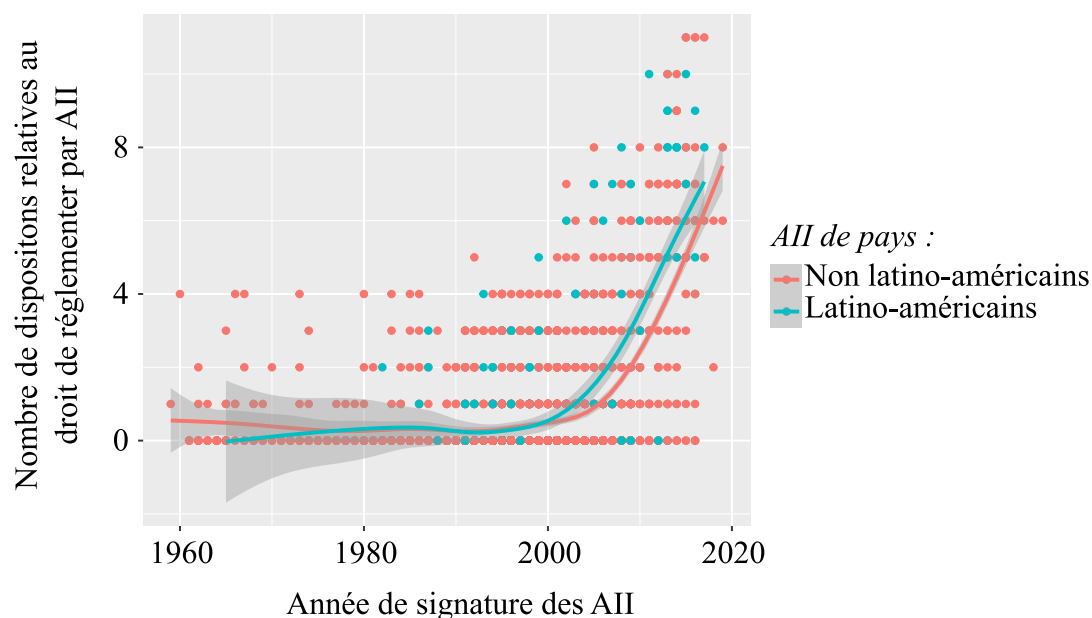
Exceptions

- Exception spécifique à l'expropriation indirecte, 1995
- Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité, 1960
- Exception générale relative à la santé et l'environnement, 1960
- Exception générale d'ordre public, 1960

Figure 4 : Représentation en nuage de points des AII par leur nombre de référence au droit de réglementer et en fonction de leur année de signature. Les références retenues sont : Exception spécifique sur l'expropriation indirecte ; Exception de sécurité ; Clause déclaratoire sur la santé et l'environnement ; Clause déclaratoire relative aux aspects sociaux liés aux investissements ; Exception Générale d'ordre public ; Exception Générale relatives à la santé et l'environnement ; Préambule Environnement ; Préambule Droit de réglementer ; Préambule aspects sociaux liés aux investissements ; Préambule Développement Durable; Clause déclaratoire sur le droit de réglementer. Le nombre d'AII cartographiés par la CNUCED (1958-2020) est de 2584. Les points de couleurs reportent l'année d'apparition des dispositions

Figure 5 : Comparaison du nombre de références au droit de régler par traités dans les AII cartographiés par la CNUCED entre les pays latino-américains et les pays non latino-américains.

A. Evolution du nombre de dispositions relatives au droit de régler par AII des pays latino-américains et des pays non latino-américains



B. Comparaison des distributions du nombre de dispositions relatives au droit de régler par AII de nouvelle génération (2010-2020)

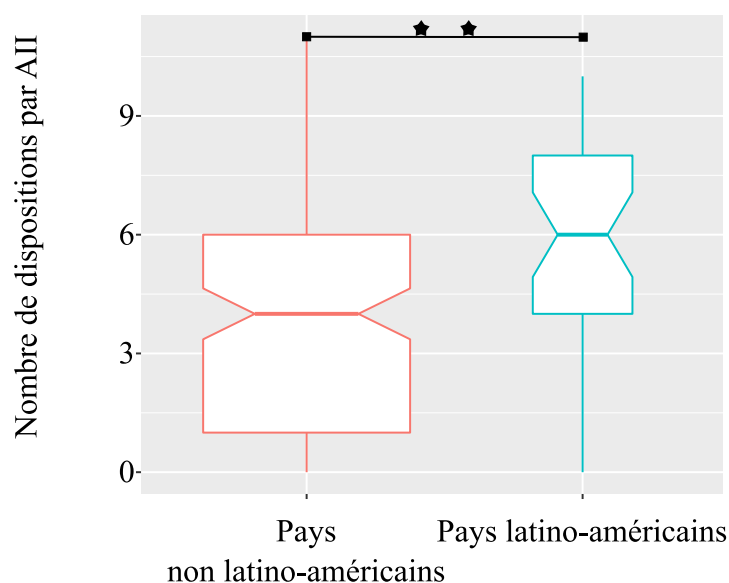


Figure 5 : Comparaison du nombre de références au droit de réglementer par traités dans les AII cartographiés par la CNUCED entre les pays latino-américains et les pays non latino-américains.

C. Classement des pays par leur nombre d'AII de nouvelle génération combinant le plus de références au droit de réglementer

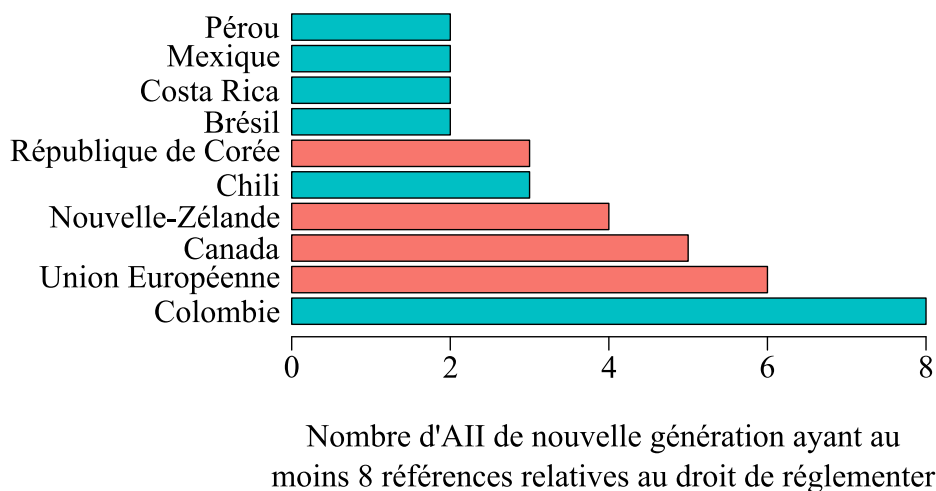
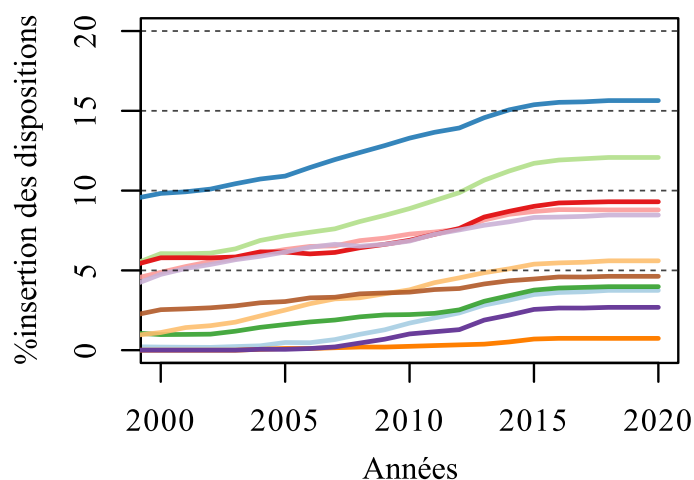


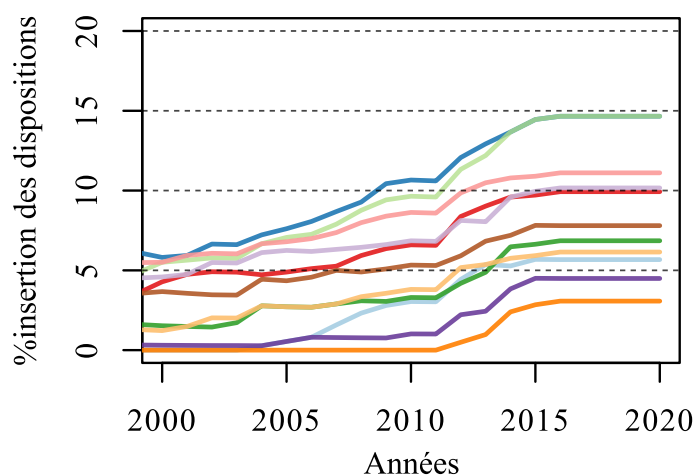
Figure 5 : Comparaison de l'insertion du nombre de dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII cartographiés par la CNUCED des pays latino-américains avec les pays non latino-américains. A : Représentation par un nuage de points du nombre de références au droit de réglementer par AII en fonction des années de signature des AII latino-américains (bleu) et des AII des pays non latino-américains (rouge). Les courbes représentent l'approximation par une fonction polynomiale des moyennes du nombre de référence par AII au cours du temps, respectivement pour les pays latino-américains et non latino-américains. L'aire grisée autour des courbes de moyenne du nombre de références au droit de réglementer par AII représente les intervalles de confiance à 95%. B : Représentation en boîte à moustache des distributions du nombre de références au droit de réglementer dans les AII de nouvelle génération (2010-2020) des pays latino-américains (bleu) et des pays non latino-américains (rouge). Les barres en gras représentent leurs médianes respectives. La double étoile représente une P-value inférieure à 1% d'un test statistique de comparaison de médiane (test de Wilcoxon-Mann-Whitney). Cela signifie que nous avons 99% de chance d'avoir raison en affirmant que ces médianes sont statistiquement différentes. C : Classement des pays par leur nombre d'AII de nouvelle génération comportant au moins huit dispositions relatives au droit de réglementer.

Figure 6 : Evolution cumulative du pourcentage d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII des années 2000 à 2020 pour le monde et l'amérique latine

A. Taux moyen d'insertion des dispositions dans l'ensemble des AII du Monde



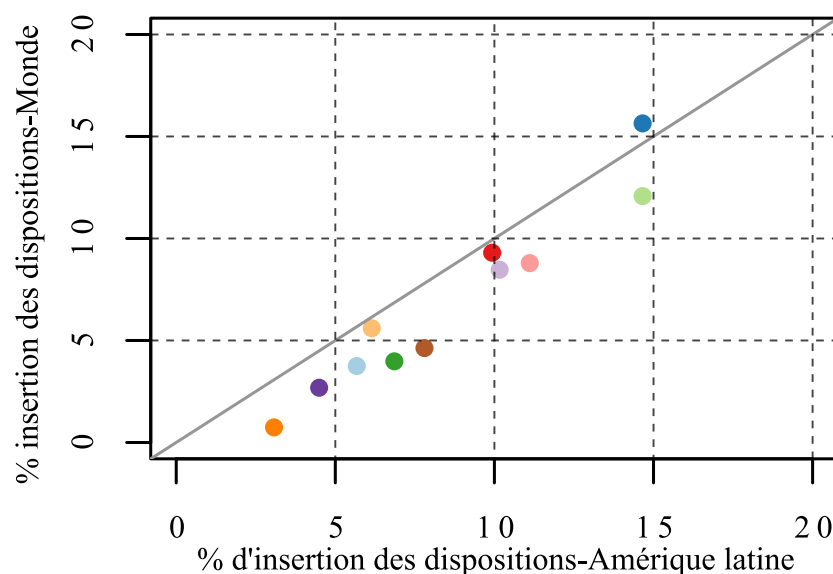
B. Taux moyen d'insertion des dispositions dans l'ensemble des AII d'Amérique latine



- Préambule.Droit de réglementer
- Préambule.Développement durable
- Préambule.Aspects sociaux de l'investissement
- Préambule.Environnement
- Clause déclaratoire.Droit de réglementer
- Clause déclaratoire.Santé et environnement
- Clause déclaratoire.Aspects sociaux de l'investissement
- Exception spécifique à l'expropriation indirecte
- Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité
- Exception générale relative à la santé et à l'environnement
- Exception générale d'ordre public

Figure 6 : Evolution cumulative du pourcentage d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII des années 2000 à 2020 pour le monde et l'amérique latine

C. Comparaison des taux moyens d'insertion des dispositions en 2020 dans l'ensemble des AII du Monde et des pays d'amérique latine



Préambule

- Droit de réglementer
- Développement durable
- Aspects sociaux de l'investissement
- Environnement

Clause déclaratoires

- Droit de réglementer
- Santé et environnement
- Aspects sociaux de l'investissement

Exceptions

- Exception spécifique à l'expropriation indirecte
- Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité
- Exception générale relative à la santé et l'environnement
- Exception générale d'ordre public

Figure 6 : Taux d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer dans l'ensemble des AII signés dans le Monde et ceux signés en Amérique latine, issus de la base de données des AII cartographiés de la CNUCED. A : Courbes des moyennes mondiales de l'évolution des taux d'insertions des dispositions relatives au droit de réglementer. B : Courbes des moyennes latino-américaines de l'évolution des taux d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer. C : Nuage de points représentant les moyennes mondiales des taux d'insertion des dispositions relatives au droit de réglementer sur l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED en fonction de celles d'Amérique latine.

Tableau 1: Profil de statistiques descriptives de la composition en mesures relatives au droit de réglementer de l'ensemble des AII cartographiés par la CNUCED.

	Statistiques	1958-2000	2001-2009	2010-2020	1958-2020
Tous pays confondus	Nombre total d'AII conclus	1707	691	186	2584
	Nombre d'AII comportant au moins une disposition relative au droit de réglementer	292	274	153	719
	Taux d'AII incorporant au moins une disposition relative au droit de réglementer	0,17	0,4	0,82	0,28
	Somme des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII	564	662	809	2035
	Taux moyen de disposition relative au droit de réglementer	0,33	0,96	4,35	0,79
Pays d'Amérique latine	Nombre total d'AII conclus	310	78	35	423
	Nombre d'AII comportant au moins une disposition relative au droit de réglementer	50	32	30	112
	Taux d'AII incorporant au moins une disposition relative au droit de réglementer	0,16	0,41	0,86	0,26
	Somme des dispositions relatives au droit de réglementer dans les AII	97	108	195	400
	Taux moyen de disposition relative au droit de réglementer	0,31	1,38	5,57	0,95

Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED et les indicateurs répertoriés à partir du UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project. Base de données UNCTAD's IIA Navigator, International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. Les dispositions relatives au droit de réglementer sont : Exception spécifique sur l'expropriation indirecte ; Exception de sécurité ; Clause déclaratoire sur la santé et l'environnement ; Clause déclaratoire relative aux aspects sociaux liés aux investissements ; Exception Générale d'ordre public ; Exception Générale relatives à la santé et l'environnement ; Préambule Environnement ; Préambule Droit de réglementer ; Préambule aspects sociaux liés aux investissements ; Préambule Développement Durable; Clause déclaratoire sur le droit de réglementer.

Tableau 2: Profil analytique de l'ensemble des dispositions relatives au droit de réglementer de l'Etat, dans l'ensemble des AII entre 1959 et 2020.

Période	Catégories	Dispositions relatives au droit de réglementer	Taux pour l'Amérique latine (en %)	Taux pour l'ensemble des pays (en %)
1959-2000	Préambule	Droit de réglementer	0	0
		Développement durable	0,32	0,06
		Aspects sociaux de l'investissement	4,52	4,22
		Environnement	1,29	1
	Clauses déclaratoires	<i>Toute référence con fondue</i>	4,84	4,39
		Droit de réglementer	3,55	2,46
		Santé et environnement	4,84	5,33
		Aspects sociaux de l'investissement	1,61	1,17
	Exceptions	Exception spécifique à l'expropriation indirecte	0	0,18
		Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité	6,13	8,91
2001-2009	Préambule	Exception générale relative à la santé et à l'environnement	3,55	5,04
		Exception générale d'ordre public	5,48	4,69
		Combinaison droit de réglementer	0	0
		Nombre total de traités cartographiés	310	1707
	Clauses déclaratoires	Droit de réglementer	0	0,58
		Développement durable	2,56	1,59
		Aspects sociaux de l'investissement	14,1	12,16
		Environnement	11,54	8,97
	Exceptions	<i>Toute référence con fondue</i>	17,95	14,33
		Droit de réglementer	10,26	6,94
2010-2020	Préambule	Santé et environnement	24,36	15,2
		Aspects sociaux de l'investissement	8,97	4,92
		Exception spécifique à l'expropriation indirecte	11,54	3,76
		Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité	21,79	19,25
	Clauses déclaratoires	Exception générale relative à la santé et à l'environnement	15,38	9,55
		Exception générale d'ordre public	17,95	12,88
		Combinaison droit de réglementer	0	0
		Nombre total de traités cartographiés	78	691
	Préambule	Droit de réglementer	37,14	13,44
		Développement durable	45,71	34,95
		Aspects sociaux de l'investissement	51,43	37,63
		Environnement	37,14	36,56
2010-2020	Clauses déclaratoires	<i>Toute référence con fondue</i>	65,71	56,45
		Droit de réglementer	40	23,12
		Santé et environnement	80	68,28
		Aspects sociaux de l'investissement	48,57	32,8
	Exceptions	Exception spécifique à l'expropriation indirecte	42,86	40,86
		Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité	74,29	61,83
		Exception générale relative à la santé et à l'environnement	54,29	48,92
		Exception générale d'ordre public	45,71	36,56
		Combinaison droit de réglementer	17,14	8,06
		Nombre total de traités cartographiés	35	186

Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED et les indicateurs répertoriés à partir du UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project. Base de données UNCTAD's IIA Navigator, International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. La combinaison du droit de réglementer correspond à la présence dans le traité d'une mention dans le préambule au droit de réglementer conjointement avec la clause déclaratoire relative au droit de réglementer ainsi qu'au moins une des références suivantes : exception générale d'ordre public, exception relative aux intérêts essentiels de sécurité, et l'exception spécifique à l'expropriation indirecte.

Tableau 3: Profil analytique de l'ensemble des dispositions relatives au droit de réglementer de l'Etat, dans l'ensemble des AII issus de la base de donnée complémentée, entre 2001 et 2023.

Période	Catégories	Dispositions relatives au droit de réglementer	Taux (%)	Nombre AII
2001-2009	Préambule	Droit de réglementer	14,95	107
		Développement durable	20,56	
		Aspects sociaux de l'investissement	29,91	
		Environnement	28,04	
	Clauses déclaratoires	<i>Toute référence confondue</i>	32,71	
		Droit de réglementer	8,41	
		Santé et environnement	36,45	
		Aspects sociaux de l'investissement	14,95	
		Exception spécifique à l'expropriation indirecte	21,5	
		Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité	38,32	
		Exception générale relative à la santé et à l'environnement	20,56	
2010-2023	Préambule	Exception générale d'ordre public	17,76	
		<i>Combinaison droit de réglementer</i>	0,93	
		Droit de réglementer	47,3	
		Développement durable	52,7	
	Clauses déclaratoires	Aspects sociaux de l'investissement	63,51	
		Environnement	45,95	
		<i>Toute référence confondue</i>	75,68	
		Droit de réglementer	25,68	
		Santé et environnement	82,43	
		Aspects sociaux de l'investissement	47,3	
		Exception spécifique à l'expropriation indirecte	58,11	
	Exceptions	Exception relative aux intérêts essentiels de sécurité	79,73	
		Exception générale relative à la santé et à l'environnement	48,65	
		Exception générale d'ordre public	45,95	
	<i>Combinaison droit de réglementer</i>		12,16	

Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED et les indicateurs répertoriés à partir du UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project. Base de données UNCTAD's IIA Navigator, International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub. Cette base de donnée a été complémentée par l'ajout de la cartographie de 69 AII, réalisée au cours de cette thèse. La combinaison du droit de réglementer correspond à la présence dans le traité d'une mention dans le préambule au droit de réglementer conjointement avec la clause déclaratoire relative au droit de réglementer ainsi qu'au moins une des références suivantes : exception générale d'ordre public, exception relative aux intérêts essentiels de sécurité, et l'exception spécifique à l'expropriation indirecte.

BIBLIOGRAPHIE

SOMMAIRE DE LA BIBLIOGRAPHIE

I. BIBLIOGRAPHIE.....	346
A. Recueil des cours de l'Académie de droit international.....	346
B. Ouvrages.....	346
C. Contributions.....	350
D. Articles.....	358
E. Divers.....	373
 II. DOCUMENTS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES.....	 379
A. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.....	379
B. Commission Économique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes.....	382
C. Commission du Droit International.....	383
D. Organisation de coopération et de développement économiques.....	383
E. Nations Unies.....	383
F. Organisation mondiale du commerce.....	384
G. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.....	385
H. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.....	386
 III. JURISPRUDENCE.....	 386
A. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.....	386
B. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.....	392
C. Chambre de Commerce internationale.....	393
D. Tribunal irano-américain des réclamations.....	393
E. Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de justice de l'Union européenne.....	394
F. Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice.....	394
G. Organisation mondiale du commerce.....	396
H. Sentences arbitrales.....	398
 IV. CONVENTIONS INTERNATIONALES ET DOCUMENTS OFFICIELS.....	 400
A. Conventions internationales.....	400
B. Documents officiels des États latino-américains.....	401
C. Documents officiels des Organisations régionales latino-américaines.....	403
D. Traités relatifs aux investissements.....	406
 V. SITOGRAFIE.....	 414

I. BIBLIOGRAPHIE

A. Recueil de cours de l'Académie de droit international

ALVAREZ (J. E.), « *The Public International Law Regime Governing International Investment* », *R.C.A.D.I.*, 2011, vol.344, pp.193-544.

DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002, vol.297, pp.9-489.

JUILLARD (P.), « L'évolution des sources du droit des investissements », *R.C.A.D.I.*, 1994, vol.250, pp.9-216.

KRAUS (H.), « La morale internationale », *R.C.A.D.I.*, 1927, vol.16, pp.385-540.

ROUSSEAU (Ch.), « L'indépendance de l'État dans l'ordre international. Cours de droit international public », *RCADI*, 1948, vol. 73, pp.167-253.

VON VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1931, vol.37, pp.323-412.

YASSEEN (M. K.), « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *R.C.A.D.I.*, III-1976, vol.151, 114p.

B. Ouvrages

ALSCHNER (W.), *Investment Arbitration and State-Driven Reform – New Treaties, Old Outcomes*, O.U.P, New York, 2022, 352p.

BASLAR (K.), *The Concept Of The Common Heritage Of Mankind In International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998, 427p.

BORCHARD (E. M.), *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad: Or The Law of International Claims*, Banks Law Publishing Co., New York, 1915, xxxvii+988p.

BRAUD (Ph.), *Sociologie politique*, L.G.D.J., Paris, 2014, 11^{ème} éd., 672p.

BÜCHELER (G.), *Proportionality in Investor-State Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2015, xxiii+328p.

CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, éd. A. Rousseau, Guillaumin et cie., Paris, 1887, 4^{ème} éd., t.I, xxxiv+608p.

CALVO (C.), *Le droit international théorique et pratique*, éd. A. Rousseau, Guillaumin et cie., Paris, 1888, 6^{ème} éd., t.III, xxvii+588p.

CARREAU (D.), MARRELLA (F.), *Droit international*, Pedone, Paris, 2012, 11^{ème} éd., 734p.

CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2017, 6^e éd., xiii-941p.

CRAWFORD (J. R.), *State Responsibility – The General Part*, C.U.P., New York, 2013, lxxiv+825p.

CRAWFORD (J. R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, O.U.P., Oxford, 2012, 8^{ème} éd., lxxx+803p.

CRAWFORD (J.R.), BROWNLIE (I.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, O.U.P., Oxford, 2019, 9^{ème} éd., lxxxv+785p.

DAILLIER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, éd. L.G.D.J., Paris, 8^{ème} éd., 2009, 1709p.

DECAUX (E.), FROUVILLE (O., de), *Droit international public*, éd. Dalloz, 13^{ème} éd., 2023, xiv+734p.

DIEL-GLIGOR (K.), *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2017, xxiv+590p.

DOLZER (R.), SCHREUER (Ph.), *Principles of International Investment Law*, O.U.P., Oxford, 2012, 2nd ed, 454p.

DUPUY (P.-M.), KERBRAT (Y.), *Droit international public*, éd. Dalloz, Paris, 2022, xxxiv+994p.

ELIZONDO (C. J.), DROUBI (S.) (eds.), *Latin America and international investment law. A mosaic of resistance*, Manchester University Press, Manchester, 2022, 448p.

FELLER (A. H.), *The Mexican claims commissions, 1923-1924. A study in the law and procedure of international tribunals*, The Macmillan company, New York, 1935, xxi+572p.

FRUTOS-PETERSON (C.), *L'émergence de l'arbitrage commercial international en Amérique latine : l'efficacité de son droit*, éd. L'Harmattan, Paris, 2003, 522p.

HENCKELS (C.), *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration. Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, C.U.P., Cambridge, 2015, xxxii+225p.

JESSUP (P. C.), *The Use of International Law*, The Thomas M. Cooley Lectures, 8th Series, University of Michigan Law School éd., 1959, xiv+164p.

LE FUR (L.), CHKLAVER (G.), *Recueil des textes de droit international public*, éd. Dalloz, Paris, 1928, 769p.

LEVASHOVA (Y.), *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance Between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, 320p.

LOVRIS (D.), *Deference to the Legislature in WTO Challenges to Legislation*, Kluwer, 2010, xxviii+237p.

LUFF (D.), *Le droit de l'organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, 1284p.

LUQUE MACÍAS (M. J.), *Re-Politicising International Investment Law in Latin America Through the Duty to Regulate Paradigm*, Springer Nature, Switzerland, 2021, xv+285p.

KURTZ (J.), *The WTO and International Investment Law. Converging Systems*, C.U.P., Cambridge, 2016, xiv+311p.

MATSUSHITA (M.), SCHOENBAUM (T.), MAVROIDIS (P.), *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, O.U.P., Oxford, 2006, 2nd éd., 1104p.

MILES (K.), *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, C.U.P., 2013, xxvi+464p.

MITCHELL (N.), *The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1999, 328p.

MOUYAL (L. W.), *International Investment Law and the Right to Regulate: A Human Rights Perspective*, Routledge, New-York, 2016, 282p.

NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Pedone, Paris, 2014, 650p.

NANTEUIL (A., de), *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2^{ème} éd., 2017, 512p.

NAY (O.) (dir.), *Lexique de science politique. Vie et institutions politiques*, Dalloz, Paris, 4^{ème} éd., 2017, 672p.

NEWCOMBE (A.), PARADELL (L.), *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, xix-598p.

PARRA (A. R.), *The History of ICSID*, O.U.P., First ed., 2012, lii+436p.

RICCI (J.-C.), *Droit administratif général*, Hachette, Paris, 2013, 5^{ème} éd., 320p.

SABANOULLARI (L.), *General Exception Clauses in International Investment Law: the recalibration of investment agreements via WTO-based flexibilities*, éd. Nomos, Baden-Baden, 2018, 433p.

SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, O.U.P., 2nd éd., 2015, xxxviii+479p.

SALACUSE (J. W.), *The Law of Investment Treaties*, 3^{ème} éd., O.U.P., Oxford, 2021, 640p.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001, xli-1198p.

SHEA (D. R.), *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, éd. University of Minnesota, Minneapolis, 1955, xv+323p.

SINCLAIR (I.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd éd., 1984, x+2170p.

SORNARAJAH (M.), *The International Law on Foreign Investment*, C.U.P., Cambridge, 2010, 3^{ème} éd., xxx+524p.

SUBEDI (S.), *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, xxii+229p.

TITI (C.), *The Right to Regulate in International Investment Law*, Nomos, Baden-Baden, 2014, 376p.

VADI (V.), *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, Routledge, New-York, 2013, xxiv+224p.

VADI (V.), *Analogies in International Investment Law and Arbitration*, C.U.P., Cambridge, 2015, xiv+304p.

VANDEVELDE (K. J.), *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, O.U.P., New York, 2010, xii+562p.

VATTEL (E., de), *Le droit des gens : principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, éd. Neuchâtel, Londres, 1758, t.I, 541p.

WAIBEL (M.), KAUSHAL (A.), CHUNG (K.-H.), BALCHIN (C.), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, liv+614p.

WILLIAMSON (J.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, éd. Institute for International Economics, Washington, 1990, xv+445p.

C. Contributions

ACKERMANN (T.), « Exception Clauses in International Investment Agreements A Case for Systematic Integration », in. AKBABA (M.), CAPURRO (G.) (eds), *International Challenges in Investment Arbitration*, Routledge, New York, 2018, pp.37-55.

ALSCHNER (W.), HUI (K.), « Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », in. SACHS (L.), COLEMAN (J.), JOHNSON (L.) (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2018*, O.U.P, New-York, 2019 (Forthcoming), *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, n°2018-22, 28p.

ALVAREZ (J. E.), KHAMSI (K.), « The Argentine Crisis and Foreign Investors. A Glimpse into the Heart of the Regime », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2008-2009*, O.U.P., New York, 2009, pp.379-478.

ARCURI (A.), VIOLI (F.), « Public Interest and International Investment Law: A Critical Perspective on Three Mainstream Narratives », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, pp.2185-2210.

AUDIT (B.), BURDEAU (G.), JUILLARD (P.), KAHN (P.), MAYER (P.), BEN HAMIDA (W.), « Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil », in. LEBEN (C.), (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, L.G.D.J., Paris, 2006, pp.185-202.

BARBIER (S.), CUJO (E.), « La nationalisation et l'expropriation », in. DAILLIER (P.), LA PRADELLE (G., de), GHÉRARI (H.) (dir.), *Droit de l'économie internationale*, Pedone, Paris, 2004, pp.685-698.

BELLEI TAGLE (C.), « Arbitraje de Inversiones en América Latina : de la Hostilidad a la Búsqueda de Nuevas Alternativas », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.98-129.

BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.), « Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn », in. BEHN (D.), FAUCHALD (O. K.), LANGFORD (M.) (éds), *The Legitimacy of Investment Arbitration. Empirical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp.1-38.

BJORKLUND (A. K.), « Emergency Exceptions: State of Necessity and *Force Majeure* », in. MUCHLINSKI (P. T.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.459-523.

BONNITCHA (J.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), WAIBEL (M.), *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, O.U.P., 2017, xxviii+325p.

COLEMAN (J.), JOHNSON (L. J.), LOBEL (N.), SACHS (L. E.), « IIAs 2018. A Review of Trends and New Approaches », in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.), (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2018*, OUP, New-York, 2019, pp.107-153.

COLEMAN (J.), CORDES (K. Y.), JOHNSON (L.), « Human Rights Law and the Investment Treaty Regime », in. DEVA (S.), BIRCHALL (D.) (dir), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar Publishing, Royaume-Uni, 2020, pp.290-314.

COLEMAN (J.), JOHNSON (L. J.), MERRILL (E.), SACHS (L. E.), « Investment Treaties and Models in 2019: (Mis)Aligned with the SDGs? », in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.), (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2019*, OUP, New-York, 2021, pp.142-164.

DANIC (O.), « Droit international des investissements, droits de l'Homme, droit de l'environnement », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp.531-579.

DUPUY (P.-M.), « Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in. DUPUY (P.-M.), FRANCIONI (F.), PETERSMANN (E.-U.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.45-62.

DUPUY (P.-M.), RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, pp.375-413.

ESCOBAR (A. A.), « Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceedings », in. LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, LGDJ, Anthemis, Paris, 2006, pp.219-236.

FRENKEL (R.), « Las Perspectivas de América Latina en Materia de Endeudamiento Externo », in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, pp.121-154.

GARCÍA CARRIÓN (D.), « Ecuador, ¿Qué Pasó entre la Salida y el Retorno del CIADI ? », in. HERNÁNDEZ TERÁN (M.) (dir.), *El retorno del Ecuador al CIADI y la Corte Constitucional (Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)*, Universida Católica de Santiago de Guayaquil éd., Ecuador, 2022, pp.123-147.

GEHRING (M. W.), KENT (A.), « Sustainable Development and IIAs: From Objective to Practice » in. De MESTRAL (A.), LÉVESQUE (C.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, New-York, 2013, pp.284-302.

GIANNAKOPOULOS (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach », in. PAZARTZIS (P.), MERKOURIS (P.) (dir), *Permutations of Responsibility in International Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, Draft Paper, 34p.

HOFFMANN (A. K.), « Indirect Expropriation », in. REINISCH (A.), *Standards of Investment Protection*, O.U.P., Oxford, 2008, pp.151-170.

JOHNSON (O. T.), GIMBLETT (J.), « From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law », in. SAUVANT (K. P.) (éd.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, O.U.P., 2011, pp.649-692.

JOHNSON (L.), SACHS (L.), « International Investment Agreements, 2011-2012: A Review of Trends and New Approaches », in. BJORKLUND (A.) (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2012-2013*, O.U.P., Oxford, 2014, pp.219-261.

KAHN (P.), « Les investissements internationaux, nouvelles donnees : un droit transnational de l'investissement », in. KAHN (P.) et WÄLDE (T. W.) (dir.), *Les aspects nouveaux du droit international des investissements*, Académie de droit international de La Haye, éd. M.Nijhoff, Leiden/Boston, 2007, pp.3-41.

KAY (C.), « Latin American Structuralist School », in. KITCHIN (R.), THRIFT (N.) (eds), *International Encyclopedia of Human Geography*, vol.6, Elsevier ed., Amsterdam, 2009, pp.159-164.

KENTIN (E.), « Economic Crisis and Investment Arbitration: The Argentine Cases », in. KAHN (P.), WÄLDE (T. W.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2007, pp.629-667.

KINGSBURY (B.), SCHILL (S. W.), « Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in Public Interest – The Concept of Proportionality », *in*. SCHILL (S. W.) (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, O.U.P., Oxford, 2010, pp.75-104.

KRIEBAUM (U.), SCHREUER (C.), « The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law », *in*. BREITENMOSER (S.) (dir.), *Droits de l'homme, démocratie et État de droit : Liber Amicorum Luzius Wlldhaber*, Nomos, Zürich, 2007, pp.1-20.

LABORIER (P.), « Légitimité », *in*. BOUSSAGUET (L.), JACQUOT (S.), RAVINET (P.) (dir.), *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, Paris, 2019, 5^{ème} éd., pp.331-338.

LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », *in*. SUDRE (F.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.63-89.

LATTY (F.), « Quelques configurations complexes de l'application du principe *lex specialis* au plan international : le point de vue du droit international des investissements », *in*. SFDI (Muriel UBEDA- SAILLARD, dir.), *La mise en œuvre de la *lex specialis* dans le droit international contemporain*, Journée d'études de Lille, Paris, Pedone, 2017, pp.117-131.

LAVRANOS (N.), « The ICS and MIC Projects: A Critical Review of the Issues of Arbitrator Selection, Control Mechanisms, and Recognition and Enforcement », *in*. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, Springer, Singapore, pp.841-863.

LEBEN (Ch.), « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », *in*. LEBEN (Ch.) (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement - Nouveaux développements*, LGDJ, Anthemis, Paris, 2006, pp.163-183.

LEBEN (Ch.), « Droit international des investissements : un survol historique », *in*. LEBEN (Ch.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, pp.1-79.

LEGUM (B.), PETCULESCU (I.), « GATT Article XX and International Investment Law », *in*. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., 2013, pp.340-362.

LERNER (D. F.), « The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR », *in*. FRANCA FILHO (M. T.), LIXINSKI (L.), OLMOS GIUPPONI (M. B.) (eds), *The law of Mercosur*, éd. Hart, Portland, 2010, pp.277-290.

LÉVESQUE (C.), « The Inclusion of GATT Article XX Exceptions in IIAs: A Potentially Risky Policy », in. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., New York, 2013, pp.363-370.

LUQUE MACÍAS (M. J.), « Current Approaches to the International Investment Law Regime in South America », in. HERRMANN (C.), KRAJEWSKI (M.), TERHECHTE (J. P.) (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2014*, Springer, Berlin, 2014, pp.285-308.

MAGGETTI (M.), CHOER MORAES (H.), « The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption », in. DUNLOP (C.), RADAELLI (C.), TREIN (P.) (eds), *Learning in Public Policy: Analysis, Modes and Outcomes*, éd. Palgrave Macmillan, Switzerland, 2018, pp.295-316.

MALINTOPPI (L.), « Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators », in. MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.789-829.

MARKERT (L.), « The Crucial Question of Future Investment Treaties: Balancing Investor's Rights and Regulatory Interests of Host States », in. BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HINDELANG (S.) (eds.), *European Yearbook of International Economic Law – International Investment Law and EU Law*, Springer, Berlin, 2011, pp.145-171.

MARKERT (L.), TITI (C.), « States Strike Back – Old and New Ways for Host States to Defend against Investment Arbitrations » in. BJORKLUND (A.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2013-2014*, O.U.P., Oxford, 2015, pp.401-435.

MILANO (E.), PRIETO MUÑOZ (J. G.), « Inter-State Arbitration, or Adjudication, and Foreign Investment in the Recent Latin American Experience », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.207-228.

MITCHELL (A. D.), MUNRO (J.), VOON (T.), « Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements: Proportionality, Myths, and Risks », (2017), Forthcoming in. SACHS (L. E.), JOHNSON (L. J.), COLEMAN (J.) (eds), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2016-2017*, O.U.P., New York, 2018, 50p.

MOURRA (M. H.), « The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes », in. MOURRA (M. H.), CARBONNEAU (T. E.) (eds), *Latin American Investment Treaty Arbitration-The Controversies and Conflicts*, éd. Kluwer Law International, 1^{ère} éd., The Netherlands, 2008, pp.5-68.

MUCHLINSKI (P.), « Corporate Social Responsibility », in. MUCHLINSKI (P. T.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, O.U.P., New York, 2008, pp.637-687.

MUCHLINSKI (P.), « General Exceptions in International Investment Agreements – Preface » *in*. CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M. W.), NEWCOMBE (A.) (dir.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, pp.351-353.

MUCHLINSKI (P.), « Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in the Reform of International Investment Law », *in*. ECHANDI (R.), SAUVÉ (P.) (eds), *Prospects in International Investment Law and Policy – World Trade Forum*, C.U.P., 2013, pp.411-442.

NANTEUIL (A., de), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », *in*. LEBEN (Ch.) (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, pp.581-611.

NEWCOMBE (A.), « General Exceptions in International Investment Agreements », *in*. CORDONIER SEGGER (M.-C.), GEHRING (M. W.), NEWCOMBE (A.) (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, pp.351-370.

NEWCOMBE (A.), « The Use of General Exceptions in IIAs: Increasing Legitimacy or Uncertainty? », *in*. De MESTRAL (A.), LÉVESQUE (C.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, New-York, 2013, pp.267-283.

OCAMPO (J. A.), « La Crisis Latinoamericana de la Deuda a la Luz de la Historia », *in*. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, pp.19-51.

PATHIRANA (D.), McLAUGHLIN (M.), « Non-Precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice », *in*. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (dir), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, pp.483-505.

PAULSSON (J.), « What Authority do International Arbitrators have over States », *in*. VAN DEN BERG (A. J.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, La Haye, 2005, pp.132-165.

PAUWELYN (J.), « Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law », *in*. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.), *The Foundations of International Investment Law*, O.U.P., 2014, pp.11-43.

PAUWELYN (J.), « Defenses and the Burden of Proof in International Law », *in*. BARTELS (L.), PADDEU (F.) (dir), *Exceptions in International Law*, O.U.P, 2020, Working paper, 2017, 28p.

PELLET (A.), « Appel ou annulation des sentences CIRDI ? Retour sur un débat sans conclusion », in. POIRAT (F.), MAISON (R.), MATRINGE (J.) (dirs.), *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles Leben*, Pedone, Paris, 2015, pp.355-374.

PETERSON (L. E.), « All Road Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties », in. ZARSKY (L.), *International Investment for Sustainable Development*, Routledge, London, 2004, 1st ed., pp.123-149.

POLANCO LAZO (R.), « Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.68-97.

PRIETO MUÑOZ (J. G.), « International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.130-156.

PRIETO-RÍOS (E. A.), « Encrypted International Investment Law in the Age of Neo-Colonialism », in. R. SANÍN-RESTREPO (ed.), *Decrypting Power*, Rowman & Littlefield Publishers, Londres, 2018, pp.49-66.

ROBERTS (A.), « The Next Battleground: Standards of Review in Investment Treaty Arbitration », in., VAN DEN BERG (A. J.) (ed.), *Arbitration – The Next Fifty Years, 50th Anniversary Conference*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series, vol.16, Geneva, 2011, pp.170-180.

ROSE-ACKERMAN (S.), TOBIN (J. L.), « Do BITs Benefit Developing Countries?", in. ROGERS (C. A.), ALFORD (R. P.), *The Future of Investment Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.131-144.

SALMON (J. A.), « Le concept de raisonnable en droit international public », in. *Le droit international : Unité et diversité, Mélanges offerts à Paul REUTER*, Pedone, Paris, 1981, pp.447-478.

SANCHEZ BADIN (M. R.), MOROSINI (F.), « Navigating between Resistance and Conformity with the International Investment Regime: The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFIs) », in. MOROSINI (F.), SANCHEZ BADIN (M. R.) (eds), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, C.U.P., New York, 2017, pp.188-217.

SAUVANT (K. P.), ALVAREZ (J. E.), « Introduction: International Investment Law in Transition », in. SAUVANT (K. P.), ALVAREZ (J. E.) (dir), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, O.U.P., New-York, 2011, pp.xxxi-xlii.

SCHULTZ (T.), « Against Consistency in Investment Arbitration », in. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.) (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, O.U.P., New York, 2014, xliii-541p.

SEIF (I.), « Business and Human Rights in International Investment Law: Empirical Evidence », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (dir), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapour, 2021, pp.1759-1782.

SORNARAJAH (M.), « A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, O.U.P., New York, 2008, pp.39-80.

SORNARAJAH (M.), « The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration », in. ROGERS (C. A.), ALFORD (R. P.), *The Future of Investment Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.273-296.

SPIELMANN (D.), « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques, vol.XIII, Luxembourg, 2010, pp.203-255.

STERN (B.), « In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation », in. ROVINE (A.) (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Kluwer, La Haye, 2007, pp.29-51.

STERN (B.), « The Future of International Law: A Balance Between the Protection of Investors and the State's Capacity to Regulate », in. SAUVANT (K.P.), ALVAREZ (J.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, O. U. P., Oxford, 2011, pp.174-192.

TZANAKOPOULOS (A.), « Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties » in. HOFMANN (R.), TAMS (C.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration?*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp.75-93, Forthcoming, disponible à : <https://ssrn.com/abstract=1735495>, 15p.

VANDEVELDE (K. J.), « A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests », in. SAUVANT (K. P.) (ed), *Yearbook on International Investment Law and Policy, 2008-2009*, O.U.P., New York, 2009, pp.283-316.

VIÑUALES (J. E.), « Concluding Observations: The Laws and the Judge of Foreign Investment », in. TANZI (A.), ASTERITI (A.), POLANCO LAZO (R.), TURRINI (P.) (dir.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, éd. Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, pp.824-833.

VIÑUALES (J. E.), « Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law », in. BARTELS (L.), PADDEU (F.) (dir), *Exceptions in International Law*, O.U.P, 2020, Working paper, 2017, 24p.

VAN AAKEN (A.), « Control Mechanisms in International Investment Law », in. DOUGLAS (Z.), PAUWELYN (J.), VIÑUALES (J. E.) (dir), *The foundations of International Investment Law. Bringing Theory Into Practice*, O.U.P., Oxford, 2014, pp.409-435.

Von WALTER (A.), « Balancing Investors' and Host States' Rights – What Alternatives for Treaty-makers? », in. BUNGENBERG (M.), GRIEBEL (J.), HINDELANG (S.) (eds.), *European Yearbook of International Economic Law – International Investment Law and EU Law*, Springer, Berlin, 2011, pp.141-143.

WAINCYMER (J.), « Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation », in. DUPUY (M.), FRANCIONI (F.), PETERSMANN (E.-U.) (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, O.U.P., Oxford, 2009, pp.275-309.

ZAGEL (G.), (M.), « Achieving Sustainable Development Objectives in International Investment Law », in. CHAISSE (J.), CHOUKROUNE (L.), JUSOH (S.) (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2021, pp.1933-1985.

D. Articles

AFILALO (A.), « Meaning, Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-)Construction of NAFTA Chapter 11 », *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol.25(2), 2005, pp.279-314.

ALSCHNER (W.), « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *Yale Journal of International Law*, vol.42(1), 2017, pp.1-66.

ALSCHNER (W.), SKOUGAREVSKIY (D.), « Mapping the Universe of International Investment Agreements », *J.I.E.L.*, vol. 19(3), 2016, pp. 561-588, Forthcoming, 35p.

ALVAREZ (J. E), « The Return of the State », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 20(2), 2011, p.223-264.

ALVAREZ (J. E.), « Is Investor-State Arbitration “Public”? », *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, vol. 7(3), pp.534-576.

ARATO (J.), « The Margin of Appreciation in International Investment Law », *Virginia Journal of International Law*, 2014, vol.54(3), pp.545-578.

BAETENS (F.), « Protecting Foreign Investment and Public Health through Arbitral Balancing and Treaty Design », *I.C.L.Q.*, vol.71(1), 2022, pp.139-182.

BALTAG (C.), JOSHI (R.), DUGGAL (K.), « Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little ? », *ICSID Review – FILJ*, vol.38(2), 2023, pp.381-421

BARTELS (L.), « Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights », *Journal of World Trade*, vol.36(2), 2002, pp.353-403.

BARREIRO LEMOS (L.), CAMPELLO (D.), « The Non-Ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil: A Story of Conflict in a Land of Cooperation », *Review of International Political Economy*, vol.22(5), 2015, pp. 1055-1086.

BAS VILIZZIO (M.), « Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión : Mapa de Situación en América del Sur », *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3 (n°5), 2015, pp.233-253.

BEEN (V.), BEAUVAIS (J. C.), « The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », *New York University Law Review*, vol.78(1), 2003, pp.30-143.

BEN HAMIDA (W.), « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *J.D.I.*, n°4, 2008, 19p.

BIGGS (G.), « The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile U.S. Free Trade Agreement », *ICSID Review – F.I.L.J.*, 2004, vol.19(1), pp.61-86.

BOISSON de CHAZOURNES (L.), « Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang? », *A.C.D.I.*, 2017, vol.10, pp.371-399.

BOS (K.), GUPTA (J.), « Climate Change: The Risks of Stranded Fossil Fuel Assets and Resources to the Developing World », *Third World Quarterly*, vol.39(3), 2018, pp.436-453.

BREW (R.), « Exception Clauses in International Investment Agreements as a Tool for Appropriately Balancing the Right to Regulate with Investment Protection », *Canterbury Law Review*, vol.25, 2019, pp.205-242.

BROCH (J.), « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n° 1, janvier-mars 2017, pp.59-86.

BROCHES (A.), « Observations on the Finality of ICSID Awards », *ICSID Review – FILJ*, vol.6(2), 1991, pp.321-380.

BROWER (C. H.), « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.40(1), 2001, pp.43-88.

BROWER (C. N.), BROWER II (C. H.), SHARPE (J.), « The Coming Crisis in the Global Adjudication System », *Arbitration International*, vol.19(4), 2003, pp.415-440.

BROWER (C. N.), SCHILL (S.), « Is Arbitration a Threat of a Boon to the Legitimacy of International Investment Law? », *Chicago Journal of International Law*, vol.9(2), 2009, pp.471-498.

BROWN (J. G.), « International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat? », *Western Journal of Legal Studies*, vol.3(1), Article 3, 25p.

BURKE-WHITE (W. W.), « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol.3(1), 2008, pp.199-234.

BURKE-WHITE (W. W.), Von STADEN (A.), « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », vol.48(2), *Virginia Journal of International Law*, 2008, vol.48(2), pp.307-410.

BURKE-WHITE (W.), Von STADEN (A.), « Private Litigation in the Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration », *Yale Journal of International Law*, vol.35(2), 2010, pp.283-346.

CÁRDENAS (F.), PARDO (D.), BARRERA (D.), « ¿De Dónde Viene Ese Derecho Internacional ? La Implantación de Creencias de Inversión Extranjera y Protección Ambiental en Latinoamérica », *Vniversitas*, Bogotá, 2023, vol.72, 30p.

CARON (D.), « ICSID in the Twenty-First Century: An Interview with Meg Kinnear », *Proceedings of the 104th Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2010, pp.413-434.

CARREAU (D.), FLORY (T.), JUILLARD (P.), « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, vol.38, 1992, pp.757-807.

CASTRO PEÑA (M.), « El Estado Colombiano Ante Un Arbitraje Internacional de Inversión (Colombia Before an International Investment Arbitration) », *Revista Derecho del Estado*, Colombia, 2017, vol.38, pp.23-66.

CAZALA (J.), « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol.66, 2011, pp.41-84.

CAZALA (J.), « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *Journal du droit international*, 2017, n°1, pp.81-97.

CHAISSÉ (J.), « Exploring the Confines of International Investment and Domestic Health Protections: Is a General Exceptions Clause a Forced Perspective? », *American Journal of Law and Medicine*, 2013, vol.39(2-3), pp.332-360.

CHIODI (V.), AHUMADA (J. M.), « Introduction. L'Amérique latine et l'après-cycle des *commodities* », *Cahiers des Amériques latines*, n°99, 2022/1, pp.25-34.

CHOER MORAES (H.), HEES (F.), « Breaking the BIT Mold : Brazil's Pioneering Approach to Investment Agreement », *A.J.I.L. Unbound*, vol.112, 2018, pp.197-201.

CHOUDHURY (B.), « Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.41(3), 2008, pp.775-832.

CHOUDHURY (B.), « Investor Obligations for Human Rights », *ICSID Review – FILJ*, 2020, vol. 35(1-2), pp.82-104.

CHRISTAKIS (Th.), « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine ? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c. Argentine », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 879-896.

CLAPP (J.), « What the Pollution Haven Debate Overlooks », *Global Environmental Politics*, vol.2(2), 2002, pp.11-19.

COLLINS (D.), « The Line of Equilibrium: Improving the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration through the Application of the WTO's General Exceptions », *Arbitration International*, vol.32(4), 2016, pp.575-587.

CONDON (B. J.), « Treaty Structure and Public Interest Regulation in International Economic Law », *J.I.E.L.*, 2014, vol.17(2), pp.333-353.

COTTIER (T.), ECHANDI (R.), LIECHTI-McKEE (R.), PAYOSOVA (T.), SIEBER (C.), « The Principle of Proportionality in International Law: Foundations and Variations », *J.W.I.T.*, 2017, vol.18(4), pp.628-672.

COTULA (L.), « The New Enclosures? Polanyi, International Investment Law, and the Global Land Rush », *Third World Quarterly*, vol.34(9), 2013, pp.1605-1629.

DEL DUCA (P.), « The Rule of Law : Mexico's Approach to Expropriation Disputes in the Face of Investment Globalization », *U.C.L.A. Law Review*, 2003, vol.51(1), pp.35-141.

DESIERTO (D. A.), « Necessity and Supplementary Means of Interpretation for Non-Precluded Measures in Bilateral Investment Treaties », *U.P.J.I.L.*, 2010, vol.31(3), pp.827-934.

DESMEDT (A.), « Proportionality in WTO Law », *J.I.E.L.*, vol.4(3), 2001, pp.441-480.

DiMASCIO (N.), PAUWELYN (J.), « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? », *A.J.I.L.*, 2008, vol.102(1), pp.48-89.

DOLZER (R.), « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review – FILJ*, 1986, vol.1(1), pp. 41-65.

DOLZER (R.), « Indirect expropriation: New developments ? », *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2002, vol.11(1), pp.64-93.

DORCE (M. J.), « América Latina, el ALBA-TCP y el Arbitraje Transnacional en Materia de Inversiones: la Fundación de un Mosaico de Resistencia », *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, Vol.5(5), 2022, 22p.

DORCE (M. J.), « L'expérience latino-américaine en matière d'arbitrage international d'investissement », *Études caribéennes*, 2023, vol.54, 21p.

DRAGO (L. M.), « State Loans in Their Relation to International Policy », *A.J.I.L.*, 1907, vol.1(3), pp.692-726.

DOUGLAS (Z.), « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *B.Y.I.L.*, vol.74(1), 2004, pp.151-289.

DUBIN (L.), « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *R.G.D.I.P.*, 2018, Tome 4, pp. 866-891.

ECHAIDE (J.), « Inversiones y solución de controversias: el proyecto dentro de la Unasur y propuestas alternativas », *A.M.D.I.*, 2017, vol.XVII, pp.369-403.

EL BOUDOUHI (S.), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *A.F.D.I.*, 2005, vol.51, pp.542-563.

ESIS VILLARROEL (I. S.), ABREU (M. G. de.), « La Identificación de la Expropiación Indirecta : el Análisis de los Criterios de Privación de la Propiedad y del Tiempo Utilizados en la Práctica Arbitral Reciente », *A.C.D.I.*, Bogotá, vol.15, 2022, pp.65-103.

ESTY (D. C.), GERADIN (D.), « Environmental Protection and International Competitiveness », *Journal of World Trade*, vol.32(3), 1998, pp.5-46.

FACH GÓMEZ (K.), TITI (C.), « International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America », *J.W.I.T.*, vol.17(4), 2016, pp.515-535.

FAUTEUX (P.), « Règlement des différends entre investisseurs et États et changements climatiques – Qui protège l'intérêt public ? », *Journal d'arbitrage et de médiation canadien*, 2021, vol.30(2), pp.14-17.

FELDMAN (M.), « Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power », *ICSID Review – FILJ*, vol.32(3), 2017, pp.528-544.

FERNÁNDEZ MASIÁ (E.), « El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica », *Transnational Dispute Management*, vol.6(4), 2009.

FIEZZONI (S. K.), « The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration », *Beijing Law Review*, vol.2(3), 2011, pp.134-144.

FORTIER (L. Y.), DRYMER (S.), « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or *Caveat Investor* », *ICSID Review – FILJ*, 2004, vol.19(2), pp.293-327.

FOSTER (G. K.), « Collecting from Sovereigns: The Current Legal Framework for Arbitral Awards and Court Judgments Against States and Their Instrumentalities and Some Proposals for its Reform », *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol.25(3), 2008, pp.665-731.

FOURET (J.), « The World Bank and ICSID: Family or Incestuous Ties? », *International Organizations Law Review*, vol.4(1), 2007, pp.121-144.

FOURET (J.), « Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration? », *Journal of International Arbitration*, Vol.25(1), 2008, pp.71-87.

FOURET (J.), KHAYAT (D.), « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Revue québécoise de droit international*, 2003, vol.16(1), pp.223-256.

FRANCK (S. D.), « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol.73(4), 2005, pp.1521-1625.

FRANCK (S. D.), « The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards », *Virginia Journal of International Law*, vol.51(4), 2011, pp.825-914.

FRANCK (S. D.), « Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration », *Washington University Law Review*, vol.88(4), 2011, pp.769-852.

FRANCK (S. D.), FREDA (J.), LAVIN (K.), LEHMAN (T. A.), VAN AAKEN (A.), « The Diversity Challenge: Exploring the ‘Invisible College’ of International Arbitration », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol.53(3), 2015, pp.429-506.

GAILLARD (E.), « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol.237, n°122, 2007, 3p.

GALLAGHER (K. P.), BIRCH (M. B. L.), « Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America », *J.W.I.T.*, vol.7(6), 2006, pp.961-974.

GALVEZ (C.C.), « ‘Necessity’, Investor Rights, and State Sovereignty for NAFTA Investment Arbitration », *Cornell International Law Journal*, 2013, vol.46.1, pp.143-164.

GARCIA (C. G.), « All the Other Dirty Little Secrets: Investment Treaties, Latin America and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration », *Florida Journal of International Law*, vol.16(2), 2004, pp.301-369.

GARCÍA MATAMOROS (L. V.), « La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión », *A.C.D.I.*, vol.12, 2019, pp.85-120.

GARCIA-MORA (M. R.), « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *Marquette Law Review*, Milwaukee, 1950, vol.33(4), pp.205-219.

GARDEN (R.), « Eco Oro v Colombia: The Brave New World of Environmental Exceptions », *ICSID Review – F.I.L.J.*, vol.38(1), 2023, pp.17-24.

GERTZ (G.), JANDHYALA (S.), SKOVGAARD POULSEN (L. N.), « Legalization, Diplomacy, and Development: Do Investment Treaties De-politicize Investment Disputes? », *World Development*, vol.107, 2018, pp.239-252.

GIL OSUNA (B.), « Arbitraje de inversiones y su incidencia en la legislación venezolana », *Commercium*, núm. 2(2), 2012, pp.43-67.

GRANT (K.), « ICSID's Reinforcement? : UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration », *Osgoode Hall Law Journal*, vol.52(3), pp.1115-1150.

GRIGERA NAÓN (H. A.), « Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility (An Update) », *University of Miami Inter-American Law Review*, vol.22(2/3), 1991, pp.203-257.

GRIGERA NAÓN (H. A.), « Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. 2004 Freshfields Lecture », *Arbitration International*, 2005, vol.21(2), pp.127-176.

HAFTEL (Y.), THOMPSON (A.), « When Do States Renegotiate International Agreements: The Impact of Arbitration », *The Review of International Organizations*, 2018, vol.13(1), pp.25-48.

HAMILTON (J. C.), ROCHE (M.) « Developments in Latin American Arbitration Law », *T.D.M.*, vol.6(4), 2009.

HEATH (J. B.), « The New National Security Challenge to the Economic Order », *Yale Law Journal*, 2020, vol.129(4), pp.1020-1098.

HENCKELS (C.), « Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration », *J.I.E.L.*, vol.15(1), 2012, pp.223-255.

HENCKELS (C.), « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *J.I.E.L.*, 2016, vol.19(1), pp.27-50.

HENCKELS (C.), « Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions? », *Boston College Law Review*, vol.59(8), 2018, pp.2825-2844.

HERSHEY (A. S.), « The Calvo and Drago Doctrines », *A.J.I.L.*, 1907, vol.1(1), pp.26-45.

HIPPOLYTE (A. R.), « ICSID's Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries. Lessons from Latin America », *International Community Law Review*, 2017, vol.19(4-5), pp.401-442.

HOBÉR (K.), « Investment Treaty Arbitration and Its Future – If Any », *Yearbook on Arbitration and Mediation*, 2015, vol.7, article 8, 9p.

HOLLY (D. A.), « Les Nations unies et le Nouvel ordre économique mondial », *Études internationales*, 1977, vol.8(3), pp.500-515.

HORCHANI (F.), « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *J.D.I.*, n°2, 2004, pp.367-417.

HUSH (E.), « Where No Man Has Gone Before: The Future of Sustainable Development in the Comprehensive Economic and Trade Agreement and New Generation Free Trade Agreements », *Colombia Journal of Environmental Law*, vol.43(1), pp.93-180.

ISMAILOV (O.), « Interaction of International Investment and Trade Regimes on Interpreting Treaty “Necessity” Clauses: Convergence or Divergence? », *Georgetown Journal of International Law*, 2017, vol.48(2), pp.505-556.

JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », *A.F.D.I.*, 2004, vol. 50, pp.669-682.

KAHN (Ph.), « Problèmes juridiques de l’investissement dans les pays de l’ancienne Afrique française », *J.D.I.*, 1965, n°2, pp.338-390.

KALDERIMIS (D.), « Investment Treaties and Public Goods », *T.D.M.*, 2010, vol.7(1).

KAPSTEIN (E. B.), « Workers and the World Economy », *Foreign Affairs*, vol.75(3), 1996, pp.16-37.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse », *Arbitration International*, vol.23(3), 2007, pp.357-378.

KAUSHAL (A.), « Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime », *Harvard International Law Journal*, vol.50(2), 2009, pp.491-534.

KEENE (A.), « The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements », *J.W.I.T.*, 2017, vol.18(1), pp.62-99.

KELSEY (J.), « Regulatory Chill: Learnings from New Zealand’s Plain Packaging Tobacco Law », *QUT Law Review*, vol. 17(2), 2017, pp.21-45.

KORZUN (V.), « The Right to Regulate in Investor-State Arbitration: Slicing and Dicing Regulatory Carve-Outs », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.50(2), 2017, pp.355-414.

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(1), pp.105-129.

KUMM (M.), « Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice », *International Journal of Constitutional Law*, Vol 2, N°3, 2004, pp.574-596.

KURTZ (J.), « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », *U.P.J.I.L.*, vol.23(4), 2002, pp.713-789.

KURTZ (J.), « Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis », *I.C.L.Q.*, vol.59(2), 2010, pp.325-371.

KURTZ (J.), « The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration », *ICSID Review – F.I.L.J.*, vol.25(1), 2010, pp.200-217.

LACEY (N.), PICKARD (H.), « The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems », *The Modern Law Review*, 78(2), pp. 216-240.

LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *A.F.D.I.*, vol. 54, 2008, pp.467-512.

LÉVESQUE (C.), « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *Revue générale de droit*, 2003, vol.33(1), pp.39-92.

LEVINE (E.), « Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation », *Berkeley Journal of International Law*, vol.29(1), 2011, pp.200-224.

LÓPEZ ROMERO (T.), « La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras : El caso Colombiano », *Revista Colombiana de derecho internacional*, vol.6, n°11, 2008, pp.69-86.

McLACHLAN (C.), « Investment Treaties and General International Law », *I.C.L.Q.*, 2008, vol.57(2), pp.361-401.

MAMANI PRIETO (W. A.), « La dinámica de los acuerdos internacionales de inversion en los andinos », *A.M.D.I.*, vol.XIII, 2013, pp.549-582.

MANCIAUX (S.), « La Bolivie se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n°2, pp.351-358.

MANCIAUX (S.), « Le Venezuela se retire du CIRDI », *Revue de l'arbitrage*, 2012, n°1, pp.215-221.

MARTINEZ LOPEZ (C.), MARTINEZ (L.), « Proportionality in Investment Treaty Arbitration and Beyond: An "Irresistible Attraction"? », *BCDR International Arbitration Review*, vol.2(2), 2015, pp.261-287.

MARTINI (C.), « Avoiding the Planned Obsolescence of Modern International Investment Agreements: Can General Exception Mechanisms be Improved, and How? », *Boston College Law Review*, 2018, vol.59(8), pp.2877-2897.

MEZGRAVIS (A. A.), GONZÁLEZ (C.), « Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked », *T.D.M.*, vol.9(7), 2012, 25p.

MIJARES (V.), NOLTE (D.), « Regionalismo Posthegemónico en Crisis. ¿Por Qué la Unasur se Desintegra? », *Foreign Affairs Latinoamérica*, vol.18(3), 2018, pp.105-112.

MILCAR (J. D.), « L'Amérique latine, l'ALBA-TCP et l'arbitrage transnational en matière d'investissement : la fondation d'une mosaïque de résistance », *Revista Electronica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 2022, vol.5(5), n°032, 22p.

MITCHELL (A. D.), HENCKELS (C.), « Variations on a Theme: Comparing the Concept of "Necessity" in International Investment Law and WTO Law », *Chicago Journal of International Law*, vol.14(1), 2013, pp.93-164.

MONTT (S.), « What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation », *IILJ Papers*, 2007, 49p.

MORENO (C.), « Integración Latinoamericana: ALCA vs. ALBA », *Presente y Pasado. Revista de Historia*, Año 12, N°23, 2007, pp.155-178.

NEUMAYER (E.), SPESS (L.), « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? », *World Development*, vol.33(10), 2005, pp.1567-1585.

NEWCOMBE (A.), « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Review – FILJ*, 2005, vol.20(1), pp.1-57.

NOLAN (M. D.), SOURGENS (F. G.), « The Interplay Between State Consent to ICSID and Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study », *T.D.M.*, 2007, 51p.

NOTTAGE (L. R.), UBILAYA (A.), « Costs, Outcomes and Transparency in ISDS Arbitrations: Evidence for an Investment Treaty Parliamentary Inquiry », *International Arbitration Law Review*, vol.21(4), 2018, Sydney Law School Research Paper No. 18/46, 16p.

NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *R.G.D.I.P.*, 2002, t.106, n°1, pp.80-101.

OGBONNA (J. I.), « Protecting Human Rights as Public Morals under the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. *A review of EC - Seal Products* », *International Human Rights Law Review*, vol.3(1), 2014, pp.97-121.

ORTINO (F.), « Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing », *Leiden Journal of International Law*, vol.30(1), 2017, pp.71-91.

PAINE (J.), SHEARGOLD (E.), « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », *J.I.E.L.*, 2023, vol.26(2), pp.285-304.

PARK (W. W.), « Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent », *San Diego Law Review*, vol.46(3), 2009, pp.629-703.

PASQUALINI-SALERNO (V.), « L'union sud-américaine des nations (UNASUR), *Revue internationale de droit comparé*, vol.62, n°4, 2010, pp.1042-1048.

PAULSSON (J.) » Arbitration Without Privity », *ICSID Review – FILJ*, vol.10(2), 1995, pp.232-257.

PETERS (A.), « The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization », *International Journal of Constitutional Law*, 2017, vol.15(3), pp.671-704.

PETITEVILLE (F.), « La politisation résiliente des organisations internationales », *Critique Internationale*, 2017/3, n°76, pp.9-19.

POLANCO LAZO (R.), « Is There a Life for Latin American Countries After Denouncing the ICSID Convention? », *TDM*, vol.11(1), 2014, 57p.

PUIG (S.), « Contextualizing Cost Shifting: A Multimethod Approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 58(2), 2019, pp.261-308.

RANJAN (P.), « Using the Public Law Concept of Proportionality to Balance Investment Protection With Regulation in International Investment Law: A Critical Appraisal », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol.3(3), 2014, pp.853-883.

REGAN (D. H.), « The Meaning of “Necessary” in GATT Article XX and GATS Article XIV: the Myth of Cost–Benefit Balancing », *World Trade Review*, vol.6(3), 2007, pp.347-369.

REINISCH (A.), « Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? », *J.W.I.T.*, vol.8(2), 2007, pp.191-214.

RIFFEL (R.) « The Chapeau: Stringent Threshold or Good Faith Requirement », *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, vol.45(2), pp.141-176.

ROACH (K.), « The Uses and Audiences of Preambles in Legislation », *McGill Law Journal*, vol.47(1), 2001, pp.129-159.

ROBERT-CUENDET (S.), « Droit des investissements internationaux : crise ou renouveau ? », *R.G.D.I.P.*, 2016, vol.120(3), pp.545-578.

ROBERTS (A.), « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States », *A.J.I.L.*, vol.104(2), 2010, pp.179-225.

ROBERTS (A.), « Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *A.J.I.L.*, 2013, vol.107(1), pp.45-94.

RODRIK (D.), « Has Globalization Gone Too Far? », *Challenge*, vol.41(2), 1998, pp.81-94.

RODRIK (D.), « Premature Deindustrialization », *Journal of Economic Growth*, vol.21(1), 2016, pp.1-33.

SALACUSE (W.), SULLIVAN (P.) « Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and their Grand Bargain », *Harvard International Law Journal*, vol.46(1), 2005, pp.67-130.

SAUVÉ (P.), « Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible? », *J.I.E.L.*, vol.9(2), 2006, pp.325-355.

SCHILL (S. W.), « Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation To Mitigate Climate Change? », *Journal of International Arbitration*, vol.24(5), 2007, pp.469-477.

SCHILL (S. W.), « W(h)ither fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law », *European Journal of International Law*, vol.22(3), 2011, pp.875-908.

SHAN (W.), « From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2007, vol.27(3), pp.631-664.

SHIHATA (I. F. I.), « Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA », *ICSID Review – FILJ*, 1986, vol.1(1), pp.1-25.

SIMMA (B.), « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », *I.C.L.Q.*, vol.60(3), 2011, pp.573-596.

SKOVGAARD POULSEN (L. N.), « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quarterly*, vol.58(1), 2014, pp.1-14.

SKOVGAARD POULSEN (L. N.), AISBETT (E.), « When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics*, vol.65(2), 2013, pp.273-313.

SPEARS (S.), « The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements », *J.I.E.L.*, 2010, vol.13(4), pp.1037-1075.

STERN (B.), « Are Some Disputes Too Political to Be Arbitrable? », *ICSID Review – FILJ*, 2009, vol.24(1), pp.90-110.

STUMBERG (R.), « Safeguards for Tobacco Control: Options for the TPPA », *American Journal of Law & Medicine*, vol.39(2-3), 2013, pp.382-441.

SUBRAMANIAN (S. R.), « Too Similar of Too Different: State of Necessity as a Defence under Customary International Law and the Bilateral Investment Treaty and their Relationship », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol.9(1), 2012, pp.68-91.

SUÑE (N.), CARVALHO De VASCONCELOS (R.), « Inversiones y Solución de Controversias en el MERCOSUR », *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1 (nº2), 2013, pp.195-220.

SWEET (S.), « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol.4(1), pp.47-76.

TANZI (A.), « On Balancing Foreign Investment Treaties with Public Interests in Recent Arbitration Case Law in the Public Utilities Sector », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, vol.11, pp.47-76.

TIENHAARA (K.), « What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries », *Journal of World Trade*, vol.6(4), 2006, pp.73-100.

TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science », 2010, Forthcoming in. BROWN (C.), MILES (K.) (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, C.U.P., 2011, 28p.

TIENHAARA (K.), « Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement », *Transnational Environmental Law*, vol.7(2), 2018, pp.229-250.

TIETJE (C.), NOWROT (K.), WACKERNAGEL (C.), « Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID », *Transnational Dispute Management*, vol.6(1), 2009, 37p.

TITI (C.), « Investment Arbitration in Latin America », *Arbitration International*, 2014, vol.30.2, pp.357-386.

TITI (C.), « The European Commission's Approach to the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): Investment Standards and International Investment Court System – An Overview of the European Commission's Draft TTIP Text of 16 September 2015 », *T.D.M.*, 2015, vol.12(6).

TITI (C.), « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », *Courses of the Summer School on Public International Law – International and Comparative Law Research Center*, vol.18, Moscou, 2022, 97p.

VAN AAKEN (A.), « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View », *J.W.I.T.*, vol.15(5-6), 2014, pp.827-861.

VAN DEN BERG (A. J.), « Time and Costs: Issues and Initiatives from an Arbitrator's Perspective », *ICSID Review – FILJ*, vol.28(1), 2013, pp.218-222.

VANDEVELDE (K. J.), « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 2005, vol.12(1), pp.157-194.

VAN HARTEN (G.), LOUGHLIN (M.), « Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law », *European Journal of International Law*, vol.17(1), 2006, pp.121-150.

VINCENTELLI (I. A.), « The Uncertain Future of ICSID in Latin America », *Law and Business Review of the Americas*, vol.16(3), 2010, pp.409-456.

VOON (T.), « Exploring the Meaning of Trade-Restrictiveness in the WTO », *World Trade Review*, vol.14(3), 2015, pp.451-477.

WAGNER (M.), « Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law », *U.P.J.I.L.*, 2014, vol.36(1), pp.1-87.

WAGNER (K.), « Regulation by Exception – The Emergence of (General) Exception Clauses in International Investment Law? », *Austrian Review of International and European Law*, 2021, vol.26, pp.77-118.

WÄLDE (T.), KOLO (A.), « Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law », *I.C.L.Q.*, vol.50(4), 2001, pp.811-848.

WANG (W.), « The Non-Precluded Measure Type Clauses in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions », *ICSID Review – FILJ*, 2017, vol.32(2), 2017, pp.447-456.

WEILER (T.), « A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Environmental Concerns with Investment Protection* », *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, vol.24(2), pp.173-188.

WILLIAMS (D.), « International Commercial Arbitration and Globalization: Review and Recourse against Awards rendered under Investment Treaties », *J.W.I.T.*, vol.4(2), 2003, pp.251-276.

WILLIAMS (Z. P), « Investor-State Arbitration in Domestic Mining Conflicts », *Global Environmental Politics*, vol.16(4), 2016, pp.32-49.

YOUMBI FASSEU (F.), « Current Debates on Investor-State Arbitration in Latin America », *Nueva Época*, octobre 2018-marzo 2019, año 12, núm.45, pp.190-207.

ZIADÉ (N.), « Is ICSID heading in the wrong direction? », *Global Arbitration Review*, 2015.

E. Divers – Rapports, Déclarations, Documents de travaux principaux, Travaux universitaires et autres

« Rapport du sous-comité du 29 janvier 1926 », annexé au Questionnaire n°4 du Comité d'experts pour la Codification progressive du Droit international, reproduit in. « Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to the Person or Property of Foreigners », *A.J.I.L.*, vol.20(5), Supplement: Codification of International Law, 1926, pp.176-203.

« U.S. Department of State Report on Nationalization, Expropriation, and Other Takings of U.S. and Certain Foreign Property since 1960 », *I.L.M.*, vol.11(1), 1972, pp.84-118

« Policy Statement Prepared in the Department of State, Washington, October 1, 1951 », reproduit in. GOODWIN (R.R.), KANE (N.S.), SCHWAR (H.D.) (éd.), *Foreign Relations of the United States, 1951, The United Nations, The Western Hemisphere*, vol.II, United States Government Printing Office, Washington, 1975, doc. 823, pp.1489-1500.

Cuadro A.1 “América Latina: Cronología resumida de episodios críticos, 1973-2010”, in. OCAMPO (J. A.), STALLINGS (B.), BUSTILLO (I.), BELLOSO (H.), FRENKEL (R.) (dir), *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*, Publicación de las Naciones Unidas, Libros de la CEPAL, Chile, 2014, pp.156-168.

Swedish National Board of Trade, *The “Right to Regulate” in the Trade Agreement between the EU and Canada – and its Implications for the Agreement with the USA*, 15 août 2015, 41p.

Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Le monde changeant des négociations en matière d'investissement : De la protection bilatérale à... ?*, Nairobi, 7-9 février 2018, Publication de l'IISD, 42p.

Forum annuel des négociateurs d'investissement des pays en développement, *Rapport de réunion. Transformation du droit des investissements internationaux en faveur du développement durable : stratégies de renégociation, de réforme et de défense*, Cartagena, 27 février-1^{er} mars 2019, Publication de l'IISD, 42p.

American Law Institute, *Restatement of the Law [Third] – the Foreign Relations Law of the United States*, vol.2, Washington D.C, 1987, pp.196-216

Public Statement on the International Investment Regime, 31 août 2010, 8p.

ALSCHNER (W.), « From a Backlash Against Investment Arbitration to a Backlash by Investment Arbitrators? », *Kluwer Arbitration Blog*, 2022.

ARISMENDI (E.), « La Experiencia del Estado Plurinacional de Bolivia en el Centro de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) », *Publication de l'OHADAC*, 2010, 5p.

BECKER (G.), « Policies to Promote the Development Dimension of FDI », in. CNUCED, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp.141-148.

BERNASCONI-OSTERWALDER (N.), DIETRICH BRAUCH (M.), *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreement (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi*, Publications de l'IISD, 2015, 16p.

BONNITCHA (J.), « Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the Evidence », *IISD Report*, Winnipeg, 2017, 19p.

CABRERA DIAZ (F.), « Bolivia Expounds on Reasons for Withdrawing from ICSID Arbitration System », *IISD – Investment Treaty News*, 2007, pp.14-16.

COTULA (L.), SCHRÖDER (M.), *Community Perspectives in Investor-State Arbitration*, International Institute for Environment and Development, Royaume-Uni, 2017, 54p.

CROW (K.), « A Taxonomy of Proportionality in International Courts », *iCourts Working Paper Series No 107*, 2017, 29p.

DAVITTI (D.), HO (J.), VARGIU (P.), YILMAZ VASTARDIS (A.), « COVID-19 and the Precarity of International Investment Law », *Medium*, 2020.

DUFAU (J.-P.), REITZER (J.-L.), *Rapport d'information déposé (...) par la commission des affaires étrangères en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 5 octobre 2010, sur « la présence et les intérêts français en Amérique Latine »*, Assemblée Nationale, 2012, 229p.

DUGARD (J.), *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, doc.A/CN.4/523/Add.1, 2002, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2002, vol.II(1), pp.47-81.

FACH GÓMEZ (K.), TITI (C.), « UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes: Comments on the Draft Constitutive Agreement », *IISD Investment Treaty News*, vol.7(3), 2016, pp.3-6.

GAUKRODGER (D.), *The Balance Between Investor Protection and the Right to Regulate in Investment Treaties: A Scoping Paper*, OECD Working Papers on International Investment 2017/2, 2007, 38p.

GAUKRODGER (D.), *Business Responsibilities and Investment Treaties*, OECD Working Papers on International Investment n°2021/02, 2021, 126p.

GORDON (K.), POHL (J.), « Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World », *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, n°2015/02, éditions OCDE, 42p.

HALLWARD-DRIEMEIER (M.), *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper, n°3121, Washington, 2003, 36p.

HEATH (J. B.), « Eco Oro and the Twilight of Policy Exceptionalism », *Investment Treaty News*, IISD, Analyse du 20 décembre 2021.

HO (J.), « Hustling in International Economic Law », *AfronomicsLaw*, 2020.

HOEKMAN (B.), MAVROIDIS (P. C.), NELSON (D. R.) (dir), *Non-economics Objectives, Globalisation and Multilateral Trade Cooperation*, Centre For Economic Policy Research, Robert Schuman Centre, 2023, x+170p.

JOHNSON (L.), SACHS (L.), GÜVEN (B.), COLEMAN (J.) (dir), *Costs and Benefits of Investment Treaties. Practical Considerations for States*, Columbia Center on Sustainable Investment, Policy paper, New York, 2018, 23p.

JOHNSON (L.), VOLKOV (O.), « Les États sont imputables des changements réglementaires : comment les règles relatives aux investissements internationaux prennent le pas sur la législation nationale », *IISD – Investment Treaty News*, vol.5(1), 2014, pp. 3-6.

KHOR (M.), « Des États d'Amérique latine se regroupent pour s'attaquer ensemble aux problèmes liés aux accords d'investissement », *South Bulletin*, 2013, n° 74.

KOSKENNIEMI (M.), *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, New York, 2006, 117p.

LAVRANOS (N.), « The New EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text? », *Policy Brief*, 2013, 6p.

LESTER (S.), « L'amélioration des traités d'investissement grâce aux dispositions relatives aux exceptions générales : l'exemple australien », *IISD – Investment Treaty News*, vol.5(2), 2014, pp.8-9.

LESTER (S.), MERCURIO (B.), « Safeguarding Policy Space in Investment Agreements », *IIEL Issue Brief*, 2017, 11p.

LONG (G.), SUÑE (N.), « Vers une nouvelle Unasur : les voix de la réactivation de l'intégration sud-américaine », *Note de l'IRIS*, 2022, 10p.

MAIRAL (H. A.), « The Silence of the Argentine Courts », *Institute for International Law and Justice Papers*, 2007, 25p.

MANN (H.), « The Right of States to Regulate and International Investment Law: A Comment », in. UNCTAD, *The development dimension of FDI : policy and rule-making perspectives*, United Nations Publication, New York, 2003, pp.211-223.

MANN (H.), MOLTKE (K. V.), *Southern Agenda on Investment ? Promoting Development with Balanced Rights and Obligations for Investors, Host States and Home States*, International Institute for Sustainable Development Pub., Winnipeg, 2005, 22 p.

MATHEWS (R.), DEVITRE (D.), « New Generation Investment Treaties and Environmental Exceptions: A Case Study of Treaty Interpretation in *Eco Oro Minerals Corp. v. Colombia* », *Kluwer Arbitration Blog*, 2022.

MENACHO DIEDERICH (P.), « Conciliation and Arbitration Law: Times of Change in Investment Protection in Bolivia », *Investment Treaty News*, IISD, Analyse du 26 novembre 2015.

MOLINUEVO (M.), PFISTER (A.K.), *Look Back to See What's Ahead: A Review of Mega-PTAs on Services and Investment that Will Shape Future Trade Agreements*, World Bank Group, 2020, 49p.

MORISINI (F.), « Reconceptualizing the Right to Regulate in Investments Agreements: Reflections from the South African and Brazilian Experiences », *Society of International Economic Law*, Sixth Biennial Global Conference, 2018, 13p.

NANTEUIL (A., de), *L'expropriation indirecte en droit des investissements*, Thèse de doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, 698p.

NIKIEMA (S.-H.), « L'expropriation indirecte », *IISD – Best Practices Series*, Canada, 2012, 26p.

NIKIEMA (S.-H.), « Élaborer un modèle de traité d'investissement : opportunités et défis », Note d'information pour la série des webinaires de l'IISD sur le droit et la politique des investissements, *IISD*, 2018, ii+3p.

OLARTE-BACARES (O.), PRIETO-RÍOS (E. A.), PONTÓN-SERRA (J. P.), « Les déclarations interprétatives sont-elles les instruments les mieux à même de lever les incertitudes ? L'exemple du TBI Colombie-France et de l'ALE Colombie-Israël », *IISD – Investment Treaty News*, Analyse, 2020.

OLIVET (C.), MÜLLER (B.), GHIOTTO (L.), « Impacts of Investment Arbitration Against Latin America and the Caribbean », *Transnational Institute*, Amsterdam, 2017, 11p.

PÁEZ-SALGADO (D.), PÉREZ-LOZADA (F.), « New Investment Arbitration Center in Latin America: UNASUR, A Hybrid Example of Success or Failure? », *Kluwer Arbitration Blog*, 27 Mai 2016.

PETERSON (L. E.), GRAY (K. R.), *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Research Paper, IISD Publications, 2003, 44p.

PETERSON (L. E.), « Évaluation du modèle canadien 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) à la lumière des préoccupations de la société civile », *Conseil canadien pour la coopération internationale*, 2006, 11p.

PIROTTE (A.), TITI (C.), *L'impact des traités d'investissement sur les flux d'investissements directs étrangers – Une nouvelle approche par la prise en compte des règles de droit des traités*, Rapport final de recherche, Mission de recherche Droit & Justice – CRED – CREDIMI, 2020, 110 p.

REINISCH (A.), « The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court », *Centre for International Governance Innovation*, Investor-State Arbitration Series, Paper n°2, 2016, 29p.

RIPINSKY (S.), « Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve », *Investment Treaty News*, IISD, vol.2(3), 2012, pp.11-12.

ROBERT-CUENDET (S.), *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*, éd. M. Nijhoff, Pays-Bas, 2010, 530p.

SABANOULLARI (L.), « Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement », *IISD – Investment Treaty News*, 2015, vol.6(2), pp.3-5.

SARMIENTO (M.-G.), « The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR », 14 décembre 2015, 37p.

SORNARAJAH (M.), « Right to Regulate and Safeguards », in. CNUCED, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, Publications des Nations Unies, Genève, 2003, pp.205-209.

TIENHAARA (K.), COTULA (L.), « Raising the Cost of Climate Action? Investor-State Dispute Settlement and Compensation for Stranded Fossil Fuel Assets », *International Institute for Environment and Development*, Research Report, 2020, London, 58p.

TIETJE (C.), BAETENS (F.), « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *Study prepared for the Minister for Foreign Trade and Development Cooperation*, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, Doc n°MINBUZA-2014.78850, 2014, 153p.

TREW (S.), « The False Hopes and Empty Promises of Investment Treaty Modernization », *The Monitor*, 2021.

VAN HARTEN (G.), « A Case for an International Investment Court », *Society of International Economic Law*, Working Paper N°22/08, 2008, 32+13p.

VAN HARTEN (G.), SCOTT (D. N.), « Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada », *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, vol.12(6), Research Paper N°26, 2016, 27p.

YANNACA-SMALL (K.), « Intérêts essentiels de sécurité aux termes du droit international de l'investissement », in OCDE, *Perspectives d'investissement international 2007*, Publications de l'OCDE, Paris, 2007, pp.109-130.

ZAPATA (C.) et a., *Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia : Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales*, Universidad EAFIT, Serie Cuadernos de Investigación, Doc. N°54-032007, Medellín, 2007, 101p.

II. DOCUMENTS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

« *Joint Declaration of the Seventy-Seven Developing Countries Made at the Conclusion of the United Nations Conference on Trade and Development* », in. CNUCED, *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 23 March-16 June 1964, Vol. I, Final Act and Report*, E/CONF.46/141/Vol.I, Publications des Nations Unies, New York, 1964, xii+370p.

CNUCED, *Actes de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, 3^{ème} session, Santiago, 13 avril-21 mai 1972, vol.I, Rapport et Annexes*, TD/180(vol.I), Publications des Nations Unies, New York, 1973, vii+488p.

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

CNUCED, *IIA: a Compendium*, vol.I-XIV, 1996-2005.

CNUCED, *Taking of Property*, UNCTAD/ITE/IIT/15, Publications des Nations Unies, Genève, 2000, 70p.

UNCTAD, *International Investment Agreements: Flexibility for Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2000, xiii+175p.

CNUCED, *World Investment Report 2003 – FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, Publications des Nations Unies, New York, 2003, xix + 303p.

CNUCED, « Recent Developments in International Investment Agreement », *IIA Monitor*, n°2, 2005, 21p.

CNUCED, *World Investment Report 2006 – FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2006, xxxii+340p.

CNUCED, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2007, xiv+156p.

CNUCED, « Development Implications of International Investment Agreements », *IIA Monitor*, n°2, 2007, 11p.

UNCTAD, *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, éd. Publications des Nations Unies, New York/Genève, 2008, xii+113p.

CNUCED, *World Investment Report 2008 – Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Publications des Nations Unies, New York, 2008, xxvi+292p.

CNUCED, *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement*, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, Publications des Nations Unies, New York, 2009, xxii+163p.

UNCTAD, « Recent Developments in International Investment Agreement: 2008-June 2009 », *IIA Monitor*, n°3, 2009, 15p.

CNUCED, *World Investment Report 2010 – Investing in a Low-Carbon Economy*, Publications des Nations Unies, New York, 2010, xxxvi+184p.

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010 - Vue d'ensemble - Investir dans une économie à faible intensité de carbone*, New York, 2010, xiv + 43p.

CNUCED, « Denunciation of the ICSID Convention and BITS: Impact on Investor-State Claims », *IIA Issues Note*, n°2, 2010, 10p.

CNUCED, « Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2010, 16p.

CNUCED, *World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development*, Publications des Nations Unies, New York, 2011, xxiii+226.

CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2011, 15p.

CNUCED, « Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements », *IIA Issues Note*, n° 2, 2011, 9p.

CNUCED, « Interpretation of IIAs: What States Can Do? », *IIA Issues Note*, n°3, 2011, 16p.

UNCTAD, *Expropriation. Series on Issues in International Investment Agreements II*, Publications des Nations Unies, New York, 2012, xii+97p.

UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II: A Sequel*, Publications des Nations Unies, New York, 2012, xii+97p.

CNUCED, *World Investment Report 2012 – Towards a New Generation of Investment Policies*, Publication des Nations Unies, 2012, Genève, xxxii-204p.

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2012 - Vue d'ensemble - Vers une nouvelle génération de politiques de l'investissement*, New York, 2012, ix+48p.

CNUCED, « Latest Development in Investor-State Dispute Settlement », *IIA Issues Note*, n°1, 2012, 20p.

CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PC B/2015/5, Publications des Nations Unies, Genève, 2015, 157p.

CNUCED, *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance*, Publications des Nations Unies, New York, 2015, xiv+218p.

UNCTAD, « Recent Trends in IIA and ISDS », *IIA Issues Note*, n°1, 2015, 18p.

UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2016, n°1, 20p.

CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Publications des Nations Unies, New York, 2017, 114p.

CNUCED, « Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties », *IIA Issues Note*, n°2, juin 2017, 23p.

CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2. Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, Cinquième session*, Genève, 9-11 octobre 2017, Document TD/B/C.II/MEM.4/14, 19p.

CNUCED, *World Investment Report 2017 – Investment and the Digital Economy*, Publications des Nations Unies, New York, 2017, xiv+237p.

CNUCED, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, Publications des Nations Unies, New York, 2018, 119p.

UNCTAD, « Recent Developments in the International Investment Regime », *IIA Issues Note*, n°1, 2018, 10p.

UNCTAD, « Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018 », *IIA Issue Note*, n°2, 2019, 14p.

CNUCED, *World Investment Report 2019 - Special Economic Zones*, Publications des Nations Unies, Genève, 2019, xiv+221p.

UNCTAD, « Taking Stock of IIA Reform », *IIA Issues Note*, 2019, n°3, 9p.

CNUCED, *International Investment Agreements. Reform Accelerator*, UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2020/8, Publications des Nations Unies, Genève, 2020, 30p.

CNUCED, « Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020 », *IIA Issues Note*, n°4, 2020, 12p.

CNUCED, « International Investment Policies and Public Health », *IIA Issues Note*, n°2, 2021, 8p.

CNUCED, *World Investment Report 2022 – International Tax Reforms and Sustainable Investment*, Publications des Nations Unies, New York, 2022, xviii+219p.

UNCTAD, « The International Investment Treaty Regime and Climate Action », *IIA Issues Note*, n°3, 2022, 18p.

CNUCED, « Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action », *IIA Issues Note*, n°4, 2022, 21p.

CNUCED, *World Investment Report 2021 – Investing in Sustainable Recovery*, Publications des Nations Unies, Genève, 2023, xvi+257.

CNUCED, *World Investment Report 2023 – Investing in Sustainable Energy for All*, Publications des Nations Unies, Genève, 2023, xx+205p.

B. Commission Économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes

CEPAL, *The Economic Development of Latin America and its Principal Problems*, E/CN.12/89/Rev.1., Publications des Nations Unies, New York, 1950, v+59p.

CEPAL, *The Latin American Common Market*, E/CN.12/531, Publications des Nations Unies, New York, 1959, iv+146p.

CEPAL, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2010*, LC/G.2494-P, Publications des Nations Unies, New York, 2011, 200p.

C. Commission du Droit International

C.D.I., Projet de Convention de Harvard relatif à la responsabilité internationale des États en raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, 1961, annexé au Premier rapport sur la responsabilité de l'État, A/CN.4/217 et ADD.1, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol.II, pp.147-155.

C.D.I., Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol.II, n°2, 1970, pp.289-334.

C.D.I., Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol.II, n°2, 2001, pp.31-154.

C.D.I., Texte des projets d'articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, Vol.II, n°2, A/61/10, pp.24-56.

D. Organisation de coopération et de développement économiques

OCDE, *L'Accord Multilatéral sur l'Investissement : Projet de texte consolidé*, DAF/FE/MAI/98(7)/REV1, 24 avril 1998, 153p.

OCDE, *L'"expropriation indirecte" et le "droit de réglementer" dans le droit international de l'investissement*, Direction des Affaires Financières et des Entreprises - Documents de travail sur l'investissement international n° 2004/4, Paris, Éditions OCDE, 24p.

E. Nations Unies

C.E.S. des N.U., Résolution E/RES/106(VI), *Rapport de la Commission spéciale chargée d'étudier le projet de création d'une commission économique pour l'Amérique latine*, adopté les 25 février et 5 mars 1948, pp.4-7.

A.G.N.U., *Report of the Economic and Social Council, Permanent Sovereignty over Natural Resources: Report of the Secretary General*, A/9716, 20 septembre 1974, 38p.

AGNU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, A/CONF.151/26, Vol.I.

Nations Unies, *The work of the International Law Commission*, Publications des Nations Unies, 8th éd, New-York, vol.I, 2012, xiv+313p.

AGNU, CDH, Résolution A/HRC/RES/26/9, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, adoptée le 26 juin 2014.

A.G.N.U., Résolution 69/313, Programme d'action d'Addis-Abeba, adoptée le 27 juillet 2015.

AGNU, *Promotion et protection des droits de l'homme : questions relatives aux droits de l'homme, y compris les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Rapport de l'Expert indépendant sur la promotion d'un ordre international démocratique et équitable*, A/70/285, 5 août 2015, 29p.

AGNU, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Cinquantième session, 3-21 juillet 2017*, A/72/17, Vienne, 2017, 107p.

AGNU, *Rapport du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, « Accords internationaux d'investissement compatibles avec les droits humains », Soixante-seizième session*, Note du Secrétaire général, A/76/238, 27 juillet 2021, 28p.

Résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies :

A.G.N.U., Résolution 1514 (XV), *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, adoptée le 14 décembre 1960.

A.G.N.U., Résolution 1803 (XVII), *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, adoptée le 14 décembre 1962.

A.G.N.U., Résolution 2625 (XXV), *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération des États*, 24 octobre 1970.

A.G.N.U., Résolution 3201 (S-VI), *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, adoptée le 1^{er} mai 1974.

A.G.N.U., Résolution 3281(XXIX), *Charte des droits et des devoirs économiques des États*, adoptée le 14 décembre 1974.

F. Organisation mondiale du commerce

OMC, *Rapport du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, Communication de la Communauté européenne et États membres, Document de réflexion sur la non-discrimination*, 27 juin 2002, WT/WGTI/W/122, 4p.

OMC, *WTO Dispute Settlement: One Page Case Summaries 1995-2022*, éd. 2023, 319p.

G. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Vienne, 2010, A/CN.9/712, 25p.

CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Observations du Gouvernement indonésien*, Note du Secrétariat, Trente-septième session, 2018, A/CN.9/WG.III/WP.156, 5p.

CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Communication du Gouvernement thaïlandais*, Note du Secrétariat, Trente-septième session, 2018, A/CN.9/WG.III/WP.162, 7p.

CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Communication du Gouvernement sud-africain*, Note du Secrétariat, Trente-huitième session, 2019, A/CN.9/WG.III/WP.176, 19p.

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session*, New York, 2019, A/CN.9/970, 17p.

CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Interprétation des traités d'investissement par les parties aux traités*, Note du Secrétariat, Trente-neuvième session, 2020, A/CN.9/WG.III/WP.191, 14p.

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-neuvième session*, Vienne, 2020, A/CN.9/1044, 24p.

CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), *Résumé de la réunion intersessions sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) présenté par le Gouvernement de la République de Corée*, A/CN.9/WG.III/WP.214, New York, 14-18 février 2022, 13p.

CNUDCI, Groupe de travail III, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, Note du Secrétariat, Quarante-sixième session, 26 juillet 2023, A/CN.9/WG.III/WP.231, 13p.

CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa quarante-troisième session (Vienne, 5-16 septembre 2022)*, A/CN.9/1124, Vienne, 3-21 juillet 2023, 45p.

CNUDCI, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États), *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Annotations concernant les projets de dispositions relatives aux questions de procédure et aux questions transversales*, Note du Secrétariat, Quarante-sixième session, Vienne, 9-13 octobre 2023, A/CN.9/WG.III/WP.232, 19p.

H. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

ICSID, *History of the ICSID Convention*, Vol.II(1), ICSID Publication, Washington, 1968, 645p.

- « *Excerpt from Address by World Bank President Eugene Black to the Annual Meeting of the Board of Governors, 19 September 1961, Vienna* », p.3
- « *Resolution No. 174 of the Board of Governors: "Study of Settlement of Investment Disputes", 18 September 1962* », p.51
- « *Paper Prepared by the General Counsel of the World Bank and Transmitted to the Members of the Committee of the Whole, 18 February 1963, SID/63-2* », p.73
- « *Resolution No. 214 of the Board of Governors: "Settlement of Investment Disputes", 10 September 1964* » (p.608) ; « *Excerpt from the Statement by Felix Ruiz, Governor for Chile, Press Release No. 57, 9 September 1964, Tokyo* », p.606

Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Direct Investment: Guidelines (vol.2)*, Publications de la Banque mondiale, Washington D.C., 1992, 50p.

CIRDI, Liste des États contractants et signataires de la Convention au 25 octobre 2022, CIRDI/3.

III. JURISPRUDENCE

A. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka* (ARB/87/3), sentence finale du 27 juin 1990.

CIRDI, *Fedax c. Venezuela* (ARB/96/3), décision sur la compétence du 11 juillet 1997.

CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica* (ARB/96/1), sentence du 17 février 2000.

CIRDI, *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/97/1), sentence du 30 août 2000.

CIRDI, *Marvin Roy Feldman c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/99/1), sentence du 16 décembre 2002.

CIRDI, *ADF Group Inc. c. États-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/00/1), sentence du 9 janvier 2003.

CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique* (ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003.

CIRDI, *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique* (ARB(AF)/98/3), sentence du 26 juin 2003.

CIRDI, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République des Philippines* (ARB/02/6), décision sur la compétence du 29 janvier 2004.

CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. République du Chili* (ARB/01/7), sentence du 25 mai 2004.

CIRDI, *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8) :

- CIRDI, *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8), décision sur la compétence du 3 août 2004.
- CIRDI, *Siemens A.G. c. République d'Argentine* (ARB/02/8), sentence du 17 janvier 2007.

CIRDI, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. République du Pérou* (ARB/03/4), sentence du 7 février 2005.

CIRDI, *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie* (ARB/03/24), décision sur la compétence du 8 février 2005.

CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (ARB/01/8) :

- CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (ARB/01/8), sentence du 12 mai 2005.
- CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine* (ARB/01/8), décision du Comité ad hoc sur la demande d'annulation du 25 septembre 2007.

CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République d'Argentine* (ARB/03/19) :

- CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République d'Argentine* (ARB/03/19), ordonnance relative aux amici curiae du 19 mai 2005.

- CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République d'Argentine* (ARB/03/17), décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010.

CIRDI, *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie* (ARB/01/11), sentence du 12 octobre 2005.

CIRDI, *Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie* (ARB/02/3), décision sur la compétence du 21 octobre 2005.

CIRDI, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (ARB/03/9) :

- CIRDI, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (ARB/03/9), décision sur la compétence du 22 février 2006.
- CIRDI, *Continental Casualty Company c. République d'Argentine* (ARB/03/9), sentence du 5 septembre 2008.

CIRDI, *Azurix Corp. c. République d'Argentine* (ARB/01/12), sentence du 14 juillet 2006.

CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. République d'Argentine* (ARB/02/1), décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006.

CIRDI, *Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo* (ARB/99/7), Décision du Comité *ad hoc* du 1^{er} novembre 2006.

CIRDI, *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine* (ARB/01/3) :

- CIRDI, *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine* (ARB/01/3), sentence du 22 mai 2007.
- CIRDI, *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, LP c. République d'Argentine* (ARB/01/3), décision sur l'annulation du 30 juillet 2010.

CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République d'Argentine* (ARB/97/3) :

- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République d'Argentine* (ARB/97/3), sentence II du 20 août 2007.
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République d'Argentine* (ARB/97/3), décision du Comité *ad hoc* sur la demande d'annulation du 10 août 2010.

CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie* (ARB/05/8), sentence du 11 septembre 2007.

CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (ARB/02/16) :

- CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (ARB/02/16), sentence du 28 septembre 2007.
- CIRDI, *Sempra Energy International c. République d'Argentine* (ARB/02/16), décision sur l'annulation du 29 juin 2010.

CIRDI, *République d'Italie c. République de Cuba*, sentence finale du tribunal *ad hoc* du 15 janvier 2008.

CIRDI, *Víctor Pey Casado et Fondation « Presidente Allende » c. République du Chili* (ARB/98/2), sentence du 8 mai 2008.

CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République-unie de Tanzanie* (ARB/05/22), sentence du 24 juillet 2008.

CIRDI, *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh* (ARB/05/07), sentence du 30 juin 2009.

CIRDI, *Joseph Charles Lemire c. Ukraine* (ARB/06/18), décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010.

CIRDI, *Señor Tza Yap Shum c. République du Pérou* (ARB/07/6), sentence du 7 juillet 2010.

CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH c. Ukraine* (ARB/07/16), sentence du 8 novembre 2010.

CIRDI, *Total S.A. c. République d'Argentine* (ARB/04/01), décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010.

CIRDI, *M. Meerapfel Söhne AG c. République Centrafricaine* (ARB/07/10), sentence du 12 mai 2011.

CIRDI, *Impregilo S.p.A. c. République d'Argentine* (ARB/07/17), sentence du 21 juin 2011.

CIRDI, *Abaclat and Others c. République d'Argentine* (ARB/07/5), décision sur la compétence et la recevabilité du 4 août 2011.

CIRDI, *El Paso Energy International Company c. République d'Argentine* (ARB/03/15), sentence du 31 octobre 2011.

CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie* (ARB/06/1), sentence du 7 décembre 2011.

CIRDI, *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. République du Costa-Rica* (ARB/08/1 et ARB/09/20), sentence du 16 mai 2012.

CIRDI, *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala* (ARB/07/23), sentence du 29 juin 2012.

CIRDI, *Daimler Financial Services AG c. République d'Argentine* (ARB/05/1), sentence du 22 août 2012.

CIRDI, *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. c. République d'Argentine* (ARB/04/16), décision sur la compétence et la responsabilité du 10 avril 2013.

CIRDI, *Gold Reserve c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/09/1), sentence du 22 septembre 2014.

CIRDI, *Poštová banka, a.s., ISTROKAPITAL SE c. République hellénique* (ARB/13/8), sentence du 9 avril 2015.

CIRDI, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie* (ARB/06/2), sentence du 16 septembre 2015.

CIRDI, *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman* (ARB/11/33), sentence du 3 novembre 2015.

CIRDI, *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/11/2), sentence du 4 avril 2016.

CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (ARB/14/21) :

- ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Respondent's Rejoinder on the Merits and Reply on Jurisdiction, April 13, 2016.
- ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Non-disputing party written submission of DHUMA and Dr. Carlos Lopez, May 9, 2016.
- ICSID, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* (ARB/14/21), Submission of Canada Pursuant to Article 832 of the Canada-Peru Free Trade Agreement, June 9, 2016.
- CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (ARB/14/21), sentence du 30 novembre 2017.
- CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou* (ARB/14/21), Opinion dissidente partielle du Professeur Philippe Sands QC du 30 novembre 2017.

CIRDI, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay* (ARB/10/7), sentence du 8 juillet 2016.

CIRDI, *Rusoro Mining Ltd c. République bolivarienne du Venezuela* (ARB(AF)/12/5), sentence du 22 août 2016.

CIRDI, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) c. République du Costa Rica* (UNCT/13/2), sentence provisoire sur la compétence du 25 octobre 2016.

CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica* (ARB/14/5) :

- CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica* (ARB/14/5), décision sur la compétence du 4 décembre 2017.
- CIRDI, *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica* (ARB/14/5), sentence du 3 juin 2021.

CIRDI, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canada* (ARB/15/6), décision sur la compétence et l'admissibilité du 13 juillet 2018.

CIRDI, *Unión Fenosa Gas, SA c. Égypte* (ARB/14/4), sentence du 31 août 2018.

CIRDI, *David R. Aven et al. c. République du Costa Rica* (n°UNCT/15/3), sentence du 18 septembre 2018.

CIRDI, *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt c. Hongrie* (ARB/17/27), sentence du 13 novembre 2019.

CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp c. République de Colombie* (ARB/16/41) :

- CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp c. République de Colombie* (ARB/16/41), Soumission de Partie non-contestante du Canada du 27 février 2020.
- CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp c. République de Colombie* (ARB/16/41), décision sur la compétence, la responsabilité et les directives sur le quantum du 9 septembre 2021.

CIRDI, *(DS)2, S.A., Peter de Sutter and Kristof De Sutter c. République de Madagascar (II)* (ARB/17/8), sentence du 17 avril 2020.

CIRDI, *Carlos Ríos and Francisco Ríos c. République du Chili* (ARB/17/16), sentence du 11 janvier 2021.

CIRDI, *Astrida Benita Carrizosa c. République de Colombie* (ARB/18/5), sentence du 19 avril 2021.

CIRDI, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft c. République d'Argentine* (ARB/14/32), sentence du 5 novembre 2021.

CIRDI, *Odyssey Marine Exploration, Inc. c. États-Unis du Mexique* (UNCT/20/1), Ordonnance de procédure n°6 du 20 décembre 2021, Opinion dissidente du Professeur Philippe Sands.

B. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

S.A. CNUDCI, *Ethyl Corporation c. Gouvernement du Canada*, sentence sur la compétence du 24 juin 1998.

S.A. CNUDCI, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence provisoire du 26 juin 2000.

S.A. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada* :

- S.A. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, première sentence partielle du 13 novembre 2000.
- S.A. CNUDCI, *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, sentence finale du 30 décembre 2002.

S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* :

- S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, décision sur l'admission d'amici curiae du 15 janvier 2001.
- S.A. CNUDCI, *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, sentence finale du 3 août 2005.

S.A. CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République Tchèque*, sentence du 14 mars 2003.

S.A. CNUDCI, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence du 26 janvier 2006.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Saluka Investments BV (The Netherlands) c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006.

S.A. CNUDCI, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale du 24 décembre 2007.

S.A. CNUDCI/ALENA, *Canadian Cattlemen for Fair Trade c. États-Unis d'Amérique*, sentence sur la compétence du 28 janvier 2008.

S.A. CNUDCI, *National Grid plc c. République d'Argentine*, sentence du 3 novembre 2008.

S.A. CNUDCI, *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, sentence du 8 juin 2009.

S.A. CNUDCI, *AWG Group Ltd. c. République d'Argentine*, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010.

S.A. CNUDCI, *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*, sentence du 2 août 2010.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Equateur c. États-Unis d'Amérique*, n° 2012-5, sentence du 29 septembre 2012.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Sanum Investments Limited c. République démocratique populaire du Laos* (n°2013-13), sentence sur la compétence du 13 décembre 2013.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Philip Morris Asia Limited c. le Commonwealth d'Australie* (n°2012-12), décision sur la compétence et l'admissibilité du 17 décembre 2015.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Copper Mesa Mining Corporation c. République de l'Équateur* (n°2012-2), sentence du 15 mars 2016.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited c. République de l'Inde* (n°2013-09), sentence sur la compétence et les mérites du 25 juillet 2016.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Deutsche Telekom c. République de l'Inde* (n°2014-10), sentence provisoire du 13 décembre 2017.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *South American Silver Limited c. Bolivie* (n°2013-15), sentence du 30 août 2018.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada* (n° 2009-04), sentence sur les dommages-intérêts du 10 janvier 2019.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Égypte* (n°2012-07), sentence finale du 23 décembre 2019.

S.A. CNUDCI dans le cadre de la CPA, *Olympic Entertainment Group AS c. Ukraine* (n°2019-18), sentence du 15 avril 2021.

C. Chambre de Commerce Internationale

CCI, *Güris Construction and Engineering Inc and others c. République arabe syrienne* (n°21845/ZF/AYZ), sentence finale du 31 août 2020.

D. Tribunal irano-américain des réclamations

Starrett Housing Corporation c. Gouvernement islamique de la République d'Iran, sentence interlocutoire n°ITL 32-24-2, 19 décembre 1983, *Iran-US CTR*, vol. 4.

Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, sentence n°141-7-2, 29 juin 1984, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 6, pp. 219-229.

Emanuel Too vs. Greater Modesto insurance and the United States of America, sentence n°460-880-2 du 29 décembre 1989, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 23.

E. Cour européenne des droits de l'Homme et Cour de justice de l'Union européenne

CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, n°5493/72.

CEDH, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt du 23 septembre 1982, n°7151/75 7152/75.

CEDH, *James et autres c. Royaume Uni*, arrêt du 21 février 1986, n°8793/79.

CEDH, *Mellacher et autres c. Autriche*, arrêt du 19 décembre 1989, n°10522/83 11011/84 11070/84.

CEDH, *Pressos Compañía Naviera S.A. et autres c. Belgique*, arrêt du 20 novembre 1995, n°17849/91.

CEDH, Grande Chambre, *Kozacioğlu c. Turquie*, arrêt du 19 février 2009, n°2334/03.

CJUE, Avis 1/17, *Conclusions de l'avocat général M. Y. BOT*, 29 janvier 2019, EU:C:2019:72.

F. Cour permanente de Justice internationale et Cour internationale de Justice

CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine* (République Hellénique c. Grande-Bretagne), exception d'incompétence, arrêt du 30 août 1924, Série A, n°2.

CPJI, Affaire du Vapeur « Wimbledon » (Grande Bretagne c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923, Série A, n°1.

CPJI, *Lotus* (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10.

CPJI, *Affaire Oscar Chinn* (Royaume-Uni c. Belgique), opinion individuelle de M. Anzilotti, 12 décembre 1934, Série A/B, n°63.

CPJI, Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie), arrêt du 28 février 1939, Série A/B, n°76.

CPJI, *Échange des populations grecques et turques*, avis consultatif du 21 février 1925, Série B, n°10.

CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, *Rec.*, p.35.

CIJ, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (France c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 août 1952, *Rec.*, p.176.

CIJ, *Droit de passage sur territoire indien* (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avril 1960, *Rec.*, p.39.

CIJ, *Affaires du Sud-ouest africain* (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt du 21 décembre 1962, *Rec.*, p.319.

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête 1962) (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, opinion individuelle du Juge L. P. Nervo, *Rec.*, p.3.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique) :

- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt du 26 novembre 1984, *Rec.*, p.392.
- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, p.14.

CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.*, p.7.

CIJ, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* (Indonésie c. Malaisie), fond, arrêt du 17 décembre 2002, *Rec.*, p.625.

CIJ, *Plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 6 novembre 2003, *Rec.*, p.161.

C.I.J., *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*, (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, *Rec.*, p. 213.

CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *Rec.*, p.16.

CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.*, p.136.

G. Organisation mondiale du commerce

GATT, Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Importations de certains assemblages de ressorts pour automobile*, L/5333, adopté le 26 mai 1983.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997.

OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptés le 13 février 1998.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001.

Communautés européennes – Amiante :

- OMC, Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, adopté le 5 avril 2001.
- OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004.

États-Unis – Jeux :

- OMC, Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, adopté le 20 avril 2005.
- OMC, Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur*, WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007.

Chine – Publications et produits audiovisuels :

- OMC, Rapport du Groupe spécial *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/R, adopté le 19 janvier 2010.
- OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012.

Rapports de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012.

Communautés européennes – Produits dérivés du phoque :

- OMC, Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/R, WT/DS401/R, adopté le 18 juin 2014.
- OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014.

OMC, Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/AB/R, adopté le 9 mai 2016.

Colombie – Textiles :

- OMC, Rapport du Groupe spécial *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/R, adopté le 22 juin 2016.
- OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/AB/R, adopté le 22 juin 2016.

OMC, Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/AB/R, adopté le 14 octobre 2016.

OMC, Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Mesures concernant l’importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l’article 21.5 du Mémoire d’accord sur le règlement des différends / États-Unis – Mesures concernant l’importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Deuxième recours du Mexique à l’article 21.5 du Mémoire d’accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/RW/USA, WT/DS381/RW2, adoptés le 11 janvier 2019.

H. Sentences arbitrales

Affaire *Day et Garrison (États-Unis) c. Venezuela* (Commission de réclamations États-Unis d’Amérique-Venezuela), décision du 5 décembre 1885, *R.S.A.*, vol.XXIX, pp.227-240.

Affaire des *Fonds Pieux des Californies (États-Unis d’Amérique c. Mexique)*, sentence arbitrale, 14 octobre 1902, *R.S.A.*, vol.IX, pp.11-14.

Affaire *Woodruff (États-Unis) c. Venezuela* (Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela), décision du 17 février 1903, *R.S.A.*, vol.IX, pp.213-223.

Affaire *Orinoco Steamship (États-Unis) c. Venezuela* (Commission mixte des réclamations États-Unis-Venezuela), décision du 17 février 1903, *R.S.A.*, vol.IX, pp.180-204.

The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy v. Venezuela), sentence arbitrale, 22 février 1904, *R.S.A.*, vol.IX, pp.107-110.

CPA, Affaire *North Atlantic Coast Fisheries, (Grande Bretagne c. États-Unis d’Amérique)*, sentence du 7 septembre 1910, *R.S.A.*, vol.XI, pp.167-228.

Affaire *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision du 31 mars 1926, *R.S.A.*, vol.IV, pp.26-35.

Affaire *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision du 15 octobre 1926, *R.S.A.*, vol.IV, pp.60-66.

Affaire de l’*Île de Palmas* (Pays Bas c. États-Unis d’Amérique), sentence arbitrale, 4 avril 1928, *R.S.A.*, vol II, pp.829-871.

Affaire *Mexican Union Railway (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States* (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision de février 1930, *R.S.A.*, vol.V, pp.115-129).

Affaire de l'Île de Clipperton (Mexique c. France), sentence arbitrale, 28 janvier 1931, *R.S.A.*, vol II, pp.1108-1111.

Affaire Veracruz (Mexico) Railways (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Mexique), décision du 7 juillet 1931, *R.S.A.*, vol.V, pp.221-223.

International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), décision de juillet 1931, *R.S.A.*, vol.IV, pp.691-746.

Affaire relative au chemin de fer dit Iron Rhine (« Ijzeren Rijn ») (Royaume de Belgique/Royaume des Pays-Bas), sentence arbitrale du 24 mai 2005, *R.S.A.*, vol.XXVII, pp.35-125.

Commissions mixtes des réclamations :

Décisions des Commissions des Réclamations (Mexique-États-Unis), *R.S.A.*, vol.IV, pp.1-769.

Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Allemagne-Venezuela), *R.S.A.*, vol.X, p.359, (Protocole Allemagne-Venezuela).

Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Grande-Bretagne-Venezuela), *R.S.A.*, vol.IX, p.35, (Protocole Grande-Bretagne-Venezuela).

Protocole du 13 février 1903 (Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela), *R.S.A.*, vol.X, p.479, (Protocole Italie-Venezuela).

Protocole du 7 mai 1903 (The Venezuelan Preferential Case – Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al), *R.S.A.*, vol.IX, p.105.

Protocole pour la reprise des relations diplomatiques entre la France et le Venezuela, signé le 11 février 1913, entré en vigueur le 13 juin 1913, *Journal Officiel de la République Française*, 17 juin 1913, pp.5198-5199.

Convention du 19 novembre 1941 (Commission mixte des réclamations Mexique-États-Unis), *R.S.A.*, vol.IV, pp.765-769.

IV. CONVENTIONS INTERNATIONALES ET DOCUMENTS OFFICIELS

A. Conventions internationales

Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et la Grande Bretagne (« Jay Treaty »), signé le 19 novembre 1794, reproduit in. MILLER (H.) (éd.), *Treaties and Other International Acts of the United States of America*, United States Government Printing Office, Washington, 1931, vol.2, documents 1-40: 1776-1818, doc.16, pp.245-274.

Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée le 29 juillet 1899.

Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, 18 octobre 1907, La Haye, in. Ministère des Affaires étrangères, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, 1907*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908, pp.189-191.

Convention de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, adoptée le 18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910, v. Ministère des Affaires étrangères, *Deuxième Conférence internationale de la Paix, 1907*, Imprimerie Nationale, Paris, 1908, pp.161-188.

Traité de Versailles du 28 juin 1919, reproduit in. MARTENS (G. F.), *Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, 3^e série, Aalen, Scientia Verlag, 1908-1944, t.XI, n°32, pp.323-677.

Charte des Nations-Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *Commission des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, vol.15, p.365.

Statut de la Cour Internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies, signé à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *C.N.U.O.I*, Vol. 15, p.365.

Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce, signé à Genève le 30 octobre 1947, entré en vigueur le 1er janvier 1948, *R.T.N.U.*, vol.55, p.187.

Accord relatif au Fonds monétaire international, signé le 22 juillet 1944 à Washington, entré en vigueur le 27 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol.2, p.39.

Accord relatif à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, signé le 22 juillet 1944 à Washington, entré en vigueur le 27 décembre 1945, *R.T.N.U.*, vol.2, p.134.

Traité américain de règlement pacifique (« Pacte de Bogota »), signé à Bogota, le 30 avril 1948, *R.T.N.U.*, vol.30, p.55.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New-York le 10 juin 1958, entrée en vigueur le 7 juin 1959, *R.T.N.U.*, vol.330, p.3.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée à Washington le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, (Convention de Washington), *R.T.N.U.*, vol. 575, p.160.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *R.T.N.U.*, vol.1155, p.331.

Traité de Montevideo de 1980, adopté à Montevideo le 12 août 1980, entré en vigueur le 18 mars 1981, *R.T.N.U.*, vol. 1329, p. 225.

Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, *R.T.N.U.*, vol.1867, p.154.

Accord Général sur les Tarifs douaniers et le Commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, adopté le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, *R.T.N.U.*, vol.55, p.187.

Accord Général sur le Commerce des Services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, adopté le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, *R.T.N.U.*, vol.1869, p.141.

Accord sur les Mesures Concernant les Investissements et Liées au Commerce, 1994, *in*. OMC, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay – Textes juridiques*, Publications de l'OMC, Genève, 2003, (xi+555p).

CIRDI, Règlement d'arbitrage du CIRDI, *in*. CIRDI, Conventions et Règlements, CIRDI/15/Rév. 3, juillet 2022, p.91.

B. Documents officiels des États latino-américains

Argentine :

Décret 1570/2001, « *Entidades Financieras. Nuevas Medidas Economicas* », B.O. du 3 décembre 2001.

Loi 25.561, « *Ley de Emergencia Publica y de Reforma del Regimen Cambiario* », B.O. du 7 janvier 2002.

Décret 214/2002, « *Reordenamiento del Sistema Financiero, Nuevas Medidas Economicas – Pesificación* », B.O. du 4 février 2002.

Colombie :

Ley 2169 de 2021, Diario Oficial No. 51.896 de 22 de diciembre de 2021.

Déclaration du ministère du Commerce, de l'Industrie et du Tourisme de la Colombie sur sa page internet officielle, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, « Consulta pública BIT modelo colombiano », 2021.

Chili :

Ley 21455 de 30 de mayo de 2022 (v. <https://bcn.cl/3h917>).

Bolivie :

Decreto Supremo N°28701 de nacionalización de hidrocarburos « Héroes del Chaco », 1 de mayo de 2006, Gaceta Oficial de Bolivia n°2883.

Bolivia, Constitución política del Estado, La Paz, 7 de febrero de 2009.

SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. *Action d'interprétation concernant le contenu et la portée des article 1 et 151 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, résolution du 11 février 2009*, aff. N°08-0306.

Déclaration de Pablo Menacho Diederich, Procureur général de l'État bolivien, nommé en 2017, disponible à : <https://www.procuraduria.gob.bo/page/471-x00x-subprocuradurias-x00x-510>.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Las Constituciones Políticas de Bolivia. 1826-2009*, ed. Tribunal Constitucional Plurinacional – Unidad de Investigación, Bolivia, 2018, 553p.

Équateur :

Constitución Política de la República del Ecuador, Constitución de 1978 codificada en 1993 (Codificación 1993 Ley Número 25. RO/183 de 5 de Mayo de 1993).

Ley 42-2006 Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial del 25 de abril de 2006.

Decreto Ejecutivo No 662, Registro Oficial del 18 de octubre de 2007.

Constitución de la Republica del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449.

Presidencia de la Republica, Decreto 1506, Registro Oficial No. 958, 21 de mayo de 2013 (CAITISA).

CAITISA, *Informe Ejecutivo - Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones en Ecuador*, ed. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, 2017, 108p.

Boletín Oficial No 079, Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de Ecuador, 21 de junio de 2021.

Venezuela :

Constitución de la República de Venezuela de 1961, 23 de enero 1961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860.

Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, « Gobierno Venezolano denuncia ante el Banco Mundial Convenio con el CIADI », *Comunicado*, Caracas, 25 de enero de 2012.

Pérou :

Constitución Política del Perú sancionada por el Congros Constituyente de 1931, promulgada el 9 de abril de 1933, Lima.

Uruguay :

Código de Minería, n°15242, Uruguay.

C. Documents officiels des Organisations régionales latino-américaines

Union Panaméricaine :

SCOTT (J. B.), *The International Conferences of American States, 1889-1928: A Collection of the Conventions, Recommendations, Resolutions, Reports, and Motions adopted by the First Six International Conferences of the American States, and documents relating to the Organization of the Conferences*, O.U.P., New York, 1931, xlv+551p :

- *Recommendation, Claims and Diplomatic Intervention*, 19 avril 1890, p.45.
- *Convention Relative to the Rights of Aliens*, signée le 31 janvier 1902, pp.90-91.
- *Protocol on Adherence to the Conventions of the Hague*, signé le 31 janvier 1902, pp.61-62.

- *Convention Pecuniary Claims*, 30 août 1910, pp.183-185.
- *Convention on the Status of Aliens*, signée le 20 février 1928, pp.415-416.
- *Invitation to the [First] Conference of American States, Circular Instruction of the Secretary of State of the United States to the American Diplomatic Representatives accredited to the Governments of Mexico, Central and South America, Haiti and San Domingo*, 13 juillet 1888, pp.5-6.

Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine, signée à Montevideo le 26 décembre 1933, entrée en vigueur le 26 décembre 1934, (Convention de Montevideo), *R.T.N.U.*, vol.165, p.19.

Sommet des Amériques :

Sommet des Amériques, *Premier Sommet des Amériques – Déclaration de Principes*, signée par les chefs d'États et de gouvernements participant lors du premier Sommet des Amériques, 9-11 décembre 1994, Miami.

Sommet des Amériques, *Premier Sommet des Amériques – Plan d'Action*, 9-11 décembre 1994, Miami.

ALCA – Comité de Negociaciones Comerciales, « *Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Canadá, México, Chile, República Dominicana, Panamá, Colombia, Perú Y Bolivia – Visión del ALCA* », Público FTAA.TNC/w/219, 4 de octubre de 2003.

ALCA – Comité de Negociaciones Comerciales, « *Uruguay – Visión del ALCA* », Público FTAA.TNC/w/221, 4 de octubre de 2003.

Sommet des Amériques, *Quatrième Sommet des Amériques – Déclaration de Mar del Plata, "Créer des emplois pour faire face à la pauvreté et renforcer la gouvernance démocratique"*, 5 novembre 2005, Mar del Plata.

ALBA-TCP :

ALBA-TCP, *Declaración del ALBA desde el Pacífico*, XII Cumbre del ALBA-TCP, Guayaquil, 30 de julio de 2013, 6p.

Alliance du Pacifique :

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, signé le 6 juin 2012, entré en vigueur le 20 juillet 2015.

MERCOSUR :

Tratado para la constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (« Tratado de Asunción »), signé le 26 mars 1991 à Asuncion, entré en vigueur le 29 novembre 1991.

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, ouvert à la signature le 17 janvier 1994.

Protocolo de Buenos Aires sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR, ouvert à la signature le 5 août 1994.

UNASUR :

« Comunicado de Brasilia », Brasil, 31 de agosto y 1° de septiembre de 2000, Documentos, COSIPLAN.

« Consenso de Guayaquil sobre Integración, Seguridad e Infraestructura para el Desarrollo », Ecuador, 26 y 27 de julio de 2002, Documentos, COSIPLAN.

« Declaración del Cusco sobre la comunidad suramericana de naciones », Cusco, 8 de diciembre de 2004, Documentos, COSIPLAN.

« Declaración presidencial y agenda prioritaria », Brasilia, 30 de septiembre de 2005, Documentos, COSIPLAN.

« Declaración de Cochabamba », Cochabamba, 8 y 9 de diciembre de 2006, Documentos, COSIPLAN.

Traité constitutif de l'Union des nations de l'Amérique du Sud, adopté à Brasilia le 23 mai 2008, entré en vigueur le 11 mars 2011, *R.T.N.U.*, vol. 2742, p. 287.

Declaration of the 1st Ministerial Meeting of the Latin American States Affected by Transnational Interests, Guayaquil, Ecuador, 22 April 2013.

Communauté Andine :

Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), signé le 26 mai 1969, entré en vigueur le 16 octobre 1969.

Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°24 – Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 14-31 décembre 1970, Lima, reproduite in. « Comisión del Acuerdo de Cartagena - Decisión N° 24 », *Revista del Banco de la República*, Colombia, vol.44(519), 1971, pp.26-37.

« Argentina-Bolivia-Brazil-Chile-Colombia-Dominican Republic-Ecuador-Mexico-Peru-Uruguay-Venezuela: Cartagena Communique on Foreign Debt and Economic Development (« The Consensus of Cartagena »), 22 June 1984 », *I.L.M.*, vol.23(5), 1984, pp.1169-1178.

Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N° 220 – Sustitución de las Decisiones 24 y Conexas sobre el Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 11 mai 1987, Lima, reproduite en anglais in. « Decision 220 Replacing Decision 24, The Common Foreign Investment and Technology Licensing Code (adopted 11 May 1987) », *I.L.M.*, vol.27(4), 1988, pp.974-988.

Commission de l'Accord de Carthagène, « *Decisión N°291 – Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* », 21 mars 1991, Lima.

D. Traités relatifs aux investissements

Modèles d'accords d'investissement¹ :

Modèle d'Accord de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) du Brésil, 2015.

Modèles de TBI du Canada : 2004, 2012.

Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada, 2021.

Modèles de TBI de la Colombie : 2008, 2011 et 2017.

Modèles de TBI des États-Unis : 2004 et 2012.

Modèle de TBI du Guatemala, 2010.

Accords internationaux d'investissement² :

TBI RFA – Pakistan (1980) : Traité pour la promotion et la protection des investissements entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan, Bonn, 25 novembre 1959, 28 avril 1962.

Accord de coopération économique entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République d'Indonésie, Jakarta, 7 juillet 1968, 17 juillet 1971 (terminé le 1^{er} juillet 1995).

¹ Les modèles d'accords d'investissement sont disponibles à : CNUCED, Base de données en ligne, « *Model Agreements* ».

² Sont renseignés ci-dessous l'intitulé des accords en langue originale, le lieu de signature des accords et leurs dates de signature et d'entrée en vigueur, s'ils ont été ratifiés.

TBI France – Sri Lanka (1980) : Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République démocratique socialiste de Sri Lanka sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Colombo, 10 avril 1980, 19 avril 1982.

TBI Argentine – Chili (1991) : Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones, Buenos Aires, 2 août 1991, 1^{er} janvier 1995.

TBI États-Unis – Argentine (1991) : Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment Buenos Aires, 14 novembre 1991, 20 octobre 1994.

TBI Argentine – Espagne (1991) : Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, Buenos Aires, 3 octobre 1991, 28 septembre 1992.

TBI Bulgarie – États-Unis (1992) : Treaty between the United States of America and the Republic of Bulgaria Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. Washington, 23 septembre 1992, 2 juin 1994.

Accord de Libre-échange Nord-Américain (ALENA), conclu entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, 17 décembre 1992, 1^{er} janvier 1994.

Accord de promotion et de protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement du Royaume du Danemark, Copenhague, 28 mai 1993, 3 novembre 1995.

TBI Argentine – Venezuela (1993) : Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones Caracas, 16 novembre 1993, 1^{er} juillet 1995.

Accord de promotion et de protection réciproques des investissements entre le Gouvernement de la République de l'Équateur et le Gouvernement de la République Populaire de Chine, Beijing, 21 mars 1994, 1^{er} juillet 1997 (dénoncé unilatéralement par l'Équateur le 19 mai 2018)

TBI États-Unis – Honduras (1995) : Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Honduras Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with annex and protocol, Denver, 1^{er} juillet 1995.

TBI États-Unis – Nicaragua (1995) : Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Denver, 1^{er} juillet 1995.

TBI Allemagne – Inde (1995) : Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, Bonn, 10 juillet 1995, 13 juillet 1998.

TBI Chili – Royaume-Uni (1996) : Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Chile for the Promotion and Protection of Investments with Protocol, Santiago, 8 janvier 1996, 22 avril 1997.

Accord de promotion et de protection des investissements entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de la République de Bolivie, Séoul, 1^{er} avril 1996, 4 juin 1997 (terminé le 4 juin 2019).

TBI Canada – Équateur (1996) : Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements, Quito, 29 avril 1996, 6 juin 1997.

TBI Canada – Venezuela (1996) : Accord entre le gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Venezuela concernant la promotion et la protection des investissements, Caracas, 01 juillet 1996, 28 janvier 1998.

TBI Cuba – Venezuela (1996) : Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Caracas, 11 décembre 1996, 15 avril 2004.

TBI Autriche – Chili (1997) : Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Austria for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, Santiago, 8 septembre 1997, 22 octobre 2000.

Accord de promotion et de protection des investissements entre le Gouvernement de la République d'Indonésie et le Gouvernement de la République de Cuba, La Havane, 19 septembre 1997, 29 septembre 1999.

TBI États-Unis – Bolivie (1998) : Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Bolivia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with annex and protocol, Santiago, 17 avril 1998, 06 juin 2001.

TBI Canada – Costa Rica (1998) : Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République du Costa Rica pour l'encouragement et la protection des investissements, San José, 18 mars 1998, 29 septembre 1999.

TBI Maurice – Inde (1998) : Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Republic of India for the promotion and protection of investments, Mauritius, 04 septembre 1998, 20 juin 2000.

TBI Cuba – Trinidad et Tobago (1999) : Agreement between the Government of the Republic of Trinidad and the Government of the Republic of Cuba on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Havana, 26 mai 1999, 7 janvier 2000.

TBI Le Salvador – Nicaragua (1999) : Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República de Nicaragua y el Gobierno de la República de El Salvador, Managua, 23 janvier 1999, 08 juillet 2000.

TBI Costa Rica – Pays-Bas (1999) : Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos, La Haya, 21 mai 1999, 1^{er} juillet 2001.

TBI Guatemala – République de Corée (2000) : Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic Guatemala for the promotion and protection of investments, Guatemala, 1^{er} août 2000, 17 août 2002.

TBI Cuba – Danemark (2001) : Agreement between the Government of the Republic of Cuba and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Copenhagen, 19 février 2001.

ALE Amérique Centrale – Panama (2002) : Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, Panamá, 6 mars 2002, 11 avril 2003.

ALE États-Unis – Chili (2003) : United States-Singapore Free Trade Agreement, Washington, 06 juin 2003, 1^{er} janvier 2004.

ALE CARICOM – Costa Rica (2004) : Agreement between The Caribbean Community (CARICOM), acting on behalf of the Governments of Antigua and Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, St. Kitts and Nevis, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Suriname and Trinidad and Tobago and the Government of the Republic of Costa Rica, Kingston, 9 mars 2004, 15 novembre 2005.

ALE d'Amérique centrale (« CAFTA-DR ») (2004) : Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), Washington, 5 août 2004, 1^{er} mars 2006.

Acuerdo de complementación económica, Mercosur-CAN, 18 octobre 2004, 1^{er} avril 2005

CECA, Inde – Singapour (2005) : Comprehensive Economic Cooperation Agreement between The Republic of India and the Republic of Singapore New Delhi, 29 juin 2005, 1^{er} août 2005.

ALE Chine – Chili (2005) : Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, Pusan, 18 novembre 2005, 1^{er} octobre 2006.

ALE Chili-Pérou (2006) : Acuerdo de Libre Comercio Perú – Chile, Lima, 22 août 2006, 1^{er} mars 2009.

ALE Oman – États-Unis (2006) : Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 19 janvier 2006, 1^{er} janvier 2009.

EPA Chili – Japon (2007) : Agreement between Japan and the Republic of Chile for a Strategic Economic Partnership, Tokyo, 27 mars 2007, 3 septembre 2007.

ALE Panama – États-Unis (2007) : United States-Panama Trade Promotion Agreement, Washington, 28 juin 2007, 31 octobre 2012.

ALE Canada – Colombie (2008) : Canada-Colombia Free Trade Agreement, 21 novembre 2008, 15 août 2011.

TBI Colombie – Corée (2010) : Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Republic of Colombia for the promotion and protection of investments, Seoul, 6 juillet 2010.

ALE Canada – Panama (2010) : Free trade agreement between Canada and the Republic of Panama, 14 mai 2010, 1^{er} avril 2013.

ALE Costa Rica – Singapour (2010) : Costa Rica - Singapore Free Trade Agreement, Singapour, 6 avril 2010, 1^{er} juillet 2013.

ALE Guatemala – Pérou (2011) : Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y la República de Guatemala, 06 décembre 2011

ALE Corée – Pérou (2011) : Republic of Korea-Peru Free Trade Agreement, Seoul, 21 mars 2011, 1^{er} août 2011.

ALE Amérique Centrale – Mexique (2011) : Central America Countries (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua) - Mexico, San Salvador, 22 novembre 2011, 1^{er} septembre 2012.

ALE Panama – Pérou (2011) : Tratado de Libre Comercio Panamá-Perú, Panamá, 25 mai 2011, 1^{er} mai 2012.

ALE Costa Rica – Pérou (2011) : Tratado de Libre Comercio Costa Rica- Perú, San José, 26 mai 2011, 1^{er} juin 2013.

TBI Guatemala – Russie (2013) : Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la Federación de Rusia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Moscú, 27 novembre 2013.

TBI Mexico – Turquie (2013) : Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the United Mexican States on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, Ankara, 17 décembre 2013, 17 décembre 2017.

Protocole d'investissement de l'Alliance du Pacifique (2014) : Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, 10 février 2014, 1^{er} mai 2016.

TBI France – Colombie (2014) : Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Bogota, 10 juillet 2014, 14 octobre 2020.

TBI Colombie – Turquie (2014) : Acuerdo entre la República de Turquía y el Gobierno de la República de Colombia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Bogotá, 28 juillet 2014.

ALE Mexique – Panama (2014) : Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá, Panamá, 3 avril 2014, 1^{er} juillet 2015.

TBI Brésil-Mozambique (2015) : Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Moçambique, 30 mars 2015.

TBI Brésil-Chili (2015) : Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile, Santiago, 23 novembre 2015.

TBI Brésil-Colombie (2015) : Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia, Bogotá, 9 octobre 2015.

TBI Brésil-Mexique (2015) : Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, México, 26 mai 2015, 7 octobre 2018.

TBI Brésil-Malawi (2015) : Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi, 25 juin 2015.

ALE Honduras – Pérou (2015) : Tratado de Libre Comercio Honduras - Perú, San José, 29 mai 2015, 1^{er} janvier 2017.

TBI Haïti – Mexique (2015) : Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Haití para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Cancún, 7 mai 2015.

TBI Guatemala – Turquie (2015) : Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Guatemala Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments Ankara, 21 décembre 2015, 19 octobre 2017

CETA (2016), Accord économique et commercial global (Canada - U.E. et ses États Membres), 30 octobre 2016, 21 septembre 2017.

TBI Costa Rica – Émirats Arabes Unis (2017) : Acuerdo con el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para promoción y protección recíproca de inversiones, anexo I notificación documento de una parte y su Protocolo, San José, 3 octobre 2017, 21 octobre 2020.

TBI Colombie – Émirats arabes unis (2017) : Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y los Emiratos Árabes Unidos, Dubai, 12 novembre 2017.

ALE Argentine – Chili (2017) : Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, Buenos Aires, 2 novembre 2017, 1^{er} mai 2019.

Protocole d'investissement intra-MERCOSUR (2017) : Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, 7 avril 2017, 30 juillet 2019.

ALE Australie – Pérou (2018) : Peru - Australia Free Trade Agreement (PAFTA), Canberra, 12 février 2018, 11 février 2020.

ALE Amérique Centrale – Corée (2018) : Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republics of Central America, Seoul, 21 février 2018, 1^{er} octobre 2019.

Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (2018) : Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), Santiago, 8 mars 2018, 30 décembre 2018.

TBI Brésil – Éthiopie (2018) : Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, Addis Ababa, 11 avril 2018.

TBI Argentine – Émirats Arabes Unis (2018) : Agreement for The Reciprocal Promotion and Protection of Investments Between the Argentine Republic and The United Arab Emirates, Abu Dhabi, 16 avril 2018.

TBI Brésil – Suriname (2018) : Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname, Brasilia, 2 mai 2018.

TBI Émirats Arabes Unis – Uruguay (2018) : Acuerdo entre los Emiratos Árabes Unidos y la República Oriental del Uruguay para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Abu Dhabi, 24 octobre 2018, 28 juillet 2021.

ALE Brésil – Chili (2018) : Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Chile y la República Federativa de Brasil, Santiago, 21 novembre 2018, 25 janvier 2022.

USMCA (2018) : Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 30 novembre 2018, 1^{er} juillet 2020.

TBI Argentine – Japon (2018) : Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, Buenos Aires, 1^{er} décembre 2018.

TBI Brésil – Guyana (2018) : Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Cooperative Republic of Guyana Brasilia, 13 décembre 2018.

TBI Brésil – Émirats arabes unis (2019) : Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates, Brasília, 15 mars 2019.

TBI Australie – Uruguay (2019) : Agreement between Australia and the Oriental Republic of Uruguay on the Promotion and Protection of Investments, 5 avril 2019, 27 janvier 2022.

TBI Brésil – Équateur (2019) : Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República del Ecuador, Nueva York, 25 septembre 2019.

TBI Hong-Kong SAR – Mexique (2020) : Agreement Between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Mexican States for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Davos, 23 janvier 2020, 16 juin 2021.

TBI Brésil – Inde (2020) : Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of. Brazil and the Republic of India New Delhi, 25 janvier 2020.

TBI Colombie – Espagne (2021) : Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Madrid, 16 septembre 2021.

ALE Alliance du Pacifique – Singapour (2022) : Pacific Alliance-Singapore Free Trade Agreement, Bahia Malaga, 26 janvier 2022.

TBI Turquie – Uruguay (2022) : Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Türkiye sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Montevideo, 23 avril 2022.

TBI Colombie – Venezuela (2023) : Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia relativo a la promoción y protección Recíproca de Inversiones, Caracas, 3 février 2023.

V. SITOGRAPHIE

« *UNCTAD's International Investment Agreements Navigator* » :
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

« *UNCTAD's Investment Dispute Settlement Navigator* » :
<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>.

« *IIA Mapping Project* » :
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>.

Site Internet du CIRDI : <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>.

Association « *Investment Treaty Arbitration* » : <https://italaw.com>.

Electronic Database of Investment Treaties (<https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search>).

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	1

INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE FONDÉ SUR L’AFFIRMATION DE LEUR SOUVERAINETÉ.....	19

Titre 1. La politisation du régime international de protection des investissements en Amérique latine	20

CHAPITRE 1. LA DÉPOLITISATION PROGRESSIVE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE.....	22

Section 1. La politisation des instruments internationaux de protection des investissements étrangers en Amérique latine.....	23

§1. La politisation fondée sur la libre-détermination de la protection des droits de propriétés étrangères.....	23

A. Les obligations de l’État en cas de dommages pécuniaires subis par les opérateurs économiques étrangers.....	24

B. La limitation de l’arbitrage interétatique aux réclamations des étrangers en matière de protection diplomatique.....	30

§2. Le développement nécessaire d’un droit dédié à la protection des investissements internationaux face aux risques d’expropriations.....	36

A. Les faiblesses et l’inadéquation du droit international coutumier.....	36

B. La politisation fondée sur le droit d’exproprier les propriétés étrangères.....	39

Section 2. La dépolitisation des instruments internationaux de protection des investissements étrangers en Amérique latine.....	43

§1. La résistance des pays d’Amérique latine face à la dépolitisation du régime international des investissements.....	44

A. Les revendications du Nouvel ordre économique international.....	45

B. Le refus de l’arbitrage international comme moyen de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États-hôtes.....	48

§2. La participation à la dépolitisation du régime international des investissements.....	51

A. Le Consensus de Washington	52

B. L’âge d’or des traités bilatéraux d’investissement.....	55

CHAPITRE 2. LA CRISE DE LÉGITIMITÉ DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	63
Section 1. Les critiques à l'encontre du régime international de protection de l'investissement.....	64
§1. <i>La remise en cause idéologique du droit international des investissements.....</i>	<i>65</i>
A. La critique du néo-libéralisme.....	65
B. L'opposition entre l'intérêt public des États et les droits des investisseurs.....	69
§2. <i>Les interférences dans les affaires internes de l'État.....</i>	<i>73</i>
A. Un abandon de la souveraineté de l'État ?.....	73
B. L'inquiétude de la « frilosité réglementaire ».....	76
Section 2. L'Amérique latine, un foyer de résistance à l'arbitrage international relatif aux investissements.....	80
§1. <i>Le désaveu de l'arbitrage international d'investissement.....</i>	<i>82</i>
A. Les crises économiques, vecteur de la défiance envers l'arbitrage international d'investissement.....	82
B. Les critiques à l'encontre de l'arbitrage international d'investissement.....	84
§2. <i>La mosaïque des réactions des États latino-américains à la crise de légitimité de l'arbitrage international d'investissement.....</i>	<i>89</i>
A. L'ALBA-TCP, le foyer de la résistance au CIRDI.....	91
1. Les sorties du CIRDI.....	92
2. Les dénonciations des traités bilatéraux d'investissement.....	94
B. Le projet de création d'un centre régional d'arbitrage, une approche alternative au CIRDI.....	96

Titre 2. La réorientation du régime international de protection des investissements par l'affirmation de droits en faveur des États.....106

CHAPITRE 3. LE CHANGEMENT DE PARADIGME DU RÉGIME INTERNATIONAL DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT.....	108
Section 1 : La prise en considération insuffisante des intérêts de l'État par les tribunaux arbitraux.....	109
§1. <i>Les différends réglementaires et l'expropriation indirecte : au cœur d'un antagonisme entre protection de l'investissement et protection de l'intérêt général.....</i>	<i>110</i>
A. La prise en compte de l'intérêt général dans le contexte de l'évolution de la définition de l'expropriation indirecte.....	110
B. L'atteinte à l'investissement, unique critère de qualification de l'expropriation indirecte – la doctrine de l'effet unique.....	114
§2. <i>Une prise en compte effective de l'intérêt général par les tribunaux arbitraux ?.....</i>	<i>117</i>
A. La finalité de la mesure, critère d'exclusion de la qualification de l'expropriation indirecte – la doctrine des <i>police powers</i>	118
B. Les limitations des doctrines et de la déférence des tribunaux arbitraux envers le droit de réglementer.....	122

Section 2. La nécessité de la réorientation du régime par la réforme conventionnelle.....	127
§1. <i>La réorientation des instruments internationaux d'investissement en vue d'un rééquilibrage entre les intérêts des investisseurs et des États-hôtes</i>	127
A. Les accords internationaux d'investissement, principales sources du risque de frilosité réglementaire.....	128
B. L'émergence d'une nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement.....	131
§2. <i>Les ajustements des modèles conventionnels et des accords régionaux en Amérique latine en vue de préserver le droit de réglementer de l'État</i>	136
A. La modélisation conventionnelle, un enjeu de cohérence	136
B. La contribution de certains modèles à la cohérence régionale des accords d'investissements en Amérique latine.....	140
 CHAPITRE 4. LE RÉGIME GENERAL DE PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT	146
Section 1. L'insertion du droit de réglementer dans les instruments internationaux d'investissement.....	147
§1. <i>L'émergence du fondement conventionnel du droit de réglementer en droit des investissements</i>	148
A. Le droit de réglementer en vertu du droit international public	148
B. La spécificité du « droit de réglementer » dans le contexte des investissements.....	150
§2. <i>Les différentes formes du droit de réglementer dans les instruments internationaux d'investissement</i>	153
A. Les expressions exclues du droit de réglementer	153
B. Les différentes formes du droit de réglementer dans les accords internationaux d'investissement.....	156
Section 2. Le régime général de protection du droit de réglementer dans les accords internationaux d'investissement.....	161
§1. <i>L'intérêt croissant des préambules</i>	161
A. Les enjeux et les lacunes des formulations de l'ancienne génération d'accords internationaux d'investissement.....	162
B. Le renouveau des préambules : des références variées et plus fréquentes.....	167
§2. <i>Les clauses déclaratoires et interprétatives, des dispositions à géométrie variable</i>	172
A. Les clauses déclaratoires et interprétatives.....	173
B. Les clauses déclaratoires et directrices.....	178

SECONDE PARTIE

LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES AU CŒUR DE LA REPOLITISATION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS EN AMÉRIQUE LATINE.....183

Titre 3. La protection du droit de réglementer par le jeu des exceptions conventionnelles.....184

CHAPITRE 5. LES EXCEPTIONS CONVENTIONNELLES ÉRIGÉES AU TITRE DE GARANTIE DE LA PROTECTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER.....185

Section 1. Les exceptions conventionnelles, un grand ensemble de dispositions aux portées variables.....186

§1. *La multiplicité d'exceptions conventionnelles aux conceptualisations différentes*.....186

A. La multiplication des exceptions conventionnelles dans les accords internationaux d'investissement.....187

B. Les divergences de l'approche conceptuelle des exceptions conventionnelles.....190

§2. *L'anatomie des exceptions aux portées limitées*.....194

A. Les exceptions spécifiques à l'expropriation indirecte.....194

B. Les exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité.....200

Section 2. Les exceptions générales d'ordre public dans les traités d'investissement 205

§1. *Les exceptions générales d'ordre public du droit de l'Organisation mondiale du commerce*.....205

A. La justification provisoire d'une mesure : l'importance du lien fonctionnel entre les fins et les moyens.....207

B. Le chapeau de l'exception générale, un rempart contre l'abus de droit 212

§2. *La typologie des exceptions générales d'ordre public dans les traités d'investissement*...216

A. Les exceptions générales d'ordre public inspirées du droit de l'Organisation mondiale du commerce.....216

B. Le cas des exceptions dites « hybrides » ou « d'interdiction et de restriction ».....221

CHAPITRE 6. LES ENJEUX DE L'INTÉGRATION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D'ORDRE PUBLIC DANS LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT.....225

Section 1. L'impact de l'insertion des exceptions générales d'ordre public des accords internationaux d'investissement.....226

§1. *L'interaction entre exceptions conventionnelles et droit international coutumier*.....226

A. L'état de nécessité du droit international coutumier.....228

1. La condition du « seul moyen », un seuil élevé difficilement atteignable.....230

2. La condition de la non-contribution de l'État à la situation de nécessité.....232

B. La relation complexe entre l'état de nécessité et les exceptions conventionnelles.....234

§2. *L'interprétation des exceptions générales, in abstracto*.....238

A. La combinaison des références au droit de réglementer dans le traité au soutien de l'interprétation des exceptions générales d'ordre public.....238

B. La question du chevauchement de l'exception générale d'ordre public et de l'exception spécifique sur l'expropriation indirecte.....	241
C. Le recours à la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce aux fins d'interprétation des exceptions générales d'ordre public dans le domaine des investissements.....	243
Section 2. La quête du standard d'examen approprié à l'exception générale d'ordre public dans le contexte des investissements.....	247
§1. <i>L'examen du lien fonctionnel entre la mesure et son objectif</i>	248
A. La délimitation de la marge d'appréciation des arbitres.....	248
B. Le test de proportionnalité, « <i>panacea or placeholder</i> » ?	251
§2. <i>L'adaptation du test de nécessité de l'Organisation mondiale du commerce au droit international des investissements</i>	254
A. Le test de nécessité de l'Organisation mondiale du commerce importé dans le contexte des investissements.....	254
B. Le standard d'examen de la mesure « raisonnable » la moins restrictive.....	257
 Titre 4. L'exception générale d'ordre public, un mécanisme susceptible d'amélioration.....	262
 CHAPITRE 7. L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES D'EXCEPTION PAR LES TRIBUNAUX D'INVESTISSEMENT : ENTRE OCCASIONS MANQUÉES DES ÉTATS ET RÉTICENCES DES ARBITRES.....	264
Section 1. Une approche évasive des clauses d'exceptions générales.....	266
§1. <i>La confusion entre exception générale et doctrine des police powers</i>	266
A. La sentence <i>Copper Mesa c. Équateur</i> : une analyse conjointe de la doctrine des <i>police powers</i> et de la clause d'exception générale.....	267
B. La sentence <i>Bear Creek c. Pérou</i> : le conflit de normes entre la doctrine des <i>police powers</i> et la clause d'exception générale.	269
§2. <i>La pertinence des interprétations relatives aux clauses d'exception hybrides</i>	273
A. La sentence <i>Devas c. Inde</i>	274
B. La sentence <i>Deutsche Telekom c. Inde</i>	275
Section 2. L'exception générale, une clause ignorée.....	278
§1. <i>Les affaires Gold Reserve, Crystallex et Rusoro c. Venezuela : l'opportunité manquée par l'État défendeur</i>	278
A. L'affaire <i>Gold Reserve c. Venezuela</i>	280
B. L'affaire <i>Crystallex c. Venezuela</i>	281
C. L'affaire <i>Rusoro c. Venezuela</i>	282
§2. <i>L'affaire Infinito Gold c. Costa Rica : la confusion entre clause d'exception générale et droit de réglementer de l'État lato sensu</i>	283
§3. <i>L'affaire Eco Oro c. Colombie : la négation de la clause d'exception générale</i>	286
A. Une application incorrecte du droit international.....	288
B. Le rejet des interprétations concordantes des parties au traité.....	292

CHAPITRE 8. LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES D'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT.....	296
Section 1. Les exceptions générales d'ordre public, une affaire complexe en droit international des investissements	297
§1. <i>La remise en cause de l'utilité de l'exception générale d'ordre public.....</i>	<i>297</i>
A. Le risque de la limitation de la liberté réglementaire de l'État.....	297
B. Le risque de la redondance	301
§2. <i>La centralisation des divergences autour de la question de l'indemnisation.....</i>	<i>305</i>
A. Le risque de l'amalgame avec les règles applicables en cas d'excuse coutumière.....	305
B. L'obligation d'indemnisation, une question en suspens.....	308
Section 2. L'amélioration des exceptions générales d'ordre public dans le cadre du droit des investissements, quelle conceptualisation ?.....	311
§1. <i>Les précisions relatives à la justification provisoire de la mesure contestée.....</i>	<i>313</i>
A. La protection d'un objectif légitime.....	313
B. Les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif visé	314
§2. <i>La protection des investissements contre le risque de leur restriction.....</i>	<i>318</i>
CONCLUSION.....	325
ANNEXES.....	329
BIBLIOGRAPHIE.....	344
TABLE DES MATIÈRES.....	416